



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

JONAS FREIRE DE LIMA NETO

**RELATIVIZAÇÃO DO EFEITO *INTER PARTES* NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

**FORTALEZA
2013**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- L732r Lima Neto, Jonas Freire de.
Relativização do efeito inter partes no controle difuso de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal / Jonas Freire de Lima Neto. - 2013.
45 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Direito Constitucional.
Orientação: Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo.
1. Direito constitucional – Brasil. 2. Controle da constitucionalidade – Brasil. 4. Igualdade perante a lei. I. Araújo, Francisco Régis Frota (orient.). II. Universidade Federal do Ceará - Graduação em Direito. III. Título.

JONAS FREIRE DE LIMA NETO

RELATIVIZAÇÃO DO EFEITO *INTER PARTES* NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade
Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito
Constitucional.

Orientador: Prof. Francisco Régis Frota Araújo

FORTALEZA
2013

JONAS FREIRE DE LIMA NETO

RELATIVIZAÇÃO DO EFEITO *INTER PARTES* NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito. Área de Concentração: Direito
Constitucional.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Francisco Régis Frota Araújo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professora. Maria José Fontenelle Barreira Araújo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor. Francisco de Araújo Macedo Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais e demais familiares,
bem como a todos os que, de alguma
forma, contribuíram com minha

formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que sempre me guiou e continua guiando os caminhos da minha vida em todos os seus campos.

Aos meus pais, Maria de Fátima e Ésio, e meu padrasto, Nicanor, pelo apoio incondicional e por sempre acreditarem em meu potencial.

Aos meus irmãos, Eliomar, Lia, Gisele e Biluco, pela amizade e companheirismo de sempre.

A todos meus amigos e aqueles que, de qualquer forma, contribuíram em minha formação intelectual e afetiva.

Ao professor e orientador Régis Frota, pelo auxílio na realização deste trabalho.

Aos professores Macedo e Mazé, por aceitarem participar da banca examinadora deste Trabalho de Conclusão de Curso.

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso tem por objetivo explorar e discutir o tema da relativização do efeito *inter partes* nas decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. Visa, precipuamente, defender que tais decisões da Corte Suprema tenham eficácia *erga omnes*, ou seja, que se tornem abstratas, sendo estendidas a todos os casos concretos, ainda que tomadas em sede da incidentalidade, sem uma ação específica para isso. Através disso, objetiva fortalecer o primado da isonomia, dando tratamento igualitário a situações idênticas, corroborando para aumentar o sentimento de justiça no seio da sociedade. Visa, também, consolidar o Supremo Tribunal Federal como o guardião absoluto da Constituição Federal, reafirmando-o como detentor da prerrogativa de decidir sobre os assuntos que tenha relação constitucional.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade, Controle Difuso, Efeitos *erga omnes*, princípio da isonomia, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This Course Conclusion Work aims to explore and discuss the topic of relativity effect inter partes decisions of the Supreme Court on the constitutionality of fuzzy control. Aimed primarily argue that such Supreme Court decisions have *erga omnes* effect, ie, they become abstract, and extended to all individual cases, even taken in headquarters incidentalidade without a specific action for it. Through this, it aims to strengthen the rule of equality, giving equal treatment to similar situations, confirming to increase the sense of justice in society. It also aims to strengthen the Supreme Court as the guardian of the absolute Constitution, reaffirming it as holder of the prerogative to decide on the matters that have constitutional relationship.

Keywords: Judicial Review, Diffuse Control, Effects *erga omnes* principle of equality, the Supreme Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	12
2.1 Conceito de Controle de Constitucionalidade.....	13
2.2 Evolução dos Sistemas de Controle de Constitucionalidade.....	14
<i>2.2.1. O Sistema Norte-Americano ou Difuso de Controle de Constitucionalidade.....</i>	<i>15</i>
<i>2.2.2. O Sistema Austríaco ou Concentrado de Controle de Constitucionalidade.....</i>	<i>16</i>
3.O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A DISCIPLINA ATUAL DO INSTITUTO.....	18
3.1 Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	18
<i>3.1.1 Constituição de 1824.....</i>	<i>18</i>
<i>3.1.2. Constituição de 1891.....</i>	<i>19</i>
<i>3.1.3. Constituição de 1934.....</i>	<i>19</i>
<i>3.1.4. Constituição de 1937.....</i>	<i>20</i>
<i>3.1.5. Constituição de 1946.....</i>	<i>20</i>
<i>3.1.6. Constituição de 1967.....</i>	<i>21</i>
<i>3.1.7. Constituição de 1988.....</i>	<i>21</i>
3.2. Espécies de Inconstitucionalidade.....	22
<i>3.2.1. Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão.....</i>	<i>23</i>
<i>3.2.1.1. Inconstitucionalidade por Ação: Vício Formal de Inconstitucionalidade.....</i>	<i>23</i>
<i>3.2.1.2. Inconstitucionalidade por Ação: Vício Material de Inconstitucionalidade.....</i>	<i>25</i>
3.3. Momentos do Controle de Constitucionalidade.....	25
<i>3.3.1. Controle Prévio ou Preventivo de Constitucionalidade.....</i>	<i>26</i>
<i>3.3.1.1. Controle Prévio ou Preventivo Realizado pelo Legislativo.....</i>	<i>26</i>
<i>3.3.1.2. Controle Prévio ou Preventivo Realizado pelo Executivo.....</i>	<i>26</i>
<i>3.3.1.3. Controle Prévio ou Preventivo Realizado pelo Judiciário.....</i>	<i>27</i>
<i>3.3.2. Controle Posterior ou Repressivo de Constitucionalidade.....</i>	<i>28</i>

3.3.2.1. Controle Posterior ou Repressivo Político.....	28
3.3.2.2. Controle Posterior ou Repressivo Jurisdicional.....	28
3.3.2.3. Controle Posterior ou Repressivo Híbrido.....	29
3.3.2.4. Exceções à Regra Geral de Controle Jurisdicional Posterior no Brasil.....	29
3.3.2.4.1. Controle Posterior ou Repressivo Exercido pelo Legislativo.....	29
3.3.2.4.2. Controle Posterior ou Repressivo Exercido pelo Executivo.....	30
3.4. Vias Jurisdicionais de Controle de Constitucionalidade.....	31
3.4.1. Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	31
3.4.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica.....	32
3.4.1.2. Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	34
3.4.1.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	34
3.4.1.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	35
3.4.1.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.....	36
3.4.2. Controle Difuso de Constitucionalidade.....	37
3.4.2.1. Disposições Gerais.....	37
3.4.2.2. Efeitos da Decisão e Procedimento Aplicado.....	37
 4 O CONTROLE DIFUSO NO ÂMBITO DO STF: A ABSTRATIVIZAÇÃO DO EFEITO INTER PARTES SOB A ÓTICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	 38
4.1 O Controle Difuso: Procedimento e Efeitos.....	38
4.2 O Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade.....	40
4.3. A Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.....	41
 5.CONCLUSÃO.....	 45
 REFERÊNCIAS.....	 46

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo buscará argumentar e defender a relativização do efeito inter partes no controle difuso de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Objetiva-se, com isso, que o STF se afirme como o guardião maior da Constituição Federal.

O Controle de Constitucionalidade, da maneira que hoje se apresenta no ordenamento jurídico pátrio, possui duas formas de atuação. A primeira delas se dá por meio do controle abstrato de constitucionalidade das normas, em que, através de uma ação específica e voltada para este fim, o STF analisa a constitucionalidade das leis ou atos federais ou estaduais em face da Constituição Federal de 1988. Salienta-se que essas ações possuem pedido e causa de pedir pertinentes à própria temática constitucional. O outro mecanismo é o do controle difuso de constitucionalidade, que pode ser realizado em qualquer processo e qualquer grau de jurisdição, desde que assim entenda o magistrado ou o tribunal ao qual esteja submetida a demanda. Por meio da via recursal, estes processos podem chegar à Corte Suprema, levando a mesma a analisar a problemática processual que tenha como causa de pedir uma questão constitucional. Nesse contexto é que se apresenta o controle de constitucionalidade pela via incidental, uma vez que, para decidir um caso concreto, o STF teria que decidir pela constitucionalidade ou não de normas. Essa decisão, no contexto atual, possui efeitos inter partes, valendo apenas para o caso concreto específico, tendo a sua eficácia geral a ser apreciada pelo Senado Federal.

Esta situação se apresenta como uma ofensa a alguns primado jurídicos e ao próprio sentimento de justiça. Isso porque pode atingir frontalmente o princípio da isonomia, de forma a dar tratamento desigual a situações que, por vezes, são bastante semelhantes, como nos casos em que uma questão incidental é decidida no STF e vale apenas para tal processo, não se estendendo aos que a ele se assemelham, pois a referida decisão possui efeitos inter partes. Além disso, deve-se preservar o princípio da separação dos poderes, em que cabe somente ao Poder Judiciário decidir sobre a constitucionalidade das leis e a sua eficácia, não cabendo ao Legislativo a prerrogativa para isso, tal como ocorre com o Senado Federal, ao qual incube suspender ou não a eficácia da lei considerada inconstitucional pelo STF na via incidental.

Dessa Forma, através desses e de demais argumentos, que, mesmo pela via incidental, o STF tenha a prerrogativa de conferir eficácia erga omnes, ou seja, geral, para todas as suas

decisões que tenha pertinência à constitucionalidade das leis, preservando o princípio da separação dos e, sobretudo, o primado da isonomia.

No Primeiro capítulo deste trabalho, serão exploradas as noções de controle de constitucionalidade, seus modelos e a sua evolução histórica no direito estrangeiro. No segundo capítulo, será aprofundada a temática do controle de constitucionalidade no Brasil, expondo-se toda a evolução do instituto, bem como a maneira pela qual o mesmo se apresenta no ordenamento jurídico atual. Por último, no terceiro capítulo, será defendida a relativização do efeito *inter partes* no controle difuso de constitucionalidade no âmbito do STF, baseado na ideia de garantir a isonomia e defendendo a mutação constitucioal do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO ESTRANGEIRO

2.1. Conceito de Controle de Constitucionalidade

Inicialmente, para que seja possível se falar em controle de constitucionalidade, deve-se partir de algumas premissas. A primeira delas é a de que a Constituição de um Estado deve ser tida como suprema por seu povo, que deve enxergá-la como uma compilação de normas que legitimam todo o Poder ali vigente. Ou seja, a Constituição deve ser vista como um verdadeiro mecanismo de garantia dos direitos da sociedade e de limitação dos abusos que os governantes possam cometer. Nos dizeres de Dirley da Cunha Júnior (*Curso de Direito Constitucional*, 2009, p. 262): “A supremacia da Constituição é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais.”. A segunda premissa é da rigidez constitucional. Por esse conceito, entende-se que as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica em relação às leis infraconstitucionais, uma vez que possuem um processo legislativo mais dificultoso. Existe, portanto, um escalonamento normativo, em que os atos e as leis infraconstitucionais devem guardar compatibilidade e obediência às premissas constitucionais. Essas servem como normas validade para os demais atos normativos do sistema. Como afirma José Afonso da Silva:

“a Constituição se coloca como 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 órgão, é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”

(*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 47 e 49):.

Ocorre que, não obstante possuir toda essa supremacia no seio de um Estado, a Constituição, não raro, sofre com abusos e violações, seja pela lei ou por atos normativos das autoridades públicas. Por isso, com vistas a evitar que a ordem constitucional seja subvertida e garantir que o texto constitucional seja aplicado com correção à sociedade, surge o instituto do controle de constitucionalidade. Através dele, é possível expurgar do ordenamento jurídico todos os atos que violem, de alguma forma, a Constituição. Ou seja, é um mecanismo que verifica a compatibilidade das normas com a Lei Maior, tanto no aspecto material como no aspecto formal. Portanto, o controle de constitucionalidade tem a função precípua de garantir a supremacia e a força normativa da Constituição em relação às demais leis e aos atos normativos advindos do Poder Público. Dessa forma, Dirley da Cunha Júnior conceitua-o como: “atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados.” (*Curso de Direito Constitucional*, 2009, p. 262)

Dessarte, o controle de constitucionalidade deve ser tido como uma garantia da aplicação idônea da Constituição, na medida em que é o instrumento apto a verificar a compatibilidade material e formal de qualquer lei ou ato normativo com a Lei Maior do Estado, com o escopo de evitar abusos e violações à ordem constitucional, assegurando, inclusive, os direitos fundamentais na sociedade.

2.2 Evolução dos sistemas de Controle de Constitucionalidade

Com o surgimento das primeiras sociedades humanas e, consequentemente das primeiras leis, foram sendo criados mecanismos de verificação dos atos estatais com a ordem vigente. A primeira experiência que se tem notícia a respeito de algo semelhante a um controle de constitucionalidade foi em Atenas, Grécia, no século V a.C. Não se fala propriamente em controle de constitucionalidade, mesmo porque não havia noção de ordem constitucional naquela época. Tal procedimento era denominado *graphé paranómón*. Através dele, era possível uma consulta em assembleia popular para se verificar se o conteúdo de determinada lei estava ao encontro do interesse da maioria. Ou seja, uma lei, aprovada de acordo com o direito ali vigente, poderia ter sua aplicação restringida se a população dela discordasse. Era formado um júri, através de sorteio, com competência para anular ou modificar uma proposta de lei ofensora à Lei Maior, podendo, inclusive, deliberar sobre possíveis punições ao autor da referida proposta.

Já na Idade Média, houve também precedentes históricos de mecanismos de controle de

constitucionalidade. Nessa época, predominava a idéia de direito natural, de derivação divina. Logo, a concepção de ápice jurídico estava na divindade religiosa, sendo absolutamente nulas todas as normas que estivessem em sentido contrário. Portanto, não importava quem houvesse editado o ato, mesmo o Papa ou o Imperador, caso estivessem em discordância com aquilo que propunha o direito natural, este seria nulo.

Foi, todavia, no século XIX, que surgiram as primeiras concepções daquilo que se entende hoje por controle de constitucionalidade.

2.2.1 O sistema norte-americano ou difuso de controle de constitucionalidade

Como pioneiro no desenvolvimento desse conceito, estão os Estados Unidos da América. A constituição americana de 1787 consagrou, como uma verdadeira criação jurídica, a supremacia da Constituição em face de todas as demais normas do ordenamento jurídico. Portanto, inicia-se com a Lei Maior americana o primado da supremacia constitucional.

A Suprem Corte americana, no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, através do então magistrado John Marshall, desenvolveu um dos pilares do controle de constitucionalidade dos tempos atuais. Entendeu, primeiramente, que a constituição, por ser suprema, regia todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, as leis infraconstitucionais, para serem legítimas e capazes de produzir relações jurídicas válidas, deviam estar em conformidade com o texto constitucional, sob pena de estarem cominados por um vício insanável e congênito, ou seja, desde a sua edição. Assim, caberia então aos juízes singulares ou mesmo aos tribunais a interpretação dos atos para verificar a sua compatibilidade com a constituição. Tal sistema foi denominado *judicial review*. Através dele, reservava-se exclusivamente ao Judiciário a prerrogativa de interpretar as leis e atos do Poder Público à luz da sistemática constitucional. Logo, segundo a doutrina de Marshall, cabia ao juiz, em caso de conflito entre duas leis, aplicar a lei constitucional, rejeitando, em qualquer hipótese, a lei entendida como inconstitucional, uma vez que esta, estando em desacordo com a norma suprema, seria absolutamente nula.

O sistema norte-americano de controle de constitucionalidade possui, ainda, algumas características específicas. A primeira delas, como já anteriormente tratada, é a de que o controle de constitucionalidade é função exclusiva do Poder Judiciário. Marshall expôs que o Poder Judiciário deveria ser uma espécie de intermediário entre o Legislativo e o povo, fazendo a análise da produção legislativa em função da constituição, que representa todo o poder do povo. Outra característica do modelo americano é a de que qualquer juiz singular

ou tribunal era responsável pela interpretação conforme a constituição. Dessa forma, a qualquer juiz em qualquer âmbito de atuação caberia a realização do controle de constitucionalidade, caso houvesse leis em conflito com a Lei Maior. Na hipótese de a questão chegar a Suprema Corte, Marshall entendia que esta possuiria uma hegemonia na resolução do problema, vinculando todos à sua fundamentação. É o que se chamou de *stares decisis*. Por esse conceito, entende-se que a Suprema Corte americana, no exercício do controle de constitucionalidade, prolatava decisões com eficácia *erga omnes*, ou seja, vinculando todos os casos semelhantes que existam, estendendo a fundamentação por todos os lides do estado. Portanto, pode-se concluir que o sistema americano é difuso, uma vez que todos os órgãos do Judiciário, sejam juízes singulares ou tribunais, podem efetuar o controle de constitucionalidade, não estando o mesmo concentrado em único órgão, e que a Suprema Corte detém a hegemonia no âmbito constitucional, já que suas decisões em sede de controle de constitucionalidade possuem eficácia geral, isto é, *erga omnes*, vinculando todos aos termos de sua decisão. Como terceiro pilar do modelo norte-americano, está a incidentalidade do controle de constitucionalidade. Por esse conceito, entendeu-se que só seria possível a verificação da compatibilidade de leis e atos do Poder Público com a constituição se essa questão fosse incidental, prejudicial à problemática principal. Ou seja, não se tratava da proposição de uma ação em abstrato para que se discutisse a constitucionalidade de determinada lei ou ato, mas de uma tese defensiva, incidental ou prejudicial ao mérito que traria à baila a incompatibilidade de uma norma com o texto constitucional. Partia-se, assim, de um caso concreto, desvinculado de uma finalidade específica de realizar o controle constitucional, para que os magistrados pudessem efetuar-lo. Logo, a via incidental seria a única possível para que fosse apresentado ao Judiciário um caso de incompatibilidade entre a constituição e leis ou atos do Poder Público.

Dessarte, é possível sintetizar o sistema norte-americano como um modelo difuso, em que a prerrogativa da realização do controle de constitucionalidade estaria dividido, ou seja, caberia a todos os órgãos do Poder Judiciário, sejam juízes singulares ou tribunais, ressaltando a hegemonia da Suprema Corte e do efeito *erga omnes* de suas decisões; exclusivo do Judiciário, na medida em que somente a ele caberia a realização desse controle, como um verdadeiro representante e fiscal do povo no cumprimento fiel da Lei Maior ; e incidental, posto que só poderia se falar em controle de constitucionalidade caso houvesse um caso concreto apresentado ao Judiciário em que, prejudicialmente ao mérito, fosse levantado um questionamento a respeito da constitucionalidade de determinada lei ou ato do Poder Público, não se falando em via abstrata ou ação em tese para o controle de constitucionalidade.

2.2.2 O sistema austríaco ou concentrado de controle de constitucionalidade

No século XX, na Áustria, foi desenvolvido um novo método de controle de constitucionalidade, em contraposição ao sistema americano, criado por John Marshall. Hans Kelsen aparece como seu principal idealizador. Esse importante jurista enxergou falhas no sistema norte-americano, então soberano nos ordenamentos jurídicos à época. Criticou, fundamentalmente, a incidentalidade do sistema difuso americano, uma vez que uma lei ou ato inconstitucional só seria expurgado do ordenamento jurídico por meio de uma ação concreta em que, prejudicialmente, se discutiria a questão da inconstitucionalidade. Dessa forma, uma lei flagrantemente inconstitucional poderia encontrar respaldo e continuar eficaz caso uma demanda concreta sobre a mesma não fosse apresentada ao Judiciário, o que geraria uma verdadeira aberração jurídica. Por isso, para se garantir a supremacia da constituição, Kelsen entendeu que o controle de constitucionalidade deveria ser feito através da via abstrata, em que a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público seria exposto, em tese, a um tribunal que decidiria a questão. Afastava-se, portanto, a dependência da incidentalidade para que se fizesse o controle de constitucionalidade.

O sistema austríaco distingue-se do americano, precipuamente, em três pontos. Nos ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior:

“O sistema austríaco-kelsiano do controle “concentrado” de constitucionalidade difere fundamentalmente, como já afirmamos, do sistema americano do controle “difuso”, em diversos pontos: a) quer sob o ponto de vista “subjeto”, ou seja, do órgão que exerce o controle; b) quer sob o ponto de vista “modal”, isto é, do modo ou da forma como o controle é exercido e a questão da constitucionalidade é resolvida; c) quer, finalmente, sob o ponto de vista “funcional”, vale dizer, respeitante aos efeitos que a decisão produz seja em relação à lei submetida ao controle, seja em relação ao caso no qual a questão de constitucionalidade tenha sido suscitada.”

(*Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.281)

Primeiro, irá se explorar a distinção entre os sistemas no ponto de vista subjetivo. O modelo austríaco, diferente do americano, confere apenas a um órgão o dever de realizar o controle de constitucionalidade. Portanto, no sistema kelsiano, a jurisdição constitucional e a prerrogativa de verificar a compatibilidade de leis ou atos do Poder Público com a Lei Maior pertencem apenas ao Tribunal Constitucional, detentor exclusivo do poder de declarar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais. Não se fala, dessa forma, em controle difuso, já que não compete a juízes singulares ou órgãos distintos do Tribunal Constitucional o poder de realizar o controle de constitucionalidade. Leciona Louis Favoreu: “Os Tribunais ou Cortes Constitucionais, segundo Louis Favoreu, “são jurisdições constitucionais em tempo completo, situados fora do aparato jurisdicional ordinário e independente desse, aos quais a Constituição atribui o monopólio do controle de

constitucionalidade das leis.” (*Los tribunales constitucionales. La jurisdicción constitucional en iberoamerica*, p.105)

Do ponto de vista modal, ou seja, de como será feito o controle de constitucionalidade, a distinção fundamental está no fato de que o sistema austríaco é abstrato, não dependendo de casos concretos para que se realize o controle. Portanto, a inconstitucionalidade de determinados atos ou leis são discutidos em tese e não como questões prejudicial ao mérito de uma ação ordinária. São, dessarte, arguidas em via principal, como fundamento primordial da lide constitucional, que terá como pedido a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato do Poder Público. Logo, há clara dissonância do modelo norte-americano, que somente abriga a possibilidade de discussão constitucional pela via da incidentalidade, como questão prejudicial ao mérito de um caso concreto. Assim, no sistema kelsiano, para que uma lei ou ato do Poder Público possa ser alvo da análise do Judiciário quanto a sua compatibilidade com a Lei Maior, é necessária a sua submissão ao Tribunal Constitucional por meio de uma ação voltada especificamente para esse fins, pela via principal.

Por último, deve-se distinguir os dois sistemas aqui expostos no aspecto funcional, ou seja, nos efeitos que a decisão de inconstitucionalidade irá produzir no ordenamento jurídico. No que pertine ao sistema americano, tem-se que a decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato gera efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da promulgação ou edição do ato viciado. Logo, todos os efeitos gerados sob a tutela da lei ou ato são absolutamente nulos, deixando de existir e regular as relações jurídicas que dali surgiram, retomando as partes ao estado que antes se encontravam. Conclui-se, portanto, que, para o modelo de Marshall, a decisão no controle de constitucionalidade é declaratório, posto que o vício nasce com a lei, cabendo ao Judiciário tão somente declará-la inconstitucional e expurgá-la do ordenamento jurídico, assim como todos os seus defeitos. Já no modelo austríaco, tem-se outra visão a respeito do assunto. Entende-se que o controle de constitucionalidade gera uma decisão com efeitos constitutivos, ou seja, que a lei ou ato era até ali válido e eficaz e só a partir daquele momento é que se pode falar em inconstitucionalidade. Há, assim, uma presunção de constitucionalidade das leis. Logo, partindo dessa idéia, o efeito que se confere a essas decisões é *ex nunc*, não se falando em retroação da decisão para disciplinar as relações derivadas da lei inconstitucional. A norma não se considera absolutamente nula, mas apenas anulável. Mostra-se evidente, pois, a diferença entre os sistemas austríaco e americano no que pertine aos efeitos gerados pela decisão em sede de controle de constitucionalidade.

Como mais uma característica peculiar do sistema austríaco de controle de constitucionalidade, entende-se que o Tribunal Constitucional não possui qualquer característica jurisdicional, mas sim uma função de legislador negativo, ao possuir a prerrogativa de atestar a incompatibilidade, e a consequente inaptidão para

gerar efeitos, da lei com a constituição do estado. Nos dizeres de Dirley da Cunha Júnior:

“É preciso, no entanto, ressaltar que o sistema proposto por Kelsen configura-se como uma função constitucional que não seria propriamente judicial, senão, como explicita o próprio jurista de Viena, de “legislação negativa”. Com efeito, na visão kelsiana o Tribunal Constitucional não julga nenhuma pretensão concreta, mas examina tão-só o problema puramente abstrato de compatibilidade lógica entre uma lei e a Constituição.”
(*Curso de Direito Constitucional*, 2009, p. 283)

Estando exposto o conceito de controle de constitucionalidade, bem como a sua evolução histórica à luz do direito estrangeiro, explorando-se os sistemas criados ao longo dos séculos, parte-se para a análise de como esse instituto se desenvolveu no Brasil, passando por suas diversas fases, e recorrendo-se sobre como o controle de constitucionalidade se apresenta no contexto atual no ordenamento jurídico pátrio.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DISCIPLINA ATUAL DO INSTITUTO

3.1. Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro, à medida que foi se desenvolvendo e se consolidando, incorporou o controle de constitucionalidade como mecanismo de proteção ao texto constitucional. Acompanhando a evolução histórica pela mundo, o Brasil possuiu diversos regramentos a respeito do controle de constitucionalidade ao longo dos anos, sobretudo regulados nos próprios textos das constituições que surgiram nos séculos XIX e XX. Será exposto, a seguir, todo o processo de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, ao longo de suas constituições.

3.1.1. Constituição de 1824.

A constituição de 1824, editada à época do império de Dom Pedro I, foi outorgada, isto é, imposta autoritariamente sem um devido processo legal. Além disso, sofreu bastante influência das idéias iluministas e liberais que surgiram no século XVIII através das revoluções burguesas, como a Revolução Francesa, e da própria constituição americana de 1789.

Nesse contexto, a teoria da separação dos poderes surgiu como um verdadeiro dogma no texto constitucional de 1824. Muito em função disso, a primeira ordem constitucional do Brasil enquanto estado independente não contemplou o instituto do controle de constitucionalidade. E isso se justificou muito por essa idéia estática e dogmática da separação de poderes, posto que o ordenamento jurídico pátrio à época garantia a soberania do Parlamento em todo assunto que fosse pertinente à atividade legislativa. Ou seja, através da independência dos Poderes, somente o Legislativo poderia interpretar o seu próprio ato e dizer os fins a que ele se destina, posto que as leis seriam, em sua plenitude, sempre de competência do Legislativo. Dessa forma, nunca seria possível ao Poder Judiciário ou ao Executivo exercer suas atividades em qualquer situação que dissesse respeito às leis. Por tal motivo, não sequer cogitação do desenvolvimento do controle de constitucionalidade no país. Estabelece Pedro Lenza:

“No tocante ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a Constituição Imperial de 1824 não estabeleceu qualquer sistema de controle, consagrando o dogma da soberania do Parlamento, já que, sob a influência do direito francês (a lei como “expressão da vontade geral”) e do inglês (supremacia do Parlamento), somente o Órgão Legislativo poderia saber o verdadeiro sentido da norma.”
(*Direito Constitucional Esquematizado*, 2012, p.246)

Para além desse aspecto, outro que bastante contribuiu para a ausência do controle de constitucionalidade na Constituição de 1824 foi a adoção do Poder Moderador, pelo qual caberia sempre ao Imperador decidir sobre conflitos entre os poderes. Não haveria, assim, respaldo para o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade sobre leis editadas pelo Poder Legislativo, posto que o próprio texto constitucional delegava tal prerrogativa ao Imperador, detentor do Poder Moderador.

3.1.2. Constituição de 1891.

A constituição de 1891, primeira da República e a primeira promulgada do Brasil, finalmente trouxe em seu texto o controle de constitucionalidade. Influenciada pelo modelo americana da *judicial review*, a Lei Maior de 1891 consagrou o controle difuso de constitucionalidade. Esse modelo, utilizado desde o início do século XIX pela Suprema Corte americana, atribui ao Judiciário a prerrogativa de exercer a análise sobre a constitucionalidade das leis ou atos do poder público, ou seja, de verificar se tais atos são compatíveis com a ordem e com o texto constitucional. Além disso, a Constituição de 1891 garantiu que esse controle poderia ser exercido em qualquer grau de jurisdição, seja por juízes singulares, seja por tribunais. Todavia, tal qual o sistema americano, esse controle somente seria possível através da via de exceção ou defesa, ou seja, de forma incidental,

através de casos concretos que fossem submetidos ao Judiciário, não contemplando a possibilidade de ações autônomas e abstratas para discutirem a constitucionalidade de leis ou atos do poder público.

3.1.3. Constituição de 1934

A constituição de 1934, surgida no governo de Getúlio Vargas, trouxe diversos avanços nos direitos sociais. No tocante ao controle de constitucionalidade, manteve somente o controle difuso como possível no país. Inovou, todavia na criação de dois importantes mecanismos, que perduram no ordenamento jurídico brasileiro até os dias de hoje. O primeiro deles é a cláusula de reserva de plenário. Por ela, a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público somente poderia ser decretada pelo Pleno de um Tribunal. Além disso, a votação teria que ser por maioria absoluta. Ou seja, no controle difuso, no âmbito dos tribunais, somente seria possível se decretar a inconstitucionalidade por maioria absoluta de seus membros. Outro aspecto inovador surgido na constituição de 1934, foi conferido ao Senado Federal. O controle de constitucionalidade, a essa época, conforme já explicitado, era pela via difusa, ou seja, qualquer juízo poderia realizá-lo. Assim, a constituição de 1934 atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender, no todo ou em parte, lei ou ato do poder público declarado inconstitucional por sentença definitiva. Portanto, em qualquer juízo do país que houvesse realizado controle de constitucionalidade e a respectiva decisão se tornasse definitiva, caberia ao Senado a prerrogativa de decidir se suspenderia, no todo ou em parte, o ato impugnado. Nesse sentido, escreve Dirley da Cunha Júnior:

“Assim é que, nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser pronunciada pelo voto da maioria absoluta de seus membros (art. 179); caberia ao Senado, quando comunicado pelo Procurador-Geral da República, a competência para suspender, em caráter geral, a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art.91, IV, e art. 96).”
(*Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.292)

3.1.4. Constituição de 1937

A constituição de 1937 foi a segunda outorgada no Brasil. Imposta pelo Estado Novo, governo ditatorial de Getúlio Vargas, a carta magna de 1937 não alterou o sistema difuso de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil desde a constituição de 1891. Todavia, apresentou alguns retrocessos, enfraquecendo a supremacia do Judiciário no controle de constitucionalidade, como garantindo a possibilidade do Poder Executivo de tomar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, quando a lei declarada inconstitucional, por iniciativa do Presidente da república, fosse confirmada pelo voto de dois terços de

cada uma das Casas Legislativas. Isso foi bastante prejudicial ao instituto na medida em que vivia-se, à época, uma ditadura e o próprio Presidente é quem detinha os poderes próprios do Legislativo, o que tornava por concentrar, em seus mãos, importante parte dos poderes da República.

3.1.5. Constituição de 1946.

A constituição de 1946 e todo o período pelo qual esteve vigente comportou diversos avanços no tocante ao controle de constitucionalidade das normas. Inicialmente, deve-se considerar que a Lei Maior de 1946 representou a redemocratização do país após 8 anos de ditadura através do Estado Novo, de Getúlio Vargas.

Como primeiro aspecto está restauração do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, uma vez que resgatou a hegemonia e exclusividade do Poder Judiciário no exercício do controle no país. Além disso, permitiu que o controle difuso fosse exercido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. Todavia, o mais importante avanço comportado pela constituição de 1946 foi consubstanciado através da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Por ela, criou-se no Brasil o controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato das normas. Assim, definiu a emenda que estava criado um modelo diverso daquela já vigente, qual seja o difuso. Por ele, seria possível a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público por ação própria, em tese, sem depender de casos concretos para que a tese de inconstitucionalidade fosse arguida pela via de defesa ou de exceção. Consagrava-se, nesse momento, o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. A competência para julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da constituição era privativa do Supremo Tribunal Federal. A legitimidade para propor tais demandas, por sua vez, pertencia de forma exclusiva ao Procurador-Geral da República. Por último, a constituição de 1946 trouxe, ainda por meio da Emenda Constitucional 16/65, a possibilidade de se estabelecer processo de competência originário do Tribunal de Justiça para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado. Estabelecia-se, assim, a possibilidade de controle concentrado também no âmbito estadual.

3.1.6. Constituição de 1967

A constituição de 1967, em que pese ter sido formalmente promulgada, foi editada em meio a uma ditadura militar que governava o país. No tocante ao controle de constitucionalidade, trouxe poucas mudanças

em relação à constituição de 1946. A maioria dos regramentos foi mantido, preservando o controle difuso e abstrato e difuso de constitucionalidade, nos moldes definidos pela constituição anterior. Uma das mudanças implantadas foi a falta de previsão do controle concentrado de constitucionalidade no âmbito estadual. Outra mudança, implementada pela Emenda Constitucional de número 7, foi a da previsão da concessão de medida cautelar a ser pedida nas representações genéricas de inconstitucionalidade, ou seja, criava-se a possibilidade de concessão de liminares no controle concentrado de constitucionalidade, novidade que foi mantida na constituição seguinte, de 1988.

3.1.7. Constituição de 1988.

A constituição de 1988 deu legitimidade à nova ordem democrática que se estabelecia no país depois de 21 longos anos vividos sob um regime autoritário e ditatorial. Teve como base, assim, a consagração dos direitos fundamentais, buscando assegurar a todos a proteção e preservação dos direitos mínimos, como os políticos, e reduzir as desigualdades sociais bastante presentes em todo país. Em face desse viés, foi chamada de “constituição cidadã”.

Em relação ao controle de constitucionalidade, a constituição de 1988 manteve a disciplina do sistema judicial de controle, aperfeiçoando os institutos e mantendo a combinação dos métodos difuso e concentrado. Esse último apresentou inúmeras mudanças em relação às disciplinas dos outros textos constitucionais. Primeiro, instituíram-se diversos outros tipos de ações em abstrato que pudessem contestar a constitucionalidade das leis e atos do poder público. Logo, não somente pela ação direta de inconstitucionalidade é que o Judiciário poderia exercer o controle concentrado. Foram criadas: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, seja pela forma concentrada, seja pela difusa, através do mandado de injunção; a ação declaratória de constitucionalidade, criada pela Emenda Constitucional de número 3, em que se buscava declarar um dispositivo constitucional, em face de controvérsia surgida sobre ele, com efeitos vinculantes e processamento idêntico ao da ação direta de inconstitucionalidade; a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para combater atos que violem direitos fundamentais resguardados pela Lei Maior. Em suma, o Brasil desenvolveu 4 ações capazes de mobilizar o Judiciário, através da competência exclusiva do STF, para exercer o controle concentrado de constitucionalidade. Ainda nesse íterim, a constituição cidadã ampliou o rol de legitimados a propor as ações no controle concentrado. Acabou a exclusividade do Procurador-Geral da República como único legitimados, ampliando-se o rol para que Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou Governador do Distrito Federal, 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 pudessem propor qualquer das ações pertinentes ao controle concentrado de constitucionalidade. Em relação ao controle difuso de constitucionalidade, é possível afirmar-se que houve uma pequena desvalorização do mesmo, seja em face do crescimento das possibilidades de ações junto ao controle concentrado, seja pelo aumento dos legitimados a propor tais ações. Todavia, é inegável que a via difusa continua a existir e ter importância fundamental no seio do ordenamento jurídico pátrio.

Diante disso e dessas mudanças, pode-se concluir que a constituição de 1998 aperfeiçoou bastante a sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil, consolidando o mesmo ao ordenamento jurídico pátrio e buscando transformá-lo em um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais. Assevera José Afonso da Silva acerca do controle de constitucionalidade no país:

“o Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério 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.”
(*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 554-555.)

3.2. As espécies de inconstitucionalidade

Os atos inconstitucionais, sejam eles leis ou atos do poder público, podem ser considerados viciados por motivos de diversas ordens. A doutrina costuma dividir esses vícios de acordo com a natureza da inconstitucionalidade, podendo esta se dar por omissão ou por ação, sendo que, no último caso, dar-se-á por vício formal ou material do ato impugnado. A seguir, serão estabelecidas as diferenças entre essas espécies

3.2.1. Inconstitucionalidade por ação e por omissão

Estabelece-se, inicialmente, o conceito de inconstitucionalidade por ação ou por omissão. Busca-se saber quando uma norma infraconstitucional estará viciada por ato comissivo ou omissivo do Poder Público. No primeiro caso, haverá uma incompatibilidade vertical entre a lei ou ato do poder público com o texto constitucional, seja esse vício decorrente do próprio conteúdo em si da norma, seja por que houve vício no processo legislativo pelo qual foi formulada a lei. Portanto a inconstitucionalidade reside em uma conduta positiva do Poder Público, que editou uma lei ofensiva ao ordenamento jurídico, já que incompatível com a constituição federal. Já no caso da inconstitucionalidade por omissão, o vício decorre da inércia do Poder

Público, que, diante de uma norma constitucional de eficácia limitada, isto é, que depende de uma norma regulamentadora para que possa produzir todos os seus efeitos, não edita a referida lei infraconstitucional e termina por cercear direitos daqueles que seriam alcançados pela norma, caso esta produzisse seus efeitos. Ou seja, a inconstitucionalidade está na conduta negativa, omissiva, e inércia legislativa do Estado em editar a lei que regulamente a norma constitucional de eficácia limitada.

Na inconstitucionalidade por ação do Poder Público, como já dito, a lei impugnada por estar viciada por razões formais, isto é, por haver desrespeito com o processo legislativo, como no caso de uma norma ser aprovada por um quórum diferente do que apregou a constituição, ou por razões materiais, como no caso de haver leis ou atos do poder público em dissonância total com o texto constitucional, ferindo, por exemplo, direitos fundamentais ou quaisquer outros resguardados pela Constituição de 1988.

3.2.1.1. Inconstitucionalidade por ação: Vício Formal de Inconstitucionalidade

Como já esclarecido, haverá vício formal de inconstitucionalidade quando a lei ou ato normativo desrespeitar o processo legislativo estabelecido constitucionalmente, ou ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente. Portanto, a norma pode até estar materialmente compatível com a ordem jurídica, trazendo conteúdo que se adeque ao ordenamento, porém, caso contenha algum vício em sua forma, haverá incontestável inconstitucionalidade da mesma. Como assevera Canotilho, os vícios formais “... incidem sobre o *acto normativo enquanto tal*, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização, na hipótese *inconstitucionalidade formal*, viciado é o *acto*, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.” (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 959). Fala-se, então, em inconstitucionalidade formal orgânica, em inconstitucionalidade formal propriamente dita e em inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato.

Iniciando-se pela inconstitucionalidade formal orgânica, é possível definí-la como aquela que decorre da violação da competência legislativa para a edição da lei ou ato normativo. Ou seja, a inconstitucionalidade resulta da usurpação da competência legislativa de um ente da federação por outro, tomando o ato, ainda que materialmente compatível, absolutamente inconstitucional. Exemplo claro está na ADI 1.646, processada perante o Supremo Tribunal Federal, que foi assim ementada, *in verbis*:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Estadual que regula obrigações relativas a serviços de assistência médico-hospitalar regidos por contratos de natureza privada, universalizando a cobertura de doenças (Lei n. 11.446/1997, do Estado de Pernambuco). *Vício formal*.

Competência privativa da União para legislar sobre direito civil, comercial e sobre política de seguros (CF, art. 22, I e VII). Precedente: ADI n. 1595-MC/SP, Rel. Nelson Jobim, DJ 19/12/02, Pleno, Maioria”
(ADI 1.646, Rel. Min Gilmar Mendes, j. 02.08.2006, DJ de 07.12.2006)

Em relação à inconstitucionalidade formal propriamente dita, tem-se que esta pode ser definida como o vício decorrente da inobservância do devido processo legislativo. Ou seja, há desrespeito aos trâmites formais pelos quais a lei deve passar para que seja validamente promulgada. Esses vícios podem ser de duas ordens. A primeira será originada de um vício subjetivo, isto é, partindo de quem propôs a norma. Nesse caso, a lei será inconstitucional desde o início do processo legislativo, posto que quem a apresentou não teria capacidade para tal. Não se trata de vício de competência, uma vez que há matérias que são reservadas, por exemplo, privativamente ao Presidente da República. Assim, não é permitido a um Deputado Federal, por exemplo, ainda que do mesmo ente federativo do Presidente, qual seja a União, propor leis que sejam de competência privativa do chefe do Executivo. Caso proponha, a norma será plenamente inconstitucional. Outro tipo de vício é o formal objetivo. Nesse caso sim, a inconstitucionalidade advém do descumprimento de regras já durante o próprio processo legislativo, seja por violar o bicameralismo federativo, sendo aprovada sem ser analisada pelas duas Casas do Legislativo, seja por ser votada por meio de um quórum diferente do exigido para a aprovação. Nesses casos, haverá evidente inconstitucionalidade.

Por último, tratar-se-á da inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato normativo. Determinado atos dependem do adimplemento de algumas condições para que possam ser validamente formulados. Assim, somente se presentes alguns requisitos é que se pode editá-lo. Nesse caso, havendo descumprimento dessas condições previstas no texto constitucional, o ato será absolutamente inconstitucional. Como bons exemplos de vícios como esse, podemos citar a edição de medidas provisórias por parte do Presidente da República, conforme o art. 62, *caput*, da Constituição de 1988, sem a observância dos requisitos da relevância e urgência, ou a criação de Municípios por lei estadual sem a observância dos requisitos constitucionais. Nesse sentido, o professor Clèmerson Mérlin Clève, “... a lei estadual dispondo sobre a criação de novo Município, ainda que regulamente votada e sancionada, mas sem observar o pressuposto referido, estará maculada por inafastável vício de inconstitucionalidade formal.. o Mesmo se verifica no caso do art. 18, parágrafo terceiro, da Lei Fundamental da República.” (*Fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2. ed., p.41)

3.2.1.2. Inconstitucionalidade por ação: Vício Material de Inconstitucionalidade

O vício material, por sua vez, diz respeito ao conteúdo, à matéria propriamente dita disciplinada pela lei ou ato normativo. Nesse caso, há violação direta aos preceitos trazidos pela constituição, cerceando direitos constitucionalmente garantidos. Não se fala, portanto, em vícios ligados ao processo legislativo ou mesmo à competência. Como exemplo, é possível citar uma lei que institua a pena de morte para crimes hediondos, o que feriria de forma contundente as cláusulas pétreas dispostas no art. 60 da Constituição de 1988.

A referência para se apontar um vício material está tanto nas normas postas no texto constitucional, bem como em seus princípios, baseados em uma interpretação sistemática da Lei Maior. Logo, uma lei infraconstitucional formalmente legítima pode ser inconstitucional caso seu conteúdo contrarie normas ou mesmos princípios constitucionais. Afirma Luís Roberto Barroso:

“a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional — e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) — ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, *caput*, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas.”
(*O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2.ed., p.29)

3.3. Momentos do Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade pode ocorrer em dois momentos: previamente à lei, quando esta ainda é um projeto, ou seja, durante o processo legislativo, sendo denominado de controle prévio ou preventivo, ou sobre a lei consolidada, já editada e gerando seus efeitos potenciais ou efetivos, sendo denominado de controle posterior ou repressivo.

3.3.1. Controle Prévio ou Preventivo de Constitucionalidade

Como já visto, o controle de constitucionalidade pode ocorrer antes mesmo de uma lei ser editada pelo Legislativo. É o denominado controle prévio ou preventivo de constitucionalidade, em que, durante o processo legislativo, é cabível a realização da análise da compatibilidade do projeto de lei com a constituição. Interessante ressaltar que esse tipo de controle pode ser realizado pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário.

3.3.1.1. Controle Prévio ou Preventivo realizado pelo Legislativo

Cabe ao Poder Legislativo a função típica de formular as leis. Em função disso, é dever desse Poder o cuidado e esmero no que tange ao conteúdo dessas normas, a fim de que possam editar regras que venham ao encontro dos anseios sociais, bem como em compatibilidade ao próprio ordenamento jurídico, sobretudo em relação ao texto constitucional.

Partindo dessa premissa, é obrigação do Legislativo observar atentamente o conteúdo das normas a serem propostas para o seu crivo. Para isso, existe a Comissão de Constituição e Justiça, responsável pela análise da constitucionalidade dos projetos de leis apresentados. Dessa forma, tal comissão realiza um verdadeiro controle de constitucionalidade prévio das leis, uma vez que os projetos, antes de serem colocados para votação das Casas Legislativas, têm sua constitucionalidade analisada. Portanto, incontestável a prerrogativa de o Legislativo, por meio de suas Comissões de Constituição e Justiça, realizarem um controle prévio de constitucionalidade. Observa-se, ainda, que tal controle nem sempre se verifica em relação a todos os projetos de lei, não ocorrendo, por exemplo, no caso de medidas provisórias, resoluções dos Tribunais e decretos.

A Comissão de Constituição e Justiça, na realização do controle prévio de constitucionalidade, pode emitir parecer negativo, parcial ou total, sobre o projeto de lei. No primeiro caso, de rejeição parcial do projeto normativo, pode a Comissão oferecer emenda, visando corrigir o vício inconstitucional que afeta o projeto. Já no caso de parecer negativo total pela inconstitucionalidade e injuricidade de qualquer proposição, esta será considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado. Portanto, verifica-se a importância do controle prévio de constitucionalidade realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça no âmbito do Poder Legislativo.

3.3.1.2. Controle Prévio ou Preventivo realizado pelo Poder Executivo.

O Poder Executivo, assim como o Legislativo, também pode realizar o controle prévio ou preventivo de constitucionalidade. Esse controle se dará, sobretudo, através do instituto do veto. Quando uma lei é aprovada pelo Legislativo, esta é submetida ao chefe do Executivo para que este se posicione a respeito do conteúdo da Lei. Caso concorde, ele a sancionará, atribuindo eficácia à norma. Caso dela discorde, ele poderá vetá-la totalmente, remetendo a sua decisão de veto para a análise do Legislativo, ou vetá-la apenas parcialmente, dando eficácia plena à parte não vetada.

O veto é considerado o instrumento de controle de constitucionalidade prévio utilizado pelo Executivo. Tal instituto pode ser de caráter político ou de caráter jurídico. No primeiro caso, o Executivo nega eficácia a lei aprovada pelo Legislativo por considerá-la contrária ao interesse público, em que pese a mesma estar de conformidade com o texto constitucional. É o denominado veto político. Nesse caso, juridicamente, não há nenhuma vício e o veto apenas se opera por convencimento íntimo que tal norma não está de acordo com os anseios da sociedade. Já no segundo caso, o veto surge de uma constatação que aquela lei está em sentido contrário à própria ordem constitucional, sendo, portanto, inconstitucional. Denomina-se esse tipo de veto como veto jurídico, através do qual o Executivo discorda de uma norma por considerá-la incompatível com a ordem constitucional vigente. Concluindo, leciona Pedro Lenza, “Assim, caso o Chefe do Executivo entenda ser o projeto de lei inconstitucional poderá vetá-lo, exercendo, desta feita, o controle de constitucionalidade prévio ou preventivo, antes de o projeto de lei transformar-se em lei.” (*Direito Constitucional Esquematizado*, 2012, p. 257).

3.3.1.3. Controle Prévio ou Preventivo realizado pelo Poder Judiciário

Ao Poder Judiciário, em tese, se destina a exclusividade na realização do controle posterior ou repressivo de constitucionalidade. Todavia, também é possível a este Poder a prerrogativa de exercer o controle prévio das leis ou atos do poder público, podendo, assim, atuar em face de um projeto de lei em trâmite.

Esse posicionamento, majoritário no Supremo Tribunal Federal, somente se opera em uma única hipótese. Dar-se-á pela via incidental, através de um mandado de segurança impetrado por parlamentar para garantir o devido processo legislativo. Ou seja, caso esteja ocorrendo violações durante o trâmite legislativo para a análise de um projeto de lei, qualquer parlamentar poderá provocar o Judiciário através de um mandado de segurança para fazer valer o direito líquido e certo que ele possui de participar de um processo legislativo que esteja de acordo com a ordem constitucional. Assim, o Judiciário será compelido a fazer uma análise constitucional sobre um projeto de lei, e não uma lei já consolidada, exercendo, dessa forma, um controle prévio de constitucionalidade. Interessante observar ainda, que somente o parlamentar é parte legítima para a propositura do mandado de segurança. Nesse sentido, explica Pedro Lenza:

“Portanto, o direito público subjetivo de participar de um processo legislativo hígido (devido processo legislativo) pertence somente aos membros do Poder Legislativo. A jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de negar a legitimidade ativa *ad causam* a terceiros, que não ostentem a condição de parlamentar, ainda que invocando a sua potencial condição de destinatários da futura lei ou emenda à Constituição, sob pena de indevida transformação em

controle preventivo de constitucionalidade em abstrato, inexistente em nosso sistema constitucional.”

(*Direito Constitucional Esquematizado*, 2012, p.258)

Arrematando, como em todo controle prévio de constitucionalidade, somente haverá a possibilidade pela via difusa, incidental ou de exceção, não sendo possível a proposição de ações em tese para discutir a constitucionalidade prévia de projetos de lei.

3.3.2. Controle Posterior ou Repressivo de Constitucionalidade

O controle posterior ou repressivo de constitucionalidade é aquele exercido não mais sobre o projeto de lei, mas sobre a lei já promulgada e gerando efeitos no mundo jurídico. Ou seja, os órgãos de controle verificarão a compatibilidade da lei com o texto constitucional, averiguando se ela possui algum vício formal, produzido por ilegitimidade da autoridade que propôs o projeto de lei ou por violação do devido projeto legislativo, ou vício material, próprio do conteúdo trazido pela norma. Esse controle posterior é classificado em três espécies, podendo ser político, jurisdicional ou híbrido.

3.3.2.1. Controle Posterior ou Repressivo Político

Nesse tipo de controle posterior ou repressivo, existe um órgão de controle distinto dos três poderes que é o único possuidor da prerrogativa de realizar o controle de constitucionalidade. É denominado de Corte ou Tribunal Constitucional. Ele terá a exclusividade na apreciação dos temas constitucionais no ordenamento jurídico, possuindo a competência soberana de verificar a compatibilidade das leis e atos do poder público com o texto constitucional. Esse sistema é adotado em países da Europa, como Portugal e Espanha. A maior parte da doutrina brasileira rechaça a adoção do controle posterior ou repressivo político no Brasil. Todavia, Luís Roberto Barroso entende que o veto do Executivo a projeto de lei por entendê-lo inconstitucional (veto jurídico) bem como a rejeição de projeto de lei na Comissão de Constituição e Justiça seriam exemplos de controle político no ordenamento jurídico brasileiro. (*O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*, 2.ed. p. 42-43)

3.3.2.2. Controle Posterior ou Repressivo Jurisdicional

Nesse tipo de controle, cabe somente ao Judiciário a prerrogativa da realização do controle de constitucionalidade sobre as leis e atos do poder público. Tal controle poderá ser exercido através de um único

órgão, responsável por analisar a constitucionalidade por meio de ações em tese sobre os atos impugnados, denominando-se controle concentrado, ou por qualquer juiz singular ou tribunal em via incidental, no que se chama de controle difuso. O Brasil adota o controle posterior ou repressivo jurisdicional, posto que somente o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade, e o mesmo é considerado misto, já que estão presentes tanto a forma concentrada, como a forma difusa de análise.

3.3.2.3. Controle Posterior ou Repressivo Híbrido

Denomina-se controle posterior ou repressivo híbrido aquele no qual há uma mistura dos controle político e jurisdicional. Nesse caso, haverá uma Corte ou Tribunal Constitucional, desvinculado de qualquer dos três poderes, que será responsável por exercer o controle de constitucionalidade em relação a certos tipos de normas, denominado de controle político. Haverá, ainda, o controle a ser realizado pelo Poder Judiciário em relação às outras normas, que é o controle jurisdicional. Portanto, no controle híbrido, estão presentes tanto o controle político como o controle jurisdicional no mesmo ordenamento jurídico, formando um novo tipo de controle posterior ou repressivo de constitucionalidade.

3.3.2.4. Exceções à Regra Geral do Controle Jurisdicional Posterior no Brasil

Como já visto, o Brasil adota o controle jurisdicional posterior ou repressivo na avaliação da constitucionalidade das leis e atos do poder público. Portanto, em regra, somente cabe ao Judiciário a realização do controle de constitucionalidade, seja pela via difusa ou pela via concentrada. Todavia, essa regra comporta algumas exceções, nas quais o Poder Legislativo e o Poder Executivo poderão realizar o controle posterior ou repressivo de constitucionalidade.

3.3.2.4.1. Controle Posterior ou Repressivo exercido pelo Poder Legislativo

Em que pese a regra geral ser a realização do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, existem duas situações em que o controle posterior ou repressivo ficará a cargo do Poder Legislativo. A primeira exceção está prevista no próprio texto constitucional, em seu art. 49, inciso V. Tal dispositivo garante ao Congresso Nacional a prerrogativa de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Ora, esses atos normativos do Executivo possuem total aptidão para serem combatidos por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, uma vez que capazes de

ofender o texto constitucional. Se a própria constituição atribui ao Congresso Nacional a prerrogativa de sustar os atos em que haja violações, está claro que se trata de um controle posterior de constitucionalidade de ato normativo. Outro exemplo possível em que o Legislativo exerce o controle de constitucionalidade está na análise das medidas provisórias adotadas pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência. No regramento dessas espécies normativas está a obrigatoriedade de submissão de seus conteúdos ao Congresso Nacional, a fim se avalie a conversão ou não das medidas em lei, apesar de já possuírem força de lei. Assim, caso os parlamentares entendam pela inconstitucionalidade da medida e a rejeitem por tal motivo, estarão exercendo, de forma clara, um controle posterior de constitucionalidade. Nos dizeres de Pedro Lenza:

“ ... em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (poder legislativo). Entendendo-a inconstitucional (vejam: as medidas provisórias têm força de lei), o Congresso Nacional estará realizando controle de constitucionalidade. Trata-se de exceção à regra geral, haja vista que, nessa hipótese, o controle não é exercido pelo Judiciário (lembrem: o Brasil adotou o sistema de controle jurisdicional misto), mas sim pelo Legislativo.”
(*Direito Constitucional Esquematizado*, 2012, p.263)

3.3.2.4.2. Controle Posterior ou Repressivo exercido pelo Poder Executivo

O Poder Executivo, por sua vez, também, em exceção à regra geral, possui capacidade de exercer o controle posterior de constitucionalidade. O Brasil adota o princípio da supremacia da constituição. Assim, somente as leis e atos que estejam de acordo com a Lei Maior devem ser aplicados. O Poder Executivo tem sua atuação pautada de acordo com a lei, ou seja, somente pode atuar nos parâmetros e limites desta. Se, todavia, a lei for flagrantemente inconstitucional, seria cabível a atuação de ofício do Executivo para afastar sua incidência com base nesse possível vício?

Antes da Constituição de 1988, era pacífico o entendimento que seria possível sim ao Poder Executivo afastar a incidência de norma que julgasse inconstitucional. E esse posicionamento se justificava pelo fato de que, à época, o ordenamento jurídico pátrio somente permitia ao Procurador-Geral da República o manejo de ação direta de inconstitucionalidade para combater incompatibilidades ao texto constitucional. Assim, para dar um maior respaldo ao Poder Executivo e proteger a constituição contra flagrantes inconstitucionalidades, entendia-se plenamente possível o controle de constitucionalidade por parte do Executivo nessa hipótese. Com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu momento inicial, pela ampliação do rol dos legitimados para a proposição de ações diretas de inconstitucionalidade para o Presidente da República e para os Governadores dos Estados, mudou-se o entendimento, não mais se permitindo esse controle posterior por parte do Poder Executivo, já que este detinham o via de ação para discutir a inconstitucionalidade. Todavia,

em um momento posterior, os tribunais superiores, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, à luz do princípio da supremacia da constituição, vem acolhendo a tese que predominava antes do advento da Carta de 1988, qual seja a da possibilidade de o Executivo, em sede de controle posterior de constitucionalidade, afastar a incidência de lei ou ato normativo que julgue inconstitucional. Há precedente no STF a respeito do tema. *In verbis*:

“... O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia — e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade —, podem tão só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”
(ADI 221-MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves; DJ de 22.10.1993, p. 22251, *Ement.v.* 01722-01, p.28)

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, também já se posicionou nesse sentido, com ainda mais veemência. Estabeleceu a 1ª Turma do STJ:

“ Lei inconstitucional — Poder Executivo — Negativa de eficácia. O poder executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional”
(Resp 23121/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; 1ª Turma, j. 06.10.1993, DJ de 08.11.1993, p. 23521, LEXSTJ, 55/152).

3.4. Vias Jurisdicionais de Controle de Constitucionalidade

Conforme já exposto, o controle de constitucionalidade, em regra, pertence exclusivamente ao Judiciário. Serão aprofundadas, agora, as vias pelas quais é possível que seja exercido o controle, quais sejam a via de ação, ou abstrata, através do controle concentrado, ou a via de exceção, ou de defesa, por meio do controle difuso. Por essa duplicidade de vias possíveis, considera-se que o Brasil adota, em seu ordenamento jurídico, um controle de constitucionalidade jurisdicional misto.

3.4.1. Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido no Brasil pela Emenda

Constitucional n. 16 de 1965, sob a vigência da constituição de 1946. Esse tipo de controle, surgido no início do século XX na Áustria, sendo desenvolvido por Hans Kelsen, permitia que o órgão de cúpula do Poder Judiciário apreciasse exclusivamente a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos. Além disso, impõe que o controle somente será exercido pela via de ação, em que um rol de legitimados estarão aptos a apresentarem demandas sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em tese, sem a necessidade de caso concreto para que o Judiciário possa apreciar o questionamento da inconstitucionalidade. Portanto, pode-se sintetizar o controle concentrado como aquele exercido por um único órgão, que, no ordenamento brasileiro é o Supremo Tribunal Federal, com a exclusão total de todos os outros juízos, e pela via de ação, com a propositura de uma demanda em abstrato para a discussão da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em tese.

O controle concentrado de constitucionalidade pode ser verificado em cinco casos, a saber: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.

3.4.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica

A ação direta de inconstitucionalidade genérica foi a primeira ação de controle concentrado surgida no ordenamento jurídico brasileiro. Criada em 1965, pela EC n. 16, essa ação surgiu como o primeiro instrumento de discussão em tese sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos no Brasil. No ordenamento jurídico pátrio atual, a ação direta de inconstitucionalidade pode ser conceituada como o instrumento apto à discussão em abstrato sobre a incompatibilidade de normas com o texto constitucional. Deseja-se, através dessa ação, que o ato impugnado por vício material ou formal seja expurgado do ordenamento jurídico, sendo considerado inválido.

A ADIN genérica tem como objeto leis ou atos normativos incompatíveis com a ordem constitucional. Consideram-se leis todas as espécies normativas dispostas no art. 59 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Em relação aos atos normativos, entende-se que são as resoluções administrativas dos tribunais e os atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam caráter normativo. Interessante observar que Emendas Constitucionais também podem ser objeto de ADIN, desde que ofendam as cláusulas pétreas, dispostas no art 60 da Lei Maior. Além disso, súmulas, sejam elas vinculantes ou não, estão impossibilitadas de serem impugnadas por meio de

ADIN, uma vez que não possuem normatividade.

Conforme já exposto, a competência para o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo essa competência originária, eliminando de todos os outros juízos a apreciação de ADIN relativa a essas matérias.

Em relação a legitimidade para a propositura da ADIN, tem-se que, até a Constituição de 1988, somente o Procurador-Geral da República estava apto a propor a demanda. Após o advento da constituição cidadã, ampliou-se sobremaneira o rol de legitimados, consagrando uma verdadeira legitimação concorrente para a ADIN. Esse rol está disposto no art. 103 da Lei Maior, e dispõe que a propositura de ADIN para questionar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal poderá ser proposta:

- ‘I – pelo Presidente da República
- II – pela Mesa do Senado Federal
- III – pela Mesa da Câmara dos Deputados
- IV – pela Mesa de Assembleia Legislativa de Estado ou pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (alterado pela EC n.45/2004)
- V – pelo Governador de Estado ou do Distrito Federal (alterado pela EC n. 45/2004)
- VI – pelo Procurador-Geral da República
- VII – pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
- VIII – por partido político com representação no Congresso Nacional
- IX – por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

No tocante aos efeitos da ADIN, vários se formarão a partir da decisão exarada pelo STF em sua competência originária. O Primeiro deles é o efeito *erga omnes* da decisão da ADIN. Assim, aquilo que for decidido pelo STF terá efeitos gerais, atingindo a todas as relações jurídicas pela lei ou ato normativo impugnado regidas. É importante ressaltar, nesse ínterim, o caráter dúplice da ADIN, ou seja, no caso de improcedência da demanda, haverá uma declaração de constitucionalidade do ato, que terá efeito *erga omnes*, reafirmando a sua imposição sobre as controvérsias que a partir dele tenha surgido. Outro efeito importante é o *ex tunc*. Com a declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, o STF declara que aquele ato é absolutamente nulo e o é desde a sua edição. Portanto, ele nunca foi válido, posto que sempre se apresentou incompatível com a Constituição. Dessa forma, as relações pelo ato regidas são, conseqüentemente, nulas. Opera-se, pois, o efeito *ex tunc* da declaração da inconstitucionalidade por meio da ADIN, retroagindo-se à data da edição do ato impugnado, para expurgá-lo do ordenamento jurídico como se ele nunca houvesse existido. Mais um importante efeito da ADIN é o de sua decisão vincular todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública

federal, estadual e municipal.

Em síntese, tudo que se expôs torna clara a posição de destaque do Supremo Tribunal Federal como um verdadeiro “Guardião da Constituição”, uma vez que o texto constitucional conferiu importantes prerrogativas à Suprema Corte no exercício do controle de constitucionalidade, sobretudo pela atribuição dos efeitos *erga omnes* e vinculante de suas decisões nessas demandas e por ser o único órgão do Judiciário responsável pela apreciação dessas ações na via abstrata.

3.4.1.2. Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 3 de 1993. Busca-se, por meio dessa ação, declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. E isso se mostra necessário em situações em que haja relevante controvérsia a respeito da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, mas que não apreciada ainda pelo STF. Ou seja, objetiva-se, por meio dessa ação, que seja declarada a presunção absoluta de constitucionalidade do ato, uma vez que, em regra, toda lei ou ato normativo possui apenas presunção relativa de constitucionalidade. Portanto, julgada procedente a ADECON, findaria qualquer dúvida a respeito da compatibilidade do ato com a Constituição Federal.

O objeto da ADECON é apenas a lei ou ato normativo federal. Diferentemente da ADIN, não se contempla como objeto as leis ou atos normativos estaduais nesse tipo demanda.

Por se tratarem de ações dúplices, isto é, de natureza iguais, mas de objetivos oposto, a ADECON possui a mesma competência, o mesmo rol de legitimados e os mesmos efeitos da ADIN. A competência pertence ao STF, de forma originária, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. O rol de legitimados também é idêntico ao da ADIN e está disposto no art. 103 da Lei Maior. Os efeitos da decisão, por sua vez, também são iguais, sendo esta *erga omnes, ex tunc*, com efeitos retroativos, e vinculante em relação aos órgãos do Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

3.4.1.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a ação constitucional que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Nota-se, a partir daí,

que a ADPF tem um caráter tanto preventivo, ao buscar evitar a lesão ao preceito fundamental, como repressivo, ao buscar a reparação do mesmo, devendo-se comprovar, apenas, o nexo causal entre a conduta do poder público e o dano ou lesão ao bem protegido. Cumpre definir, dessa forma, o conceito de preceito fundamental. O STF ainda não conseguiu delimitar de forma contundente este instituto, cabendo à doutrina tal tarefa. Para 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 constituintes originária”. (*Curso de Direito Constitucional*, 2011, p. 326)

Além de seu conceito e cabimento, é importante destacar, também, que a ADPF pode ser interposta tanto na via autônoma, através de uma ação própria para tal fim, como pela via incidental, como tese de exceção ou defesa em demanda que tenha mérito distinto da alegação do descumprimento do preceito fundamental. Em ambos os casos, conforme o art. 102, parágrafo 1o., da Constituição Federal, a ADPF será apreciada pelo STF, sendo de sua competência originária, na forma da lei.

Em relação à legitimidade para propositura da ADPF, tem-se que o rol é o mesmo da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, previstos no art. 103 da Constituição Federal.

Já no tocante aos efeitos da decisão que julga a ADPF, tem-se que, julgada a ação, as autoridades responsáveis pelos atos impugnados serão comunicadas e deverão ser compelidas a obedecerem as condições e o modo de interpretação para a nova aplicação do preceito fundamental. Portanto, a decisão é imediatamente autoaplicável, determinando o STF o seu imediato cumprimento. Além disso, a decisão possui eficácia *erga omnes*, efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, além de efeitos retroativos *ex tunc*.

3.4.1.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é a demanda que busca dar efetividade plena às normas constitucionais de eficácia limitada, que, por inércia do poder público em editar a lei complementadora, terminam por não atingirem as finalidades para as quais se propõem. Portanto, a ADO surge em decorrência da omissão do poder público em concretizar normas constitucionais que precisam de complemento para serem totalmente efetivas. Serão cabíveis, assim, em face de normas constitucionais de eficácia limitadas não possuidoras de normas regulamentadoras complementares.

Além de seu conceito e cabimento, é importante destacar, também, que a ADO somente pode ser

interposta tanto na via autônoma, através de uma ação própria para tal fim, já que, pela via incidental, o instrumento adequado será o Mandado de Injunção. No primeiro caso, conforme o art. 103, parágrafo 2o., da Constituição Federal, a ADO será apreciada pelo STF, sendo de sua competência originária, na forma da lei.

Em relação à legitimidade para propositura da ADO, tem-se que o rol é o mesmo da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, previstos no art. 103 da Constituição Federal.

Como a ADO tem como principal fundamento a inércia do poder público, seja o Legislativo ou o Executivo, em editar os atos que regulamentem as normas constitucionais de eficácia limitada, o Judiciário, em respeito à tripartição dos poderes, não pode, de forma autônoma, formular tais atos. Portanto, como principal efeito da decisão de procedência da ADO está a constituição em mora do poder competente para editar a lei regulamentadora e não o fez. Nesse caso, dar-se-á ciência ao poder inerte para que, dentro de um prazo estipulado, posicione-se a respeito da problemática. Ressalte-se, que mesmo não observado o lapso temporal estipulado, o poder que está em mora nunca poderá ser coagido a editar a norma, posto que o Judiciário, em respeito à tripartição dos poderes, não pode compeli-lo a realizar tais atos.

3.4.1.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva é um instrumento que aparece como pressuposto para a decretação da intervenção federal ou estadual, pelos Chefes do Executivo, nas hipóteses previstas na Constituição Federal de 1988. A Lei Maior consagra o federalismo, em que União, Estados e Municípios são autônomos, não podendo nenhum, em regra, intervir em qualquer outro. Todavia, há situações, previstas constitucionalmente, em que a intervenção se torna imprescindível, sendo necessária até para manter a unidade do país e o próprio pacto federativo. São situações que ensejam a ADI Interventiva: lei ou ato normativo que viole os princípios sensíveis; omissão ou incapacidade das autoridades locais para se assegurar o cumprimento e preservação dos princípios sensíveis, como por exemplo, os direitos da pessoa humana; ato governamental estadual que desrespeite os princípios sensíveis da CF; ato administrativo que afronte os princípios sensíveis, ato concreto que viole os princípios sensíveis. Nesse ínterim, entende-se por princípios sensíveis: a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático; os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta; a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e nos serviços públicos de saúde.

A competência para o julgamento da ADI Interventiva é originária do Supremo Tribunal Federal, nos dizeres do art. 36, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Diferentemente das outras ações constitucionais, a legitimidade para a propositura da ADI Interventiva é exclusiva do Procurador-Geral da República, que tem total autonomia e discricionariedade para formar o seu convencimento de ajuizamento.

3.4.2. Controle Difuso de Constitucionalidade

3.4.2.1. Disposições Gerais

O controle difuso de constitucionalidade foi o primeiro mecanismo de garantia da ordem constitucional desenvolvido de forma expressa nos ordenamentos jurídicos pelo mundo. Teve seu advento nos Estados Unidos da América no ano de 1803, a partir do caso *Marbury vs. Madison*, através da tese de John Marshall, já explicitada no primeiro capítulo deste trabalho. Pode se definir o controle difuso, ou controle aberto, como aquele realizado através da via de defesa ou de exceção, em sede incidental, sendo realizado perante qualquer juízo singular ou tribunal. Portanto, é possível verificar o controle difuso em casos concretos, em que a declaração de inconstitucionalidade dar-se-á prejudicialmente ao exame do mérito. Portanto, a ação em concreto pede algo ao juízo com o fundamento na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, sendo, assim, uma causa de pedir processual e não o próprio pedido em si, como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade.

Conforme ressaltado, o controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido por juízes singulares e por tribunais. Nessa segunda hipótese, em que a inconstitucionalidade será proclamada por decisão colegiada, a Constituição Federal estabelece que deve ser respeitada a Cláusula de Reserva de Plenário, disposta no art. 97 da Lei Maior. Dispõe o referido artigo que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Portanto, o respeito à Cláusula de Reserva de Plenário é uma verdadeira condição de eficácia jurídica própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. A súmula vinculante n. 10, dispondo a esse respeito, estabelece:

“ 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.”

Vistas as disposições gerais do controle difuso de constitucionalidade, parte-se para o estudos dos efeitos da decisão, tanto para as partes, como para terceiros, bem como procedimento a que se sujeita a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa.

3.4.2.2. Efeitos da Decisão e Procedimento Aplicado

O controle difuso de constitucionalidade, no que tange aos efeitos para as partes envolvidas no processo, tem como regra marcante o efeito *inter partes* de sua decisão. Ou seja, a sentença só gera consequência a valer somente para as partes que litigaram em juízo, não extrapolando os limites estabelecidos na lide. Além desse efeito, o controle difuso, assemelhando-se ao controle concentrado neste aspecto, produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua formulação. Gera, assim, efeitos retroativos, denominados *ex tunc*. Portanto, o controle difuso de constitucionalidade proporciona para as partes efeitos *inter partes* e *ex tunc*.

Interessante questão surge quanto aos efeitos para terceiros em sede do controle difuso de constitucionalidade. Como se sabe, as inconstitucionalidades arguidas na via difusa podem chegar, através da interposição de recurso extraordinário, a ser questionadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Assim, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo pode ser impugnada perante a Corte Suprema, responsável por garantir a ordem constitucional, pela via incidental. Em respeito ao artigo 97 da Constituição Federal, que trata da Cláusula de Reserva de Plenário, a declaração da inconstitucionalidade, mesmo no STF, só poderia ser feita por seu Pleno, tal qual é feito no controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, e aí está a grande diferença, no caso do controle difuso o efeito será apenas *inter partes*, valendo tão somente para as partes que ali litigam, ao passo que no controle concentrado vinculará a todos, com efeitos *erga omnes*. No primeiro caso, em face da decisão do Supremo, deve o mesmo remeter a sentença ao Senado Federal para que este decida, de acordo com a sua discricionariedade, se dará eficácia geral, no todo ou em parte, ou não à referida decisão. Diante de tal questão, surge a problemática. Ao remeter a sua sentença ao Poder Legislativo, por meio do Senado Federal, não estaria o STF abdicando de sua prerrogativa de guardião da constituição? Como dar efeitos distintos a julgamentos sujeitos ao mesmo tribunal e ao Pleno deste? Como ficariam as situações idênticas às decididas através da via difusa de constitucionalidade, mas que ainda nem submetidas ao Judiciário e, portanto, não abrangidas pelo efeito *inter partes* da decisão STF no controle difuso? Haveria ofensa ao princípio da isonomia? O princípio da força normativa da constituição não estaria violado no caso de o Senado Federal não dar eficácia geral à decisão do STF no controle difuso, conferindo validade e eficácia à lei ou ato normativo já declarado inconstitucional pela Corte Suprema do país? Estes questionamentos serão abordados com profundidade e esclarecidos no próximo tópico.

4. O CONTROLE DIFUSO NO ÂMBITO DO STF: A ABSTRATIVIZAÇÃO DO EFEITO *INTER PARTES* SOB A ÓTICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

4.1. O Controle Difuso: Procedimentos e Efeitos

O controle difuso de constitucionalidade, conforme já explicitado, é aquele que se desenvolve através da via incidental, como questão prejudicial de outra de mérito. Pode ocorrer em qualquer grau de jurisdição, seja perante um juízo singular, seja perante os tribunais. Nesse último caso, ainda, deve ser respeitado, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, a cláusula de reserva de plenário, que impõe que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo só pode ser declarada, no âmbito dos tribunais, pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros de seu respectivo órgão especial. Respeitada a via recursal, a demanda questionadora da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo pode chegar à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Neste caso, caso haja sentença que repute inconstitucional o ato impugnado pela via de exceção ou defesa, os efeitos desta valerão apenas para as partes e retroagindo à data da edição da lei ou ato normativo viciado, sendo, portanto, efeitos *inter partes* e *ex tunc*.

No caso de declaração de inconstitucionalidade prolatada pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, respeitada, sempre, a cláusula de reserva de plenário, sendo, assim, decidida pela maioria absoluta dos membros da Corte Suprema, o art. 178 do Regimento Interno do STF estabelece que será feita a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988. Preconiza este dispositivo que é competência privativa do Senado Federal, através de resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Assim, cabe ao Senado atribuir efeitos *erga omnes* e gerais à decisão do STF que somente abrange as partes e não retroativos, sendo assim, também, *ex nunc*. Ainda que a Lei Maior não seja explícita, é plenamente pacífico que esta competência somente se aplica no controle difuso de constitucionalidade.

Uma vez consolidada a sentença declaratória de inconstitucionalidade, é necessária a atuação de legitimados a comunicarem o Senado Federal da existência de tal decisão para que o mesmo exerça sua

competência designada constitucionalmente. Poderão provocar o Senado: a) o Presidente do Tribunal; b) o Procurador-Geral da República, por meio de representação; c) a Comissão de Constituição e Justiça. Essa comunicação deve ser instruída com o texto da lei cuja execução se deca suspender, com o acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento, conforme o art. 387 do Regimento Interno do Senado Federal. Regularmente feita a requisição, a Comissão de Constituição e Justiça será a responsável pela formulação do projeto de resolução que tencionará suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF através da via difusa.

Ainda com relação ao procedimento, tem-se que a suspensão por parte do Senado Federal dar-se-á, apenas, com relação a leis federais estaduais, distritais, ou mesmo municipais, em discordância com a Lei Maior, declaradas pelo STF na via incidental.

Exposto o procedimento, observa-se que o Senado Federal possui, portanto, a prerrogativa de decidir se uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, guardião constitucional da Lei Maior, através da via difusa, terá efeitos gerais ou não. Passa-se agora à análise do papel do Senado neste processo.

4.2 O Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade.

Como visto, o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, proclama que compete privativamente ao Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Ainda o texto constitucional não seja explícito, é pacífico o entendimento de que esta prerrogativa do Senado somente se aplica ao controle difuso de constitucionalidade, uma vez que, na via concentrada, a própria declaração feita no âmbito do STF já possui efeitos *erga omnes*, já atingindo a todos automaticamente. A Suprema Corte consolidou esse entendimento ao longo dos anos:

“Entre nós, como se adota o sistema misto de controle judiciário de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado Federal apenas suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é *erga omnes* e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com o trânsito em julgado do aresto desta Corte.” (STF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 151:331-355).

Assim, somente na via difusa caberá ao Senado Federal conferir eficácia geral à inconstitucionalidade declarada pelo STF.

Cumpra esclarecer, ainda, a extensão da expressão “no todo ou em parte” presente no art. 52, X, da Constituição Federal. Deve a mesma ser interpretada de forma a restringir e subordinar a ação do Senado Federal para se submeter nos termos exarados pelo STF. Ou seja, a resolução senatorial deve acompanhar os termos da sentença declaratória de inconstitucionalidade prolatada pela Corte Excelsa, sob pena de violar à separação dos Poderes. Assim, se toda a lei for reputada inconstitucional pelo STF, o Senado só poderá suspendê-la integralmente, ao mesmo passo em que, se a Suprema Corte declarar somente parte da lei ou ato normativo incompatíveis com a ordem constitucional, o Senado somente poderá restringi-la nos limites impostos na sentença declaratória, não podendo suspendê-la além dos termos da decisão.

Surge como questão fundamental na discussão em tela a obrigatoriedade ou não do Senado Federal na suspensão de lei declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso de constitucionalidade. Há muita discussão doutrinária a respeito do tema, mas prevalece o entendimento de que é meramente discricionária tal competência do Senado Federal, que terá liberdade de convencimento para suspender ou não a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF. Bulos afirma que “o Senado não está obrigado a editar resolução suspensiva da inconstitucionalidade, porque sua atribuição é discricionária, de iniludível colorido político. (*Curso de Direito constitucional*, 2011, p. 224). Essa discricionariedade do Senado Federal pode causar desmedida insegurança jurídica, na hipótese de negativa da suspensão da eficácia da lei inconstitucional, ofendendo, inclusive, a isonomia, dando tratamento diferente a situações que possam se apresentar idênticas. Coadunando com a tese da obrigatoriedade da atribuição do efeito *erga omnes* pelo Senado Federal, leciona Dirley da Cunha Júnior:

“ De modo que, entender como discricionária ou facultativa essa atribuição, é desconsiderar tais razões, com o reconhecimento de que o Senado pode, ao seu mero talante, decidir se confere efeitos gerais a uma decisão *inter partes* do Supremo Tribunal, evitando todos aqueles inconvenientes, ou se não os confere, deixando abertas as vias geradoras da incerteza do direito. Ademais, aceitar a liberdade do Senado para suspender, ou não, a execução de ato declarado inconstitucional pelo STF consiste em admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade.” (*Curso de Direito Constitucional*, 2009, p. 320)

Diante dessas explanações sobre o papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade, surgiram diversas críticas à obsoleta função constitucional descrita no art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Desenvolveu-se, então, a tese da abstrativização da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, que busca corrigir violações aos princípios da isonomia e da supremacia da constituição, além de readequar a sistemática do controle de constitucionalidade sob o prisma da mutação constitucional.

4.3. A Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.

Desde a Constituição de 1934, sendo reproduzidas em todas as seguintes, exceto a de 1937, compete-se ao Senado Federal a decisão de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. Na Carta de 1988, o art. 52, inciso X, foi o dispositivo que garantiu tal prerrogativa. Também na Constituição Cidadã, o controle concentrado de constitucionalidade ganhou bastante relevo, ampliando o número de ações de controle constitucional por essa via, bem como o número de legitimados a propor essas demandas. Dessa forma, a via concentrada, abstrata de controle das normas tornou-se, com evidente clareza, o principal instrumento apto a discutir a compatibilidade de leis ou atos normativos com a Constituição Federal. Por conseguinte, o controle difuso foi relegado a segundo plano, posto que, uma vez que há a via principal para que se declare a inconstitucionalidade de ato viciado, com efeitos amplos e *erga omnes*, ao passo que, na via incidental, mesmo que haja sentença declatória do STF, ainda deve o Senado Federal manifestar-se a respeito da abrangência de tal decisão, mesmo que proclamada pela instância maior do país. Ora, já que a mesma Corte Excelsa pode declarar, com efeitos gerais, a inconstitucionalidade de uma lei, pela via principal, por que o mesmo tribunal, na via incidental, através de sua maioria absoluta, teria que depender de análise do Senado para que sua decisão pudesse ter efeitos estendidos a todos? Por isso, é nítido o entrave que o art. 52, X, da Constituição Federal causa ao controle difuso de constitucionalidade, representado um verdadeiro contrassenso na atual sistemática do controle de constitucionalidade das normas. Dirley da Cunha Júnior pondera:

“De feito, num sistema em que se adota um controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operam efeitos *erga omnes* e *vinculantes*, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica e contraditória. Ora, se o Supremo Tribunal Federal pode, em sede de controle de concentrado-principal, suspender, liminarmente e em caráter geral, a eficácia de uma lei e até mesmo de uma Emenda Constitucional, qual a razão hoje de limitar a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte no controle incidental às partes do processo e condicionar sua eficácia geral à intervenção do Senado?”
(*Curso de Direito Constitucional*, 2009, p. 320-321.)

Afirma-se a idéia de que se o STF pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos gerais na via principal, também deveria fazê-lo na via difusa, consolidando-se como corte constitucional, guardiã da Lei Maior, devendo ser eliminada do ordenamento jurídico pátrio a obsoleta competência do Senado Federal prevista no art. 52, X. Coaduna Dirley da Cunha Júnior:

“Portanto, e concluindo o exame da jurisdição constitucional no controle difuso-incidental à luz do direito constitucional positivo brasileiro, somos de opinião de que se deva eliminar do sistema a intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do *stare decisis*

da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América.”
(*Curso de Direito Constitucional*, 2009, p. 321.)

Em face desses argumentos, foi desenvolvida a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. A mutação constitucional é um fenômeno hermenêutico que defende a mudança das normas através da modificação na interpretação das mesmas, sem que haja qualquer alteração na dicção formal destas. Ou seja, altera-se o sentido da norma somente pela mudança na interpretação dela, sem que haja modificações no seu texto e não há substituição por outra norma. O Ministro do STF Gilmar Mendes é um dos principais defensores desta tese, defendendo que houve mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, argumentando que, com o advento da CF de 1988, houve completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, uma nova compreensão do referido preceito constitucional. Assim, o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade não seria mais o de analisar se a decisão do STF deveria ter ou não efeitos gerais, mas tão somente o de publicar a respectiva decisão. Ou seja, o Senado teria a função de tornar pública a decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade que já nasceria com efeitos *erga omnes*, não havendo qualquer discricionariedade para decidir se conferirá ou não abrangência geral da respectiva declaração. Portanto, sob essa ótica, o art. 52, X, da Constituição teria sido modificado, em razão das mudanças desencadeadas na sistemática constitucional do controle de constitucionalidade, por ter seu conteúdo se tornado obsoleto. A matéria foi discutida no STF por meio da Reclamação 4335-5AC, relatada pelo mencionado Min. Gilmar Mendes. Em pedido de vista, o Min. Eros Grau acompanhou o posicionamento do relator e se filiou à tese da mutação constitucional do artigo supracitado. Expôs o ministro em seu voto-vista:

“cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Exa extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução a lei declarada inconstitucional. Note-se bem que S. Exa não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição. (STF, Pleno, Recl. 4335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, voto vista, proferido em 19-04-2007.)

Dessarte, através do entedimento da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, defende-se a modificação da competência do Senado de decidir se suspende ou não a eficácia de norma declarada inconstitucional pelo STF na via difusa para apenas a prerrogativa de o mesmo conferir publicidade a essa decisão, que já surgiria com efeitos *erga omnes* desde a sua prolação pela Corte Excelsa. Dessa forma, o controle difuso no âmbito da Corte Suprema já seria capaz de gerar efeitos gerais, cabendo ao Senado tão

somente publicizar a respectiva sentença declaratória, abstrativizando o controle difuso de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Conclui o Min. Gilmar Mendes, no Informativo 454/STF:

“... reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa Legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuído à decisão do STF no HC 82.959/SP(‘progressão do regime na lei de crimes hediondos’ acrescente-se). Após, pediu vista o Min. Eros Grau. (Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes)

A tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 e da consequente relativização do efeito *inter partes* do controle difuso de constitucionalidade no âmbito do STF, também consolida algumas prerrogativas que norteiam a sistemática constitucional do país. Primeiro, ao conferir eficácia geral às decisões do Supremo na via difusa, estar-se-á reafirmando a força normativa da Constituição, uma vez que os atos violadores da ordem constitucional estarão, desde logo, expurgados do ordenamento jurídico pátrio, sem a necessidade de apreciação por parte do Senado. Assim, restaria como inviável a possibilidade de um ato já reconhecido pela corte constitucional do país como viciado subsistir na ordem constitucional, respeitando-se a força normativa da Constituição, não preservando atos ofensivos à mesma e garantindo a sua correta aplicação.

Outro importante argumento favorável à abstrativização do controle difuso é o fortalecimento do princípio da supremacia da Constituição e sua aplicação uniforme a todos os destinatários. Na atual sistemática do controle difuso de constitucionalidade, a sentença declaratória prolatada no STF produz efeitos tão somente para as partes, não se estendendo automaticamente a terceiros, dependendo da discricionariedade do Senado Federal em suspender os efeitos da lei impugnada. É inegável, pois, que esta situação é capaz de gerar situações de clara ofensa ao princípio da isonomia e da supremacia da constituição. Isso porque casos de igual trato jurídico àquele decidido em via incidental pelo Supremo não serão albergado pela respectiva decisão, tendo, portanto, tratamento diferente em situação de igualdade, violando a igualdade garantida pelo texto constitucional.. Como exemplo cabal dessa ofensa, está o HC 82.959/SP, em que foi discutida a possibilidade da progressão de regime para condenados por crimes hediondos pela via incidental. A Corte Excelsa, em acertada decisão, concluiu pela procedência do pedido, reputando como inconstitucional o art 2o da Lei 8.072 de 1990, que obrigava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Todavia, por ser declarada na via incidental, a referida decisão somente teve efeitos *inter partes*, não se estendendo a casos iguais, que continuariam a ser regidos pelo dispositivo que o STF, a maior instância do ordenamento pátrio, já havia

declarado inconstitucional. Houve, assim, ofensa clara à isonomia e à própria supremacia da constituição, uma vez que situações iguais não tiveram o mesmo tratamento e ainda continuaram sob a égide de um artigo já tido como inconstitucional. A partir desse caso concreto, a Defensoria Pública do Acre ingressou com a já aqui debatida Reclamação 4.335, em que se buscou o efeito *erga omnes* da supracitada decisão do STF no HC 82.959/SP, tendo sido desenvolvida pelo Min. Gilmar Mendes a tese da mutação constitucional do art.52, X, da Constituição. Portanto, como argumento bastante relevante à abstrativização do controle difuso no âmbito do STF está a preservação do primado da isonomia, ao dar tratamento uniforme às situações semelhantes, e da supremacia da constituição, ao não se cogitar a aplicação de normas já reputadas inconstitucionais no ordenamento jurídico.

Ainda como decorrência da abstrativização do controle difuso está a consolidação do Supremo Tribunal Federal como guardião legítimo da Constituição e seu intérprete máximo. O STF deve ser considerado como a corte constitucional do país, cabendo a ele a última palavra no que tange à compatibilidade das leis ou atos normativos com a Carta Magna. Dessa forma, não só através do controle concentrado de constitucionalidade e o efeito geral de suas decisões é que o Supremo deve impor seus entendimentos, mas também através da via difusa, mesmo para que esta não venha a cair em desuso, pelo obsoleto processo imposto pelo art.52, X, da Constituição. Ou seja, as decisões da Corte Excelsa na via difusa devem transcender a todos as instâncias, tal como já reputa a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, na qual, em que pese o efeito *inter partes* da sentença declaratória na via incidental pelo STF, a fundamentação desta deve ser estendida a todo o Judiciário, de forma a garantir o primado da segurança jurídica e da coerência das decisões. Essa teoria representa um estágio para que se possa, finalmente, alcançar, a abstrativização do controle difuso no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conferindo, desde logo, eficácia *erga omnes* às decisões prolatadas na via incidental de controle de constitucionalidade.

5. CONCLUSÃO

É possível concluir, a partir do presente trabalho, que a sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil, apesar dos avanços ao longos dos anos e das constituições do país, ainda se mostra obsoleta em alguns pontos, sobretudo no que tange ao controle difuso de constitucionalidade.

O ordenamento jurídico pátrio conferiu grande importância, sobretudo com a Constituição de 1988, ao controle concentrado de constitucionalidade. Foram criadas novas ações tendentes a discutir a constitucionalidade de leis ou atos normativos em face da Lei Maior, como as Ações Declaratórias de

Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade Interventivas, além, obviamente, de manter a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica. Foi ampliado, ainda, o rol de legitimados à propositura dessas ações, aumentando, assim, o grau de importância da via principal no controle da constitucionalidade das normas.

O tratamento conferido ao controle difuso de constitucionalidade, todavia, não acompanhou a evolução trazida pela Carta de 1988. Além de ampliar o controle pela via principal, ela trouxe, em seu art. 52, X, a prerrogativa de só o Senado Federal poder dar eficácia geral às decisões sobre a inconstitucionalidade das leis realizadas pelo STF na via incidental. Ou seja, somente por resolução do Senado é que se pode ter eficácia *erga omnes* dentro de uma sentença declaratória de inconstitucionalidade pelo Supremo. Conforme exposto ao longo deste trabalho, isso representa um verdadeiro retrocesso ao controle difuso, já que o STF não tem a sua posição de guardião da Constituição resguardada, além de proporcionar situações de ofensa ao primado da isonomia. Viola-se, também, a supremacia e força normativa da Constituição, ao se permitir que leis ou atos normativos já reputados inconstitucionais pela Suprema Corte permaneçam a reger relações jurídicas na ordem constitucional.

Dessarte, a abstrativização do controle difuso no âmbito do Supremo Tribunal Federal é tendência que se impõe no ordenamento jurídico pátrio, através da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, para que, assim, a sistemática do controle de constitucionalidade possa, realmente, se amoldar à ordem constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo. Ed. Saraiva. - 6a Edição. 2011.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8769>. Acesso em 27 de maio de 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - Ed. Saraiva. 38A Edição. 2012

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Jus Podivm, 3ª edição, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 16a edição, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Átlas, 28a Edição, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 35A Edição, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo. Ed. Saraiva. 10A Edição, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional** - Malheiros Editores. 24ª Edição. 2012

