

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO
FUNDAMENTAL À PRESERVAÇÃO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL**

Gustavo Stuani Gasque

Presidente Prudente/SP

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO
FUNDAMENTAL À PRESERVAÇÃO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL**

Gustavo Stuani Gasque

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral
Orientador do Trabalho

Prof. Me. Pedro Augusto de Souza Brambilla

Prof. João Victor Mendes de Oliveira

Presidente Prudente/SP, 17 de junho de 2019.

Se eu não for por mim, quem será por mim?

Mas se eu for só por mim, o que sou eu?

Se não agora, quando?

Hilel, o Ancião

Dedico este trabalho a Deus, aos meus pais e meus avós, fontes de todas minhas forças e alicerces de minhas estruturas, e a meu amigo Pedro, que hoje habita a casa do Pai.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, com a mesma intensidade e alegria, agradeço a Deus, pelo dom da vida e do intelecto, e à minha mãe, esta que é fonte de toda minha força, caráter e persistência, que esteve sempre presente ao meu lado nos momentos mais felizes e nos mais difíceis. Mulher guerreira, que jamais se acovardou diante das adversidades e, na maior parte de minha vida, exerceu o papel de pai e mãe, de dona de casa e provedora dela, de mãe e amiga. Já disse em outras ocasiões, mas não poderia deixar de aqui repetir: “Sou o que sou pelo que junto nós somos”.

Agradeço ao meu pai que, apesar de distante, sempre me prestou o auxílio e o suporte necessário, de sua maneira e dentro de suas possibilidades.

Agradeço, ainda, aos meus avós, meus segundos pais, por todo amor, apoio incondicional e incansável, cujo auxílio possibilitou que chegasse até aqui.

Ao Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral, meus mais sinceros votos de gratidão e admiração. Agradeço-lhe por toda disponibilidade, apoio, suporte e conhecimento transmitido, não só durante a confecção deste trabalho, mas na graduação como um todo. Digo, sem receios, pois a história corrobora minha opinião, que o senhor, além de um excepcional professor, é um dos maiores, se não o maior incentivador da pesquisa e da produção científica que tive a privilégio de conhecer. Sem dúvidas, foi uma honra tê-lo ao meu lado neste trabalho.

Agradeço aos professores Pedro Brambilla e João Victor Mendes, exemplos que são para os bacharéis e advogados recém-formados, por prontamente terem aceitado o convite para compor minha banca.

Agradeço a todos meus familiares e amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para minha evolução intelectual. Não ousarei, aqui, citar nomes, por receio de me esquecer, equívoco que não ousaria cometer.

Por fim, agradeço e dedico este trabalho ao meu melhor amigo, que o Senhor entendeu por bem recolher de volta à Sua casa, Pedro Henrique Lapa Guarnier (*in memoriam*), por toda amizade, companheirismo, por todas as risadas e todos os momentos juntos. Sua vida e história jamais serão esquecidas, repousarão para sempre em minha memória. Até algum dia, meu irmão.

RESUMO

O presente artigo se dedica, inicialmente, à delimitação dos conceitos atribuídos à Constituição, passando pelas diversas acepções sob as quais o termo pode ser empregado. Posteriormente, procedeu-se à análise da necessidade do reconhecimento da Constituição como norma hierarquicamente superior às demais constantes do ordenamento jurídico, sendo esta característica o pressuposto para o exercício do controle de constitucionalidade. Ademais, explanou-se um panorama geral do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, tanto em seu aspecto preventivo, como repressivo e seus desdobramentos, sem se olvidar as críticas ao sistema relativas à clara preponderância dos meios de controle repressivo em detrimento do preventivo. Em relação a este modelo, ainda fora dedicado o estudo de alguns pontos controversos, notadamente a possibilidade de utilização do Mandado de Segurança como instrumento destinado a assegurar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, além, portanto, das hipóteses de projetos de lei violadores de cláusulas pétreas, bem como ao papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade e a desnecessidade de sua intervenção. Em arremate, procedeu-se à análise minuciosa das ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave: Constituição Federal. Controle de Constitucionalidade. Controle Preventivo de Constitucionalidade. Mandado de Segurança. Senado Federal. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Ações Constitucionais.

ABSTRACT

The current work is dedicated, initially to the delimitation of concepts attributed to the Constitution, passing through the many aceptions under the terms may be applied. Lately it proceeded the analysis of the need Constitution's recognizing as a hierarchy superior norm to the other constants of legal ordainment, being this characteristic the assumption to an exercise of constitutionality control. Therefore, it has shown a general panorama of the model of Brazilian constitutionally control. As in it preventive aspect, as repressive and in its outspread, without forgetting the critics to the system concerning the clear preponderance of the means of repressive control over the preventive. About this model, was still dedicated the study of some controversial points, notably the possibility to use the Security Mandate as an instrument to ensure the decisions of the Federal Supreme Court in constitutionality control, beyond, therefore, of the hypotheses of bills violating stony clauses as well as the role of the Federal Senate in the diffuse control of constitutionality and the need for its intervention. Lastly, it was proceeded detailed analysis of the actions related to the concentrated control of constitutionality.

Keywords: Federal Constitution. Constitutionality Control. Preventive Control of Constitutionality. Security Mandate. Federal Senate. Concentration Control of Constitutionality. Constitutional Actions

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO	11
2.1 As Dimensões de Direitos Fundamentais na Constituição	14
2.1.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão	17
2.1.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão	18
2.1.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão	19
2.1.4 Demais dimensões de direitos fundamentais	20
3 SUPERIORIDADE DA CONSTITUIÇÃO	22
4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	24
4.1 Objeto do Controle de Constitucionalidade	26
4.2 Controle Preventivo de Constitucionalidade	27
4.2.1 Controle preventivo pela via jurisdicional	28
4.2.1.1 Mandado de Segurança como instrumento destinado a assegurar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade	29
4.3 Controle Repressivo de Constitucionalidade	33
4.3.1 Controle repressivo exercido pelo poder legislativo e executivo	35
4.3.2 Controle difuso de constitucionalidade	36
4.3.2.1 Controle difuso de constitucionalidade e o papel do Senado Federal	38
4.3.3 Controle concentrado de constitucionalidade	45
4.3.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade	47
4.3.3.2 Ação declaratória de constitucionalidade	49
4.3.3.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental	50
5 CONCLUSÃO	52
BIBLIOGRAFIA	55

1 INTRODUÇÃO

Raras vezes na história do Brasil se falou tanto em Constituição e sua influência na sociedade em geral. Entretanto, de tempos para cá, a temática tem, cada vez mais, se tornado assunto entre os cidadãos.

Esse avanço sociocultural tem sua razão de ser, sobretudo, no desenvolvimento e aprimoramento dos meios de comunicação, bem como numa maior inserção da população nas questões políticas e jurídicas do Estado.

De maneira geral, em conjunto com o reconhecimento e celebração da Constituição como mais importante instrumento sociopolítico de nosso Estado Democrático, voltado à garantia de direitos fundamentais e estruturação das instituições, surge a necessidade de desenvolvimento e aprimoramento de mecanismo que permitam protegê-la de eventuais violações decorrentes da elaboração de leis e/ou atos normativos cujos conteúdos afrontem, implícita ou explicitamente, as normas, valores e princípios por ela veiculados.

Diante da evolução da sociedade e da incessável atividade legislativa, inserido na ideia de proteção e prestígio à Lei Maior, surge o Controle de Constitucionalidade como mais importante mecanismo de proteção e garantia da superioridade da Constituição frente às demais leis e atos normativos existentes no ordenamento jurídico e que nela devem encontrar seu fundamento de validade.

Em que pese o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro mescele características de dois principais modelos de controle, quais sejam, o norte-americano e o austríaco, ambos são modelos que se caracterizam por um controle repressivo da constitucionalidade normativa. Em outras palavras, privilegiam o controle de normas que já ingressaram no ordenamento, deixando de lado, *in tесе*, aspectos ligados ao controle preventivo de constitucionalidade, modalidade esta que denota, a princípio, uma maior celeridade e eficiência se comparado ao controle repressivo.

O presente trabalho dedicará seus esforços, num primeiro momento, a elucidar questões acerca da própria Constituição, enquanto documento fundante e indispensável à estruturação do Estado Democrático de Direito.

Posteriormente, voltará sua atenção de maneira específica ao controle de constitucionalidade, suas peculiaridades e a necessidade de seu aprimoramento, haja vista a exigência de que tal instituto acompanhe o atual ritmo de

desenvolvimento da sociedade e do surgimento de novas legislações. Além disso, tecerá críticas à preponderância do controle repressivo em detrimento do preventivo e o pouco prestígio deste em nosso ordenamento.

Dentro da exposição do modelo de controle pátrio, ainda se dedicará a analisar questões polêmicas e que, atualmente, não se encontram pacificadas na doutrina e na jurisprudência.

A primeira dela diz respeito à possibilidade de utilização do Mandado de Segurança no controle de preventivo como instrumento destinado a assegurar decisões do Supremo Tribunal Federal ligadas ao controle de constitucionalidade preventivo. Em outras palavras, trata-se de necessidade de se reconhecer a possibilidade de utilização da via do *mandamus* para barrar projetos de lei que veiculem matéria já reconhecida como inconstitucional pelo Supremo, de modo a se evitar um retrocesso de direitos, estendendo-se, portanto, tal possibilidade para além dos projetos de lei violadores de cláusulas pétreas.

Num segundo momento, debruçará sobre uma análise da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu pela desnecessidade de notificação do Senado Federal para fins de suspensão da execução de normas declaradas inconstitucionais pelo Pretório Excelso, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, tendo em vista o reconhecimento de tal ato tem por escopo apenas atribuir publicidade à decisão em controle difuso de constitucionalidade.

Por derradeiro, o presente trabalhou se voltou ao exame das ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade, notadamente a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Os estudos e análises de qualidade doutrinária acerca de um objeto, seja no âmbito jurídico, seja no âmbito dos demais ramos da ciência, deve se iniciar buscando um conceito claro e abrangente de seu objeto, sob pena de, ao longo do trabalho, submeter o leitor a situações desconfortáveis e a dúvidas intransponíveis, carecendo, assim, da precisão técnica necessária.

Considerando isto, um estudo amplo e aprofundado da Constituição deve ter como foco inicial a busca por um conceito mais aproximado possível do que ela venha a ser, antes de, efetivamente, adentrar-se à análise de seu conteúdo.

Quando tratamos da definição do termo constituição, enfrentamos dificuldade peculiar, seja em razão de sua ampla importância no ordenamento jurídico, seja pelas múltiplas facetas pelas quais tal documento pode ser concebido. Em razão desta dificuldade conceitual, o presente tópico se dedicará, quase que exclusivamente, ao estudo das definições, concepções e sentidos pelos quais o termo “Constituição” pode ser enxergado.

Inicialmente, cumpre destacar que o termo constituição apresenta, fundamentalmente, dois sentidos, sendo um deles dentro do âmbito jurídico, e outro empregado em expressões triviais, cotidianas.

Enquanto expressão popular, desprovida de rigor técnico, a palavra constituição transmite a ideia de estrutura, de como algo se organiza, ou seja, os componentes de determinado objeto. No entanto, veremos que ao se transferir tal expressão ao âmbito jurídico, a princípio, tais ideias não são de tudo incompatíveis com a sua concepção forense.

Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, enfrentando esta problemática, entende que:

O termo *constituição* tem muitos significados. Em sentido comum, diz respeito à essência, à maneira como algo se organiza. Nesse sentido, que não diz respeito apenas ao direito constitucional, refere-se ao particular modo de ser de alguma coisa, à sua organização intrínseca, que pode referir-se a objetos inanimados ou seres vivos, ou mesmo a entidades abstratas, como é o caso, por exemplo, de um Estado¹

¹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2012. pág. 14.

Contudo, a despeito das várias acepções, atentaremos às ideias do termo “constituição” enquanto documento essencial à fundação e composição de um Estado Democrático de Direito.

Como conceito político, a Constituição pode ser entendida como algo que provém de um ato de poder. Trata-se, portanto, de um ato de poder oriundo de uma autoridade competente e que goza, previamente, de legitimidade para emaná-lo, sendo ela responsável por disciplinar uma estrutura mínima de um Estado, enquanto ente político.

Nesta concepção, as normas constantes deste instrumento devem guardar relação estrita com as formas de aquisição e exercício do poder, os direitos individuais, forma de organização do Estado, entre outras normas essenciais e de importância ímpar no ordenamento jurídico. Em razão disto, excluem-se deste conceito outras normas que, ainda inseridas dentro do texto constituição, não serão reputadas como essenciais à estruturação do Estado, tratando-se de mera opção política do constituinte.

No sentido sociológico, o termo Constituição está intimamente ligado à autoridade e legitimidade do órgão responsável por disciplinar o conjunto de normas que a compõem. A importância da Constituição passa, assim, pela necessidade dela representar os anseios sociais e a vontade coletiva que estrutura o poder. Ou seja, deve ela guardar íntima relação com as forças sociais estruturantes do Estado, sob pena de ser desprovida de qualquer validade política, social, ou mesmo jurídica.

Jorge Miranda, quando trata da Constituição em sentido material, ou seja, sob um enfoque conteudista, entende que o movimento constitucionalista sofreu grandes influências sociais, amparando a relevância sociológica para a Carta de Direitos. Vejamos:

O conceito material de Constituição vai acusar no século XX as repercussões dos acontecimentos que o balizam, vai ser assumido ou utilizado por diferentes regimes e sistemas políticos e abrir-se, portanto, a uma pluralidade de conteúdos. A constituição, em sentido material, ligada na sua origem ao jusracionalismo, ao contratualismo e ao individualismo liberal, desprende-se deles e acolhe outras inspirações filosóficas e ideológicas, sob pena de se reduzir muito significativamente o seu âmbito de aplicação²

² MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: tomo II: constituição e inconstitucionalidade. 3. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p. 20.

De outro giro, em seu sentido formal, a Constituição é concebida como sendo um conjunto de regras que, dada sua importância na estruturação do Estado, na definição de direitos e garantias fundamentais e na forma de aquisição e exercício do poder, situa-se em um plano hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico, dando, inclusive, fundamento ao Controle de Constitucionalidade, que nada mais é do que o dever de compatibilidade das normas jurídicas à Constituição, em decorrência da superioridade que esta exerce.

Ao contrário da visão política de Constituição que concebe as regras como sendo aquelas essenciais ao Estado, a concepção formal leva tão somente em conta a formalização da norma, bastando sua inserção no texto constitucional para ser reconhecida como hierarquicamente superior às demais, pouco importando, assim, seu conteúdo.

Já a concepção jurídica da Constituição, talvez a mais pertinente ao presente estudo, e que por isso aconselha-se ser mais a precisa, deve considerar os diversos enfoques acima mencionados, enquanto instrumento sociológico, político e formal.

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Nunes Serrano Júnior, o conceito jurídico de Constituição enquanto instrumento indispensável ao Estado Democrático de Direito deve abarcar noções básicas de estruturação e organização. Senão vejamos:

O mais importante, entretanto, é buscar um conceito jurídico que, a um só tempo, consiga delimitar seu alcance e explicar seu conteúdo. Para tanto, é fundamental que recuperemos algumas noções básicas. A primeira delas é a de que a Constituição é o documento básico de um Estado, vale dizer, é sua constituição. Ajustada a esse enfoque, sua finalidade há de compreender, ao menos, a regulamentação dos elementos estruturante do Estado, ou seja, território, governo, povo e finalidade³

Por outro lado, situando-se ao lado destas normas essenciais de organização estruturação do Estado, deve a Constituição também fixar as atribuições e limites dos poderes concedidos aos agentes públicos, delimitando o âmbito de atuação estatal frente às esferas individuais dos cidadãos. Logo, sob risco de própria perda de sua finalidade, deve a Constituição prever um rol mínimo de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 18. Ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 33.

Feitas tais considerações e fixados os devidos parâmetros, a Constituição enquanto instituto jurídico conceitua-se como um conjunto sistemático de normas responsáveis por prever os elementos constitutivos de um Estado, disciplinando a forma de estado, forma de governo, sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico adotado, a forma de aquisição e os limites de exercício do poder, bem como os direitos, deveres e garantias fundamentais, razão pela qual outras normas, que não digam respeito a estas matérias, mas que foram inseridas no texto constitucional, reputar-se-ão como formal, e não materialmente, constitucionais.

2.1 As Dimensões de Direitos Fundamentais na Constituição

Além das normas que, obrigatoriamente, devam constar no texto constitucional, mormente aquelas relacionadas à estruturação do Estado, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são dotadas de tratamento excepcional, erigindo-se, inclusive, ao patamar de cláusulas pétreas, vedada a deliberação de quaisquer emendas constitucionais tendentes a aboli-las.

Ao contrário do que se possa imaginar, porém, os direitos e garantias fundamentais não foram frutos de um instrumento específico, nem podem ser atribuídas a determinado Estado ou civilização em especial. São, porém, resultados de uma evolução social, histórica e jurídica, originárias de diversas fases de desenvolvimento, aprimoramento e consolidação.

Conforme já bastante sedimentado na doutrina, os direitos e garantias fundamentais foram segmentados em grupos, aos quais se convencionou chamar de “dimensões de direitos”. Doutrinadores como os brasileiros Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araujo⁴, além dos portugueses, Jorge Miranda⁵ e José Joaquim Gomes Canotilho⁶, dividem os direitos humanos fundamentais em três gerações ou categorias, como características próprias dos momentos históricos que

⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito Constitucional. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 87-88.

⁵ MIRANDA Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2.ª ed., Coimbra: Coimbra, 1996. p. 12-18.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 380.

inspiraram a sua criação das constituições⁷. Mas, a denominação de “geração de direitos” não parece ser a mais apropriada, pelas razões a seguir.

Esse tipo de classificação tradicional tem sido alvo de críticas, como destaca Carlos Weis⁸, pois insiste na ideia geracional de direitos, “além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implantação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais”.

Nesse sentido, a despeito de inúmeros autores optarem pela expressão de “gerações de direitos”, não será esta a utilizada aqui, em razão de uma opção terminológica. Ocorre que o termo “geração” também transmite a ideia de ocorrência de uma fase de maneira estanque, isolada, desconexa das demais, e que a geração seguinte acabou por supera-la, dada sua superveniência no tempo. No entanto, ver-se-á que não é o que ocorre.

A opção pelo termo “dimensões de direito” tem sua razão de ser na cumulatividade dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, o advento de uma segunda dimensão ou grupo de direitos não importa em superação da fase anterior, mas apenas um “acrécimo”, preservando-se, portanto, a essência daquilo que fora conquistado na fase anterior.

Fincado neste pressuposto, superada a questão terminológica, cabe-nos agora realizar uma breve divagação acerca dos direitos e garantias fundamentais sob pena de, mais uma vez, estarmos trabalhando com conceitos vagos.

Os direitos e garantias fundamentais surgem como um conjunto de normas, aprimoradas e desenvolvidas ao longo da história, que tem por precípua finalidade assegurar um conjunto mínimo de direitos ao cidadão e à coletividade,

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6. No mesmo sentido: “Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade”.

⁸ WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 40-44.

pautando-se, sempre, na proteção do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Portanto, ao mesmo tempo em que a história tem papel fundamental na evolução dos direitos fundamentais, ela também tem como função atribuir legitimidade e reconhecimento ímpar a tais direitos. A propósito, calhar transcrever Paulo Gustavo Gonet Branco:

A sedimentação dos direitos fundamentais como normais obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmo em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica⁹

Com efeito, a luta pela efetivação dos direitos humanos e fundamentais apresenta sempre resultados positivos nas democracias, mas guerras e outros períodos de turbulência como o terrorismo permitem retrocessos até mesmo em países que respeitam esses direitos. Em observância clara a esta relevância na sociedade civilizada, foram os direitos fundamentais elevados ao patamar constitucional. Nesse sentido, por oportuno citar, mais uma vez, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Os direitos e garantias fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Destarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade)¹⁰

Da análise do excerto trazido à colação, é correto concluir que os direitos e garantias fundamentais não se restringem à esfera de direitos individuais do cidadão, mas possuem múltiplas facetas de manifestação, inclusive, fundamentando o dever do Estado em se abster diante de determinadas situações, ou mesmo de agir, frente a outras.

Passemos, agora, à análise do conteúdo e das características dos direitos e garantias fundamentais, consoante as dimensões de direitos.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265.

¹⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 18. Ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 153.

2.1.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

A primeira dimensão dos direitos fundamentais nos remonta à Revolução Francesa, caracterizada pela ruína do absolutismo monárquico em prol do povo. Trata-se do primeiro degrau de conquista do ser humano a ser reconhecido por um documento escrito, cuja origem está intimamente ligada às ideias do Estado de Direito, submetido a uma Constituição.

Os direitos da primeira dimensão são os de liberdade e de resistência, sendo os primeiros a constar do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que, em sua maioria, são, por um viés histórico, a fase inicial do constitucionalismo do Ocidente¹¹, originários das revoluções nos Estados Unidos da América do Norte e da França.

Os direitos de primeira dimensão, também conhecido como liberdades públicas, direitos civis ou individuais, traduzem-se na defesa de uma esfera mínima de direitos do cidadão frente ao Estado, definindo uma área de domínio deste e, de outro lado, o domínio do indivíduo. Diz-se se tratarem de direitos negativos, pois implicam em um dever de abstenção do Estado frente a determinadas situações, com fito de evitarem ingerências do Poder Público na esfera de decisão individual.

Tais direitos de primeira dimensão¹² são civis e políticos, que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais e que, inclusive, possuem aplicabilidade imediata, estabelecendo limites ao Estado. Entre as liberdades fundamentais ou públicas registradas nas “declarações” norte-americanas, figuram a religião, de informação e de expressão, uma vez que os idealizadores dos documentos acreditavam tratar-se de um direito de resistência e de oposição diante do Estado, de fundamental importância para controle do poder e de garantia para cada um dos seres humanos.

Este panorama traduz, portanto, uma ideologia de afastamento do Estado em benefício das relações individuais e sociais, dentre os quais se destacam também o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, direitos da personalidade, entre outros.

Por derradeiro, muito embora, como já mencionado, não se possa atribuir exclusivamente a origem de tais direitos a um documento ou civilização, a

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 517.

¹² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. O autor classifica em três gerações.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, originária da Revolução Francesa, constituiu um marco ímpar na conquista de tais direitos.

2.1.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Acrescentando-se aos direitos individuais característicos da primeira dimensão, sobrevém a chamada segunda dimensão de direitos, constituindo mais uma etapa na evolução dos direitos fundamentais e na proteção da dignidade da pessoa humana.

Além de preservar os direitos já sedimentados na primeira dimensão, os direitos de fundamentais de segunda dimensão se caracterizam não mais por exigir a abstenção do Estado frente a determinadas situações, mas, ao contrário, por clamar uma atuação positiva do Poder Público, mormente nas situações em que haja evidente desigualdade nas relações entre Estado e cidadãos, ou entre estes.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são prestacionais, mas ligados aos aspectos econômicos, sociais e culturais. Portanto, são direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal. Avançaram ainda para além da liberdade, pois buscaram o princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois, fazê-lo, equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula¹³.

Por este motivo, diz-se que são direitos positivos e que exigem uma prestação estatal, contrapondo-se, a princípio, com as ideologias da primeira dimensão, reclamando a presença do Estado em ações voltadas à diminuição dos problemas sociais.

Comungando deste entendimento, assevera Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana¹⁴

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 518.

¹⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18. Ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 159.

Nesta fase, portanto, a posição de inércia Estatal se altera, posto que lhe é exigido direitos e deveres capazes de dotar o ser humano das condições mínimas e indispensáveis ao exercício de uma vida digna. Como componentes desta dimensão de direitos, podemos citar os direitos sociais, econômicos, culturais, entre outros, mas em especial, os direitos trabalhistas como jornada de trabalho, folgas semanais, licença saúde e as mínimas condições para a efetivação das tarefas nas indústrias.

Por fim, destaquemos dois marcos históricos desta dimensão de direitos, responsáveis, dentre outras coisas, por inseri-las dentro do corpo de normas constitucional: a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Ambas serviram de modelo aos demais países democráticos para assegurarem, por meio das suas declarações constitucionais de direitos, a intervenção do Estado e a efetivação de direitos sociais, trabalhistas e previdenciários.

2.1.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Após o assentamento e difusão dos direitos de primeira e segunda dimensão, deu-se início a novos debates acerca de uma terceira dimensão de direitos, vocacionada à defesa da essência do ser humano, de sua razão de existir, considerando-o enquanto gênero, sem se voltar a questões individuais ou coletivas. Surge a partir de um tratado da Organização das Nações Unidas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de dezembro de 1948, estabeleceu direitos humanos com alcance universal, pois considerou esses direitos sem limites de fronteiras, e como titulares o gênero humano. Poucos direitos fundamentais dispõem de uma certidão de nascimento tão clara como os direitos de terceira dimensão¹⁵.

O artigo XIX da Carta da ONU universaliza esses direitos do gênero humano, ampliando a titularidade. O trabalho, para elaborar a Declaração Universal

¹⁵ ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 111. Para o autor, a doutrina é, com efeito, relativamente unânime em estabelecer a Carta da ONU.

dos Direitos do Homem durou, 47 dias, embora fosse fruto de uma lenta e gradual evolução¹⁶.

Os fundamentos principais destes direitos encontram correspondência com os direitos de solidariedade e fraternidade, representando mais uma conquista das civilizações no caminho de alargar o espectro de proteção e emancipação dos cidadãos.

Relacionam-se, diretamente, com exigências ligas ao direito à paz, direito ao desenvolvimento econômico sustentável, à comunicação, direito ao meio ambiente equilibrado e protegido, do patrimônio comum, entre outros, tendo como marco simbólico a Carta da ONU de 1945.

2.1.4 Demais dimensões de direitos fundamentais

Por derradeiro, não poderíamos ignorar que, atualmente, muito se tem discutido acerca da existência de novas dimensões de direitos, cogitando-se a possibilidade uma quarta ou mesmo quinta dimensão, sobretudo em razão do incessante desenvolvimento de novas tecnologias, meios de comunicação, informação, entre tantos outros, cujos estudos têm como base a obra de Paulo Bonavides.

Nesse sentido, a quarta dimensão de direitos fundamentais compreenderia o direito à democracia, ao pluralismo político e acesso a informação, capitaneado pela ideia de uma globalização política, rompimento de fronteiras e encurtamento de distância.

Os trabalhos de pesquisas relacionadas com o bio-direito, por exemplo, também devem estar pautadas dentro das mudanças e possibilidades que devem ser observadas e aprimoradas pelos direitos, buscando dar efetividade ao sistema de garantia e assegurando direitos à personalidade.

Segundo Paulo Bonavides¹⁷, a globalização difundida pelo neoliberalismo é somente a econômica, que pretende nitidamente destruir o Estado Nacional, afrouxar e debilitar os laços de soberania e doutrinar uma falsa despolitização da sociedade, tudo com único objetivo de beneficiar hegemonias

¹⁶AURENCHÉ, Guy. A Atualidade dos Direitos Humanos. São Paulo: Loyola. 1980. p. 25. Sobre o trabalho da elaboração, diz o autor que foi o resultado do trabalho da terceira comissão, reunindo 58 membros das Nações Unidas, de 26 de setembro a 8 de dezembro de 1948.

¹⁷BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 524.

supranacionais. Todavia, o doutrinador diz que existe uma globalização dos direitos fundamentais, a única que interessa verdadeiramente aos povos periféricos e que consiste no único entrave para que não se concretize a servidão. A derradeira fase de institucionalização do Estado Social traz direitos de quarta geração, como direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo.

Em que pese se tratar de relevante ponto inserido no contexto de direitos fundamentais, em especial por dizer respeito à evolução de tais direitos, questão esta bastante pontuada no presente trabalho, não nos dedicaremos a um maior aprofundamento, pois ainda há na doutrina grande debate quanto à eventual classificação de determinados direitos como sendo de quarta, ou mesmo quinta dimensão.

A propósito, comungando de entendimento contrário à classificação supra, André Ramos Tavares diz:

No particular, parece mais acertado, para manter a estrita coerência com o critério de identificação das demais dimensões (e a própria ideia de dimensão), falar, na quarta dimensão, de uma diferenciação de tutela quanto a certos grupos sociais, como, por exemplo, as crianças e os adolescentes, a família, os idosos, os afrodescendentes etc. Enquanto os direitos de participação democrática poder-se-iam reconduzir aos clássicos direitos políticos, presentes desde os direitos de primeira dimensão, estes direitos não deixam de ser direitos já existentes, mas que sofrerem não um alargamento (extensão) de conteúdo, senão uma diferenciação qualitativa quando aplicados a certos grupos¹⁸

Pela divergência exposta, é forçoso reconhecer que as futuras dimensões de direitos se encontram em fase de consolidação e desenvolvimento. Porém, conceber como verdadeira tal assertiva não importa em reconhecer relativização ou menor importância de tais direitos. Pelo contrário, tal panorama denota a relevância e amplitude do tema, de tal sorte que se demonstra um constante esforço da humanidade em desenvolver e aprimorar os direitos do homem e do cidadão, sempre na busca de um estado ideal pela prevalência da dignidade da pessoa humana frente às mais diversas situações, onde questões terminológicas ou classificativas não devem constituir óbice a tal evolução.

¹⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 505.

3 SUPERIORIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A partir do momento em que se concebe a Constituição como documento político fundante do Estado Democrático de Direito e o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquicamente organizada de normas, tem-se a Constituição como conjunto de normas situadas em um plano mais elevado se comparado às demais normas, reconhecendo-se, portanto, a superioridade daquele frente a estas.

Tal ideia já existia entre os gregos e romanos, que estabeleciam que as regras de estruturação do Estado eram superiores e suas violações poderiam causar graves problemas. Em Roma, registra-se que Júlio César ao entrar com sua legião em Roma e criar uma ditadura perpétua, colocou fim à República depois da violação de uma norma superior de estrutura.

A classificação de determinada Constituição quanto à mutabilidade, como flexível, semirrígida ou imutável, passa, sobretudo, pelo comparativo entre o processo legislativo previsto para a mudança de normas constitucionais e do processo legislativo ordinário.

Em outras palavras, para se classificar determinada Constituição como sendo flexível, semirrígida ou rígida, analisa-se o processo legislativo previsto para criação de leis ordinárias e compara-se ao processo de proposta e aprovação de emendas constitucionais.

A Constituição classificada como flexível é aquela que não prevê nenhum processo solene para alteração de seu corpo de normas, tendo-se em vista o critério da lei ordinária. Ou seja, há similitude entre o processo de emenda constitucional e o processo legislativo ordinário.

Por outro lado, Constituição reputada como semirrígida é aquela que possui um núcleo que exige um processo mais solene do que o previsto para lei ordinária para sua alteração, ao passo que para a alteração de outra parte inexistente tal procedimento, podendo ser alterada pelo procedimento previsto para a lei ordinária.

Já a Constituição rígida é aquela que exige, para sua alteração, um processo mais solene e detalhado em sua integralidade, do que aquele previsto para a lei ordinária. Como mencionado, tal rigidez pode ser constatada por meio de simples comparativo entre as exigências para formulação de proposta de emendas

constitucionais - e sua promulgação-, face ao procedimento de iniciativa legislativa e aprovação que são previstos para a lei ordinária.

Há, ainda, Constituições que possuem normas que não são passíveis de alteração, constituindo as chamadas cláusulas pétreas, a exemplo da Constituição Federal brasileira de 1988. Nesse sentido, assevera Luiz Alberto David Araujo:

Há Constituições que têm um núcleo material imutável, vale dizer, que não pode ser alterado mesmo por emendas constitucionais, composto pelas chamadas cláusulas pétreas. Alguns autores entendem que esse núcleo material imutável traduziria um grau máximo de rigidez¹⁹

A menção a tal classificação tem sua razão de ser, pois apenas num ordenamento jurídico que se conceba a Constituição como rígida ou, ao menos, semirrígida, é que se pode falar em supremacia da constituição.

Caso aceitássemos a possibilidade de alteração de uma norma constitucional por uma lei ordinária, estar-se-ia violando a própria ideia de Constituição enquanto documento fundante do Estado, dado que é de sua própria natureza o dever de compatibilidade das normas infraconstitucionais para com ela, sendo este o cerne do controle de constitucionalidade que, em tempo oportuno, será objeto do presente trabalho.

Advogando pela tese de supremacia da constituição, é oportuno destacar a lição de Inocêncio Mártires Coelho, *in verbis*:

Noutras palavras, pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direitos positivo – comandos postos em vigor – cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto -, para ingressar o permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição²⁰

Em arremate, exatamente por ocupar o ápice da pirâmide normativa, as normas hierarquicamente inferiores à Constituição devem com ela guardar compatibilidade, quer seja no aspecto material, ligado, portanto, ao seu conteúdo,

¹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 18. Ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 38.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 14.

quer no aspecto formal, observando-se, estritamente, o processo legislativo por ela previsto, sob pena de declaração de inconstitucionalidade com consequente reconhecimento de nulidade da norma ou do processo legislativo.

Portanto, é forçoso concluir que com base no chamado Princípio da Supremacia da Constituição, para se estabelecer a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos normativos, a Constituição, necessariamente, exige um processo legislativo de alteração mais solene e gravoso se comparado às demais espécies de normas, situando-se num plano mais elevado do que todas as demais espécies normativas que, obrigatoriamente, devem nela extrair seu fundamento de validade.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nos Estados que se instituem e se estruturam sob a égide de uma Constituição rígida – aquelas que exigem, para sua alteração, um procedimento legislativo mais solene se comparado às demais normas – institui-se uma espécie de pirâmide normativa, cujo topo é ocupado pela Carta Magna.

A partir desta concepção, todos os demais atos normativos, enquanto gênero, devem obrigatoriamente guardar compatibilidade e buscar seu fundamento de validade no texto constitucional.

O controle de constitucionalidade pressupõe, portanto, uma relação dualística estabelecida entre a Constituição Federal e outra norma, a ela submissa. Acerca desta relação, ensina Jorge Miranda:

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não no seu sentido, que tem nela ou não a sua base. Assim declaradas, são conceitos que parecem surgir por dedução imediata. De modo pré-surgido, resultam do confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional²¹

Portanto, existe uma supremacia da Lei Maior, sendo que as demais normas devem encontrar seu fundamento de validade na fonte do Poder Originário. Continua o referido autor:

²¹ MIRANDA, op. cit., p. 311.

Não se trata de relação de mero carácter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid* ou a desarmonia entre este e aquele ato, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica²²

Fincado nesta relação, a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição Federal pode ser concebida sob dois parâmetros. O primeiro deles é o parâmetro formal, que diz respeito à observância minuciosa do procedimento legislativo pertinente para elaboração da norma. Nesse sentido, é a lição de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Nunes Serrano Júnior:

O parâmetro formal diz respeito às regras constitucionais referentes ao processo legislativo, vale dizer, aos meios constitucionalmente aptos a introduzir normas no sistema jurídico. A inobservância dessas regras procedimentais gera a inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica desse ato normativo²³

As regras constitucionais a que Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior fazem menção variam conforme a espécie normativa, podendo dizer respeito, por exemplo, a questões acerca da legitimidade para apresentação do projeto de lei, do quórum para aprovação, da quantidade de votações em cada casa do Congresso Nacional, entre tantas outras.

Por outro lado, as espécies normativas também possuem o dever de compatibilidade quanto ao seu conteúdo, ou seja, passam pela checagem de seu parâmetro material. Por este parâmetro, o conteúdo da norma infraconstitucional não pode ser antagônico ou contraditório ao de sua matriz constitucional.

Em outras palavras, o parâmetro material diz respeito, efetivamente, aos direitos, deveres e/ou comandos normativos veiculados pelo ato, de tal forma que seu teor não poderá violar, direta ou indiretamente, qualquer disposição constante da Carta Maior.

À lei ou ato normativo cujo conteúdo viole a Constituição Federal, a doutrina convencionou denominar de “inconstitucionalidade material” ou “nomoeestática”.

²² MIRANDA, op. cit., p. 311.

²³ ARAUJO; NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 60.

Neste contexto, a partir do momento em que se concebe a Constituição como um corpo de normas hierarquicamente superiores às demais, bem se manifesta o dever de compatibilidade formal e material destas em relação àquela, surge a necessidade de criação de mecanismos e instrumentos que visem assegurar a referida supremacia, voltando seus esforços ao controle do processo legislativo e do conteúdo de tais normas.

4.1 Objeto do Controle de Constitucionalidade

Até o presente momento, muito se falou acerca da superioridade de Constituição e da necessidade de instituição de um controle de constitucionalidade para preservar a higidez da Carta Magna.

No entanto, surge agora a necessidade de tecermos comentários acerca dos atos normativos que são passíveis de serem controlados para, posteriormente, adentrarmos de maneira profunda nos instrumentos de controle.

Inicialmente, as leis são, por excelência, o principal objeto do controle de constitucionalidade, muito em razão da adoção do chamado sistema do *civil law* por nosso ordenamento, que impõe como característica a grande quantidade de leis para regular os mais variados assuntos, contrapondo-se ao sistema do *common law*, adotado principalmente pelo direito norte-americano, que sofre grande influência dos precedentes judiciais em detrimento da *lex scripta*.

Paulo Roberto de Figueiredo Dantas se filia à corrente que entende que o termo lei, principalmente quando ligado ao controle de constitucionalidade, deve ser concebido sob um espectro amplo. Senão vejamos:

Devemos entender por *lei*, em sentido amplo, todo preceito escrito, emanado do poder competente de cada uma das pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), dotado de imperatividade e coerção estatal, e que, para fins de controle de constitucionalidade, deve ter por característica a *abstração*, a *generalidade* e a *autonomia*²⁴

Particularmente, compartilhamos do entendimento do referido autor, sobretudo, pois, tratando-se de controle de normas e da relevância de preservar-se

²⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2012. p. 152.

a superioridade hierárquica da Constituição, atribuir conceito restrito à ideia de lei seria, por vezes, tornar inviável o exercício do controle em questão, pois estrar-se-ia reduzindo, arbitrariamente, o campo material das ações constitucionais de controle e suprimindo, direta e/ou indiretamente, o direito fundamental dos cidadãos de viverem sob a égide de normas que observem estritamente a Carta Maior.

A *abstração*, de que faz menção o autor, parece-nos que deve ser entendida como a característica que impõe à lei o tratamento de questões hipotéticas, não devendo ser editada para disciplinar situações em concreto e previamente estabelecidas.

Já a *generalidade* diz respeito ao fato de que lei deverá se impor de maneira indistinta a todos os que guardem relação com as hipóteses por ela disciplinadas. Em outras palavras, não deve a lei preocupar-se com questões individuais e/ou particulares dos cidadãos, impondo-se de maneira uniforme a todos.

A *autonomia* está relacionada à ausência de subordinação da lei em questão a qualquer outro diploma normativo, mas unicamente à Constituição. Parcela considerável da doutrina, de maneira bastante elucidativa, costuma denominar tais leis de “normas primárias”, porquanto encontram seu fundamento de validade somente na Constituição Federal.

A título exemplificativo, podemos citar como normas primárias aquelas constantes do art. 59 da Constituição Federal de 1988, despontando como as mais comuns as leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias.

Por derradeiro, ainda dentro do campo material do controle de constitucionalidades, podemos ter como objeto de controle os atos normativos, aqui concebidos sob uma ótica mais estrita, entendendo-se estes como todos os demais atos editados pelo Poder Público, que manifestem conteúdo normativo e que apresentem as mesmas características supracitadas, ou seja, abstração, generalidade e autonomia.

4.2 Controle Preventivo de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade preventivo, como o próprio nome já remete à ideia, consiste na modalidade de controle exercido de maneira prévia à inserção da norma no ordenamento jurídico, ou seja, ainda durante o processo legislativo. Trata-se, portanto, da via pela qual se previne a introdução de um projeto

de lei inconstitucional no ordenamento. Logo, tal vedação permite que se possa impedir que norma inconstitucional adentre no ordenamento, podendo ocorrer tanto antes, como durante o processo legislativo.

A doutrina é praticamente uníssona no sentido de que no próprio ato de exercício da iniciativa legislativa, os agentes aptos iniciar o procedimento devem analisar o projeto, de modo a antever eventual possibilidade de violação formal ou material à Constituição Federal.

Ato contínuo, nos termos da Constituição da República, o projeto de norma deverá ser submetido, em proêmio, às comissões temáticas do Congresso Nacional, em especial à Comissão de Constituição e Justiça que possui, dentre outras atribuições, verificar a compatibilidade do projeto de lei ou de emenda frente à Carta Magna, emitindo parecer não terminativo acerca de sua constitucionalidade.

Na fase conclusiva do processo legislativo, em se tratando de normas primárias, excluídas as emendas constitucionais, o projeto de lei será submetido à apreciação do Presidente da República que, analisando-o, poderá optar entre sancionar o projeto ou vetá-lo.

In casu, o veto presidencial poderá ter por fundamento questões ligadas ao interesse público ou financeiro, ou a inconstitucionalidade do projeto, consoante o art. 66, §1º da Carta Magna, manifestando-se, nesta última hipótese, o controle preventivo.

Após as etapas acima, encerrando-se o processo legislativo com a publicação e promulgação da lei, encerra-se, igualmente, a fase preventiva do controle que, a princípio, não é jurisdicional.

4.2.1 Controle preventivo pela via jurisdicional

Em que pese o fato o controle preventivo de constitucionalidade ser, preponderantemente, exercido por via que não a jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o controle preventivo de constitucionalidade poderá ser exercido, de maneira excepcional, por tal via.

O posicionamento em questão fora firmado no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.257-DF e tem cabimento nas situações em que há vedação no próprio texto constitucional ao trâmite da referido projeto de lei, ou este presente

manifesta e inequívoca incompatibilidade, sobretudo apresentado flagrante violação às cláusulas pétreas constante do artigo 60 da Lei Maior.

Na lição de Luiz Alberto Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, trata-se de faculdade inerente ao cargo de parlamentar e, ao mesmo tempo um direito, *in verbis*:

Cuida-se, em outras palavras, de um “direito-função” do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. Assim, o §4º do art. 60 da Constituição Federal veda a deliberação de emenda tendente a abolir os bens protegidos em seus incisos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os parlamentares têm direito a não ver deliberada uma emenda que seja tendente a abolir os bens assegurados por cláusula pétreas. No caso, o que é vedada é a deliberação, momento do processo legislativo. A mesa, portanto, estaria praticando uma ilegalidade se colasse em pauta tal tema²⁵

Com a devida vênia àqueles que não comungam do mesmo entendimento, parece-nos que o posicionamento adotado pelo Pretório é acertado, pois não seria razoável aguardar todo o trâmite legislativo para que, somente em momento posterior, o projeto de lei – flagrantemente inconstitucional, destaque-se – fosse atacado pelas vias concentradas de controle de constitucionalidade, fato este que importaria em excessivo e desnecessário dispêndio de recursos, de tal sorte que a impetração de Mandado de Segurança com fito de paralisar o trâmite legislativo surge como medida mais célere e adequada.

Pelo exposto, é de se concluir que, em que pese o controle preventivo se caracterize por ser predominantemente manejado por via alheia à jurisdicional, excepcionalmente, poderá ele ser exercido pela via jurisdicional, desde que reste caracterizada a hipótese acima explicitada.

4.2.1.1 Mandado de Segurança como instrumento destinado a assegurar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade

Não obstante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ante a existência de projeto de lei ou de emenda constitucional flagrantemente violadora das cláusulas pétreas, autorize a impetração de Mandado de Segurança pelos

²⁵ ARAUJO; NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 63.

parlamentares, entendemos que tal possibilidade deve se estender a outra hipótese, além das já conhecidas.

Muito embora o artigo 2º da Constituição Federal preconize a existência de independência e harmonia entre os Poderes da República, sabe-se que, na prática, tal mandamento, muitas vezes, não é observado, haja vista a possibilidade de conflito de interesse entre as decisões proferidas pelo Pretório Excelso e o posicionamento parlamentar.

O exemplo prático do empasse mencionado fica por conta do decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983-CE²⁶, de relatoria do Min. Marco Aurélio, ajuizada pelo Procurador-geral da República em face da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará.

Ocorre que a referida Lei tinha como escopo a regulamentação da chamada “vaquejada” como prática desportiva e cultural no estado. No entanto, vislumbrando a possibilidade de que tal tradição configurasse maus-tratos, e sob argumento de que tais condutas acarretariam consequências nocivas à saúde dos animais, o chefe do *Parquet* Federal ajuizou a ação, buscando a declaração de sua inconstitucionalidade, com consequente expurgo da norma do ordenamento jurídico.

O julgamento da matéria teve início em agosto de 2015, porém, somente em 06 de outubro de 2016 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade da lei e firmando o entendimento de que, em síntese, o dever de proteção ao meio ambiente, insculpido no artigo 225 da Carta Maior se sobreporia aos valores culturais da prática desportiva de tal natureza.

Fato é que o entendimento firmado no julgado não foi bem recebido por parcela do Congresso Nacional, notadamente pela chamada “bancada ruralista”, assim denominada por ser composta, quase que integralmente, por membros favoráveis aos interesses agropastoris e pecuários.

Ante o inconformismo com relação à decisão tomada pelo Supremo Tribunal na Adin nº 4983-CE, e sob a justificativa de proteção a valores culturais, surgiu a Proposta de Emenda Constitucional nº 50/2016²⁷, posteriormente convertida na Emenda Constitucional nº 96/2017, de autoria do Senador Otto Alencar (PSD-

²⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>> Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

²⁷ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/01/pec-da-vaquejada-e-aprovada-na-camara-e-vai-a-promulgacao>> Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

BA), que tinha por objetivo adicionar um parágrafo ao artigo 225 da Constituição Federal com fito de não mais se classificar como cruéis práticas desportivas que envolvam animais, desde que reconhecidas nas categorias de manifestações culturais, registradas como bens imateriais do patrimônio cultural brasileiro e regulamentada por lei.

A Emenda Constitucional em questão obteve o *quórum* necessário para sua aprovação, sendo promulgada pelas mesas do Congresso Nacional em 06 de junho de 2017²⁸.

Alheio a qualquer posicionamento acerca do mérito da proposta de Emenda, nota-se um completo desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, em clara violação a princípios constitucionais, como o Princípio Republicano, da Independência e Harmonia dos Poderes, da Segurança Jurídica, da Vedação ao Retrocesso, entre outros.

Não satisfeito com o panorama, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal ajuizou uma nova Ação Direita de Inconstitucionalidade, Adin nº 5728²⁹, em face da Emenda Constitucional nº 96/2017 que, atualmente, encontra-se pendente de julgamento.

Em que pese nosso entendimento no sentido de que autor agiu corretamente ao valer-se da ação abstrata, pois visa à manutenção daquilo que já fora apreciado e julgado pelo Pretório Excelso, acreditamos que uma via mais célere e eficaz seria a possibilidade de impetração de Mandado de Segurança em face de projetos de emendas e de leis que versem sobre temas já apreciados em sede de controle de constitucionalidade, enquanto submetidas ao processo legislativo, pois, a despeito de não violarem cláusulas pétreas, afrontam diretamente a decisão de uma Corte Constitucional, a quem o próprio constituinte, em uma clara opção política, reservou a guarda e interpretação da Constituição Federal.

Como se sabe, nos termos do art. 5º inciso LXIX, da Carta Magna, o Mandado de Segurança se destina à proteção de direito líquido e certo, não aparando por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*.

Comungando do mesmo entendimento, Dirley da Cunha Júnior leciona que:

²⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm> Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

²⁹ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>> Acesso em: 12 de fevereiro de 2019

O ato impugnado pela via do *mandamus* abrange qualquer conduta positiva ou omissiva lesiva a direito, de tal modo que esse remédio constitucional revela-se como um poderoso mecanismo de controle incidental das ações e omissões do poder público, nas hipóteses de violação a direito líquido e certo, decorrente de ato ou omissão total ou parcial, normativa ou não normativa, do poder público. Assim, por meio dele, o Poder Judiciário pode e deve exercer a jurisdição constitucional incidental para invalidar os atos e suprir as omissões inconstitucionais do poder público, a fim de se assegurar a efetividade e o pleno gozo dos direitos fundamentais³⁰

Transmudado ao controle de constitucionalidade, a legitimidade à impetração do Mandado de Segurança pauta-se na retórica de que nenhum parlamentar é obrigado a participar de processo legislativo que tenha por objeto projeto de lei ou de emenda constitucional violadora de cláusula pétrea, sendo-lhe facultado o direito de dirigir-se ao Supremo Tribunal Federal para ver cessado o trâmite da espécie normativa em questão.

Partindo deste pressuposto, além de se utilizar as cláusulas pétreas como fundamento para impetração de Mandado de Segurança, as decisões tomadas pelo Pretório Excelso, em sede de controle de constitucionalidade, afiguram-se, para nós, como parâmetros igualmente seguros a justificar a impetração do *writ*, pois respaldado em decisão que já apreciara o mérito da constitucionalidade da norma e, com mais razão, realizada por órgão constitucionalmente erigido a esse fim, de modo a se evitar reiteradas e desnecessárias decisões da Corte Constitucional.

A respeito da ação constitucional, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior³¹ entendem que a expressão “direito líquido e certo”, enquanto elementos essenciais ao Mandado de Segurança, dizem respeito à certeza da existência do direito enquanto matéria de proteção no ordenamento, e a quanto à extensão de seu objeto, respectivamente. Em outras palavras, a noção de Mandado de Segurança teria cabimento nas situações em que todas as provas necessárias ao processo consistissem em documentos, afastando-se o *writ* nas hipóteses em que no processo se exija dilação probatória.

Ora, sendo o pronunciamento judicial o meio, por excelência, de se delimitar a liquidez, a certeza e a extensão de um direito, não se vislumbra óbice em

³⁰ CUNHA JR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 4ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2010. p. 110.

³¹ ARAUJO; NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 252.

utiliza-lo como parâmetro para a impetração de Mandado de Segurança, sobretudo por se tratar de decisão colegiada, proferida pelo Tribunal incumbido da guarda da Carta Maior e do controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Ademais, sem se olvidar aos argumentos pautados na autonomia do Congresso Nacional enquanto órgão legiferante, a questão é ultrapassada pela simples observação do famigerado Princípio da Vedação ao Retrocesso, segundo o qual após consolidado e atingido determinado patamar de direitos, veda-se a retirada ou violação destes, ao que a doutrina francesa convencionar denominar de “efeito *cliquet*”.

Nesse aspecto, pode-se cogitar a existência de um direito adquirido, tanto dos parlamentares, como dos jurisdicionados, a não serem submetido a uma lei reconhecidamente inconstitucional, em detrimento da autonomia legislativa do Congresso Nacional que, apesar de gozar de tal atributo, encontra limitação no próprio Texto Maior e na interpretação formulada pelo Tribunal Constitucional acerca de determinada matéria.

4.3 Controle Repressivo de Constitucionalidade

Enquanto no modelo preventivo, o controle de constitucionalidade é exercido em momento anterior à inserção da norma ou ato ao ordenamento jurídico e, em regra, por via alheia à jurisdicional, o controle repressivo é exercido em momento posterior à entrada da norma ou ato no ordenamento, sendo que, nesta hipótese, o questionamento acerca da constitucionalidade é exercido, em regra, pela via jurisdicional.

Em que pese a diversidade de modelos pelos quais se exerce a jurisdição repressiva de normas inconstitucional, nos Estados que aceitam e reconhecem a Constituição como norma superior, Alexandre de Moraes entende pela possibilidade de se extrair, sob um denominador comum, três grandes modelos:

Em que pese a diversidade de modelos, historicamente, é possível identificar três grandes modelos de justiça constitucional, com base nos sistemas jurídicos adotados pelos diversos ordenamentos para garantia da supremacia da Constituição: modelo norte-americano, modelo austríaco e modelo francês³²

³² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 694.

Maiores esclarecimentos acerca dos precedentes originários, bem como as características dos modelos acima referidos, serão feitos em momento oportuno, quando trataremos, em espécie, dos controles difuso e repressivo de constitucionalidade.

Contudo, é importante pontuarmos que, seja por uma falha estrutural ou mesmo institucional nos órgãos que exercem o controle preventivo, seja por opção política, prepondera em nosso ordenamento o exercício do controle repressivo de constitucionalidade, onde o Poder Judiciário é incumbido de realizar a fiscalização da lei ou atos normativos já editados, sob a ótica das disposições contidas na Carta Maior, conglobando tanto suas normas, quanto princípios.

Parece-nos, no entanto, que adoção e atribuição de privilégios a este modelo é equivocada, para não imprópria.

Nesse sentido, a opção pelo exercício do controle repressivo, como regra, manifesta, não raramente, um excessivo número de demandas judiciais que poderiam ser evitadas pelo fortalecimento dos métodos preventivos, fato este que acarreta uma avalanche de ações perante os órgãos competentes para apreciação, seja o Supremo Tribunal Federal, enquanto tribunal constitucional no controle concentrado, seja nos demais órgãos do poder judiciário nas ações de controle difuso.

Por óbvio, excluem-se desta ideia as ações judiciais estritamente necessárias, pois não seria justo, ou sequer possível, atribuir a fiscalização da constitucionalidade das leis ou atos normativos unicamente ao controle preventivo, sobretudo se considerarmos a falibilidade dos órgãos envolvidos, bem como a impossibilidade de se abarcar todas as situações de inconstitucionalidade. Ocorre que, muitas vezes a incompatibilidade dos atos ou normas frente à Constituição Federal surge de maneira tímida ou mesmo imperceptível abstratamente, manifestando-se somente a partir de sua aplicação aos casos concretos.

4.3.1 Controle repressivo exercido pelo poder legislativo e executivo

Excepcionalmente, anota-se que o controle repressivo poderá ser exercido tanto pelo Poder Legislativo, como pelo Poder Executivo.

O controle repressivo exercido pelo Poder Legislativo tem fundamento no art. 49, inciso V da Constituição Federal de 1988. Por este dispositivo, está

inserida no rol de competência exclusiva do Congresso Nacional a faculdade de sustar os atos normativos editados pelo Poder Executivo que excedam o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa nas hipóteses de Lei Delegada.

Configurada qualquer hipótese do art. 49, inciso V, da Constituição Federal, o Congresso Nacional exercerá o controle repressivo por meio da edição de um decreto legislativo com a finalidade de suspender o decreto presidencial (CF/88, art. 84, IV) ou a Lei Delegada (CF/88, art. 68), sob o argumento de inobservância dos ditames constitucionais para suas edições.

De outro giro, parece-nos que o controle repressivo de constitucionalidade também poderá ser exercido pelo Presidente da República por ocasião da edição de Medidas Provisórias. Vejamos.

Nos termos do art. 68 da Constituição Federal de 1988, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República estará autorizado editar Medida Provisória, sendo-lhe atribuída força de lei e vigência imediata.

Caso o chefe do Poder Executivo Federal edite medida provisória regulamentada determinada situação, mas, seja em razão de comunicação feita por órgão incumbido de lhe assessorar, em razão de clamor e manifestação pública ou mesmo de juízo pessoal, passe a entender que a referida espécie normativa é inconstitucional, poderá editar nova Medida Provisória, revogando a primeira, que entrará em vigor na sua publicação, caracterizando, assim, uma espécie de controle repressivo de constitucionalidade.

A despeito das exceções acima, bem ou mal, vigora em nosso ordenamento jurídico, como regra, o controle repressivo de constitucionalidade, exercido, em regras, pelos órgãos jurisdicionais. Passemos, portanto, à análise do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

4.3.2 Controle difuso de constitucionalidade

Quando se trata dos antecedentes históricos do controle difuso de constitucionalidade, a doutrina é quase uníssona em citar como precursor deste modelo o caso *Marbury vs. Madison*, datado de 1803, nos Estados Unidos da América do Norte, relatado por John Marshall, Juiz da Corte Suprema Americana.

No entendimento de Alexandre de Moraes, a relevância do caso em questão deu-se, pois, pela primeira vez houve a afirmação da jurisdição sob os demais órgãos, *in verbis*:

O direito norte-americano – em 1803, no célebre caso *Marbury v. Madison*, relatado pelo *Chief Justice* da Corte Suprema John Marshall – afirmou a supremacia jurisdicional sobre todos os atos dos poderes constituídos, inclusive sobre o Congresso dos Estados Unidos da América, permitindo-se ao Poder Judiciário, mediante casos concretos postos em julgamento, interpretar a Carta Magna, adequando e compatibilizando os demais atos normativos com suas superiores normas³³

O controle de difuso de constitucionalidade, também conhecido como controle aberto, controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela apreciação da constitucionalidade das leis ou atos normativos de maneira concreta, sendo conferida permissão a qualquer juiz ou tribunal para proceder à análise da compatibilidade da norma frente à Constituição Federal.

Dessa forma, ao contrário do controle concentrado – que será visto adiante – caracterizado pela apreciação *in abstracto* da lei ou ato normativo, sem sua incidência sobre casos concretos, o controle difuso de constitucionalidade pressupõe a prévia existência de uma relação jurídico-processual, onde, por alegação de uma ou ambas as partes, é colocado à apreciação do Juiz ou Tribunal a constitucionalidade do ato ou norma.

Discorrendo acerca dos critérios processuais de fiscalização, Jorge Miranda entende que o controle difuso é assinalado pelos interesses subjetivos envolvidos, a saber:

Em razão dos *interesses* subjacentes à fiscalização, determinantes da iniciativa do respectivo processo, a fiscalização pode ser subjectiva ou objetiva. Diz-se subjectiva, quando se prende a um interesse directo e pessoal de alguém, quando tem por causa ou por ocasião a repercussão da ofensa da Lei Fundamental nas esferas jurídicas de certas e determinadas pessoas, quando a ofensa da Constituição se repercute em lesão ou ameaça de lesão de direitos e interesses destas pessoas³⁴

Dada forma pela qual se procede ao controle difuso de constitucionalidade, é possível se denotar uma clara preponderância do interesse subjetivo à causa se comparado ao controle propriamente dito.

³³ MORAES, op. cit., p. 694.

³⁴ MIRANDA, op. cit., p. 357.

O que se busca no controle difuso, portanto, é a tutela dos interesses subjetivos das partes, em contraposição à declaração de (in) constitucionalidade. Em outras palavras, as partes buscam a tutela de seus direitos, que por sua vez esbarram na constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, e requerem a apreciação da norma em questão frente à Carta Maior de maneira incidental no processo.

Muito em razão desta característica, a declaração incidental de (in) constitucionalidade no controle difuso restringe-se às partes – efeito *inter-partes* da decisão -, além de efeito *ex nunc* – a partir da prolação da decisão -, restringindo-se aos limites subjetivos e objetivos do processo em que a decisão acerca da constitucionalidade fora proferida.

Nesse sentido José Joaquim Gomes Canotilho em sua obra diz:

No controlo por via incidente a inconstitucionalidade do acto normativo só pode ser invocada no decurso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais. A questão da inconstitucionalidade é levantada, por *via de incidente*, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto. Este controlo chama-se também controle por via de excepção, porque a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da acção, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute³⁵

Quanto à competência para apreciação da constitucionalidade da norma, é pacífico que se trata daquele originariamente competente para apreciação e julgamento da ação principal submetida à via jurisdicional. E, em se tratando da via de arguição, reputa-se este como a ordinária, ou seja, poderá ser arguida por qualquer espécie de ação, seja declaratória, constitutiva ou condenatória.

De outro giro, também é sedimentado o entendimento de que a controle difuso poderá ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que em regra exerce o controle concentrado, nas hipóteses em que a ação comportar cabimento nas hipóteses de competência originária da corte, quer pela via recursal pertinente.

Em todo caso, a apreciação e julgamento da matéria em controle de difuso pelo Pretório Excelso não importa em sua transformação em controle concretado, pois a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa não importa

³⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 893.

em expulsão da norma do ordenamento jurídico, mas apenas sua inaplicabilidade ao caso concreto, excepciona-a apenas o interessado do cumprimento da regra.

4.3.2.1 Controle difuso de constitucionalidade e o papel do Senado Federal

Outra questão relevante acerca do tema, e que não poderia ser excluída de apreciação, diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal e o papel atribuído ao Senado Federal pelo art. 52, inciso X, da Carta da República, frisando-se que o Senado é órgão que representa os Estado da Federação, contando com três senadores para cada unidade e que tem papel fundamental no sistema de freios e contrapesos.

Nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal, apreciando a constitucionalidade pela via incidental, entenda que a norma está em desconformidade com o regime constitucional vigente e assim a declare, não poderá, por si, determinar sua expulsão do sistema jurídico, haja vista o efeito *inter partes* – em regra – de tal decisão e o papel atribuído ao Senado Federal neste processo de declaração de inconstitucionalidade.

Entendendo pela inconstitucionalidade, preconiza o dispositivo que Supremo Tribunal deverá comunicar o Senado Federal para que, por meio da edição de uma Resolução, este suspensa, no todo ou em parte, a norma declarada inconstitucional.

Em que pese existência de tal mandamento constitucional, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do das Ações Direitas de Inconstitucionalidade nº 3.406 e 3.470 no final de 2017, ambas oriundas do Rio de Janeiro, reconheceu, incidentalmente, a ocorrência de mutação constitucional, firmando entendimento no sentido de ser dispensável tal notificação.

A doutrina é convergente no sentido de que o papel do Senado Federal neste processo declaração de inconstitucionalidade difusa tem sua razão de ser em aspectos históricos.

A respeito do tema, Fernanda Rocha Ramos³⁶ entende que:

³⁶ RAMOS, Fernanda Rocha. *A evolução do entendimento do STF a respeito do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade (art. 52, inciso X, da Constituição Federal): análise crítica*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590401&seo=1>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

Por outro lado, importa notar que, durante a vigência da Constituição de 1934, o controle concentrado era bastante tímido, o que motivou o legislador constituinte a prever a atuação do Senado para outorgar eficácia geral ao controle de constitucionalidade difuso. Assim, sob a égide da Carta de 1934, não havia dúvida a respeito da importância da participação do Senado com vistas a estender os efeitos das decisões do STF para além das partes no processo, impedindo que novos demandantes ingressassem no Judiciário requerendo a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo já analisados incidentalmente pelo Pretório Excelso

De outro lado, é notória a evolução sofrida pelo controle de constitucionalidade brasileiro, seja com relação aos legitimados à propositura das demandas, seja com relação aos meios disponíveis para se submeter ao Pretório Excelso a apreciação da constitucionalidade das normas, em função do qual vem ganhando força a corrente doutrinária que defende não subsistirem mais os elementos ensejadores da participação do Senado Federal no controle difuso.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1934 foi responsável por introduzir profundas e significativas mudanças no controle de constitucionalidade brasileiro.

Em conformidade com as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade de certa norma somente poderia se dar pelo voto da maioria da totalidade de membros dos tribunais, visando dar maior efetividade à segurança jurídica.

Referida Constituição atribuía ainda em seu corpo de normas a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo poder judiciário”, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96)³⁷

A introdução deste sistema na Magna Carta tinha por intuito atribuir eficiência geral às decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade. No entanto, tratava-se de sistemática compatível à época, de modo que hoje, diante da evolução e desenvolvimento da técnica de controle concentrado de constitucionalidade, não há que se falar em necessidade de atuação do Senado Federal. A propósito, é nesse sentido a lição de Gilmar Ferreira Mendes³⁸:

³⁷ MANGABEIRA, João. Em torno da Constituição. São Paulo: Ed. Nacional, 1934. P. 115/117.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 1086/1087.

É possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar solução em problema, com a cisão de competências entre o Supremo Tribunal e o Senado. É certo, por outro lado, que, coerente com o espírito da época, a intervenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não se conferindo eficácia ampliada à declaração de constitucionalidade.

Tal incompatibilidade se mostrou mais evidente ainda com o advento da Constituição Federal de 1988, que ampliou de maneira significativa o espectro de proteção judicial da constitucionalidade das normas.

A emblemática mudança no panorama do controle de constitucionalidade deu-se no âmbito do controle abstrato, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade, que passou a ser prevista no art. 102, inciso I, alínea “a”, combinado com o art. 103, todos da Carta de Direitos de 1988.

Não obstante, se no sistema anterior podia se verificar um monopólio vinculado à figura do Procurador-geral da República quando o assunto era controle de constitucionalidade, a Constituição de 1988 foi responsável por alargar significativamente o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, passando o chefe do *Parquet* Federal a ser apenas uma figura dentre as outras constantes do art. 103.

Nos termos do artigo supra, passou-se a reconhecer como legitimados à propositura da ação de controle abstrato o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado, o Procurador-geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entendidas de classe de âmbito nacional.

Como pontua de maneira precisa a respeito da novel ação de controle abstrato e do alargamento do rol de legitimados, Gilmar Ferreira Mendes³⁹ afirma ainda que:

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 1104.

ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

O alargamento do rol de legitimados conferiu novos contornos e maior relevância ao controle concentrado de constitucionalidade que, na prática, mostrava-se mais eficaz que célere que o controle difuso. Nessa perspectiva, se por vezes a matéria discutida deveria esgotar todas as instâncias recursais até alcançar o Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, diante da evolução no sistema os legitimados passaram a poder se dirigir diretamente ao Pretório Excelso, por meio da ação de controle abstrato, suscitando a inconstitucionalidade de normas.

Além disso, o fortalecimento do controle concentrado deu-se em razão da possibilidade de atribuição de efeito *erga omnes* à decisão pelo próprio Supremo, o que, reflexamente, levou à diminuição da relevância do controle difuso de constitucionalidade, visto que este exige para a atribuição do efeito *erga omnes*, a atuação do Senado Federal que, ao longo da história, nem sempre se mostrou presente.

Nota-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 teve fundamental importância na redução do significado do controle incidental ou difuso, vez que aumentou, de forma inovadora, o rol de legitimados à propositura da ação direta de constitucionalidade, autorizando que, por meio desta, todas as controvérsias que versassem sobre constitucionalidade das normas pudessem ser submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal diretamente, por intermédio do controle abstrato.

Diante deste panorama, passou a ganhar força o citado posicionamento doutrinário que defendiam a ocorrência de mutação constitucional em relação à interpretação dada à regra insculpida no art. 52, inciso X da Constituição Federal de 1988.

A controvérsia ganhou mais relevância por ocasião do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, movida pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face de decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que denegara progressão de regime aos detentos condenados pela prática de crimes hediondos, em afronta à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 82.859, no qual o Pretório Excelso declarou, de maneira incidental, inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prevista no art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90.

Como questão incidental à matéria veiculada na Reclamação, o Supremo Tribunal Federal analisou, também, se a declaração de inconstitucionalidade reconhecida no HC 82.859 teria, por si só, efeito *erga omnes*, ou se seria imprescindível à atribuição de tal efeito pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X.

Fernanda Rocha Ramos⁴⁰ menciona que, por ocasião deste julgamento, parcela minoritária dos ministros do Supremo entendeu que a atuação do Senado Federal não mais se justificaria nos moldes em que fora idealizada, vez que sobre o dispositivo que a embasa teria incidido o fenômeno da mutação constitucional.

Nessa toada, com a notória ampliação do controle concentrado e seu ganho de espaço em relação ao difuso, o papel do Senado Federal teria se tornado obsoleto, de forma que sua atuação teria sido restringida tão somente a conferir publicidade à decisão do Supremo.

A tese em questão foi capitaneada pelo ministro Gilmar Mendes, relator da Reclamação e, em que pese o fato de neste julgamento, o posicionamento tenha sucumbido perante o voto de maioria dos ministros, que defenderam a inocorrência de mutação constitucional, o assunto ganhou maior relevância, sobretudo por colocar em voga a existência, em tese, da prevalência do controle concentrado sobre o controle difuso, questão esta que, inclusive, foi ventilada em seu voto, por ocasião do julgamento da Reclamação 4.335/AC. Vejamos:

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria,

⁴⁰ RAMOS, Fernanda Rocha, op. cit.

mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado⁴¹

O posicionamento do eminente ministro, de maneira clara, prestigia a eficácia prática do controle concentrado em detrimento do difuso. Posicionamento este que nos parece correto, pois, ante predominante cultura do *civil law* ao qual nos filiamos, somada à incessável e cotidiana atividade legislativa com a qual nos deparamos, a sociedade e o ordenamento exigem um atuação célere da Corte Constitucional no controle da legalidade e constitucionalidade das normas.

Mas, além disso, salta aos olhos o ganho de espaço e relevância da jurisprudência em nosso sistema jurídico, circunstância esta que, aliada ao controle concretado, acabou por subjugar o controle difuso.

Com efeito, houve uma clara aproximação dos efeitos gerados pelo controle difuso com aqueles produzidos pelo controle concentrado.

Nesse sentido, além das ações abstratas, que geram efeito *erga omnes*, a criação do instituto das súmulas vinculantes trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o Art. 103-A na Constituição Federal, representou mais que um fortalecimento da jurisprudência do Supremo, mas o reconhecimento de sua capacidade, enquanto guardião da constituição, de atuar como órgão decisório dotado da possibilidade de editar enunciados de observância obrigatória aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta ou indireta.

A possibilidade de o Relator julgar monocraticamente os recursos extraordinários manifestamente contrários à jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal, nos termos do art. 932, inciso IV, do CPC/2015, bem como a faculdade dos tribunais julgarem a constitucionalidade das normas sem a observância da cláusula de reserva de plenário, insculpida no artigo 97 da CF, nas hipóteses em que o STF já tenha se posicionado acerca da matéria, representa claro crescimento no sentido de que as decisões do Supremo, sobretudo ligadas à constitucionalidade das normas, deveriam ser dotadas de oponibilidade *erga omnes* e, portanto, prescindiram da atuação de outro poder da república, notadamente o Senado Federal.

⁴¹ Voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4.335-AC, p. 36 do acórdão.

Entretanto, em momento posteriormente, a questão voltaria à ordem do dia por ocasião dos julgamentos das Ações Direitas de Inconstitucionalidade nº 3.406 e 3.470, ambas oriundas do Rio de Janeiro, cujo entendimento firmado culminou numa alteração substancial do controle difuso de constitucionalidade.

Ao apreciar a questão suscitada nas ações abstratas, o Min. Gilmar Mendes reafirmou seu posicionamento no sentido de ocorrência da mutação constitucional sobre o art. 52, inciso X, da CF, salientando que, após a criação do rito da repercussão geral, a atuação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade perdera sua razão de existir. Logo, na nova leitura do dispositivo, a função do Senado Federal seria apenas dar publicidade à decisão do STF, atribuindo a ela maior eficácia.

Tal entendimento foi acolhido pela maioria dos Ministros, que se posicionaram de maneira favorável ao Ministro Gilmar Mendes, dentre eles, os Ministros Celso de Mello, Carmen Lúcia, Edson Fachin, Luiz Fux, Dias Toffoli.

Ademais, analisando-se o processo legislativo em sua integralidade, é forçoso reconhecer que há uma ampla atuação do Poder Legislativo, sobretudo no que concerne ao controle de constitucionalidade das normas, o que não poderia ser diferente, visto que tal atividade lhe é uma função típica. Vejamos.

Seja por meio dos pareceres emitidos pelas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal⁴², seja no próprio ato de votação da emenda constitucional ou do projeto de lei, há a possibilidade de o Congresso Nacional exercer o controle de constitucionalidade, de tal sorte que, findo os trâmites legislativos, admitir a interferência do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive facultando-o a possibilidade de não editar Resolução que suspenda a norma declarada inconstitucional - pois tal medida não possui caráter obrigatório – constitui clara ofensa ao Princípio Republicano, ao próprio Princípio da Independência dos Poderes, e à segurança jurídica, ante a probabilidade de inércia dos parlamentares.

A atuação não só do Senado Federal, mas do Poder Legislativo como um todo, com relação à constitucionalidade das normas, findar-se-ia com a promulgação da respectiva emenda constitucional pelas Mesas da Câmara dos

⁴² O art. 32, inciso III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados utiliza a expressão “Comissão de Constituição e Justiça e de Redação”. O art. 72, nº 3, do Regimento Interno do Senado Federal emprega a denominação “Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania”.

Deputados e do Senado Federal ou sanção do projeto de lei pelo Presidente da República.

Portanto, reconhecer que a atribuição de efeito *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal – órgão constitucionalidade erigido à proteção da Constituição Federal – depende da atuação do Senado Federal seria admitir uma ingerência do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário, o que não nos parece compatível com atual sistema jurídico.

Desta forma, reforçando o entendimento de ocorrência de mutação constitucional sobre o art. 52, inciso X, da Constituição da República, além dos argumentos já pontuados, parece-nos que a ocorrência de fato fenômeno se justifica numa não interferência indevida do Poder Legislativo sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal, sobretudo pelo nítido prestígio à tripartição dos poderes, um dos corolários básicos do Estado Democrático de Direito.

4.3.3 Controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade, ao contrário do difuso - onde há a preponderância de pretensões subjetiva das partes em detrimento do controle propriamente dito -, caracteriza-se por ter como finalidade precípua a apreciação da constitucionalidade das normas ou ato normativos por meio de ações especialmente erigidas a este fim.

No entanto, as diferenças não se resumem apenas à forma de impugnação da constitucionalidade, mas na própria competência para a apreciação desta.

Nesse sentido, como visto, o controle de constitucionalidade pela via difusa pode ser exercido por qualquer Juiz ou Tribunal competente para apreciação da questão principal. Já o controle concentrado, dada sua relevância, demanda a criação de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade concentrado.

Acerca da idealização do controle concentrado, a doutrina é uníssona no sentido de atribuir tal feito ao jurista austríaco Hans Kelsen, sendo que a Constituição Austríaca de 1920 foi a primeira a por em prática, efetivamente, o controle em questão.

A respeito do tema, Alexandre de Moraes leciona que:

A constituição austríaca de 1º-10-1920 consagrou, nos dizer de Eisenmann, como forma de garantia suprema da Constituição, pela primeira vez, a existência de um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade, em oposição ao consagrado *judicial review* norte-americano, distribuído por todos os juízes e tribunais⁴³

Dentre as razões pelas quais Hans Kelsen defendeu a existência de único órgão para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, destaca-se a de que:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico⁴⁴

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a controle concentrado de constitucionalidade surgiu, inicialmente, a partir do Poder Constituinte Derivado, e não do Originário, como costumeiro. Neste contexto, a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 acrescentou ao rol de competências do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a representação do Procurador-Geral da República questionando a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, com a posterior alteração dada pela Emenda Constitucional nº 03/1993, o art. 102, inciso I, alínea “a”, passou a prever a competência do Pretório para processar e julgar as já ações diretas de inconstitucionalidade e noveis ações declaratórias de constitucionalidade, manejadas em face de leis ou atos normativos federais e estaduais, ao passo que o §1º do mesmo art. 102 também previu a competência do Supremo para processar e julgar as Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais.

Inicialmente, em razão de uma questão cronológica, trataremos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, pois se tratam de instrumentos que constavam, originariamente, do texto da Constituição de 1988. Ato contínuo, passaremos ao

⁴³ MORAES, op. cit., p. 719.

⁴⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288

estudo da Ação Declaratória de Constitucionalidade, inserido no âmbito constitucional pela citada Emenda Constitucional nº 03/1993.

4.3.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade

A despeito de ter sido originária do texto Constitucional de 1988, assim como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade pôde ser utilizada imediatamente após a entrada em vigência da Constituição Federal de 1988, pois a legislação infraconstitucional que a regulava – o Regime Interno do Supremo Tribunal Federal – fora recepcionado pelo novel constituição.

Posteriormente, a Lei Ordinária nº 9.868/1999 passou a dar um regramento próprio à Ação Direta de Inconstitucionalidade, e regulamentar, também, a figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, então trazida pela Emenda nº 03/93.

Para o exercício do controle de constitucionalidade via “ADI”, surge a necessidade da existência de uma norma em sentido material, caracterizada por ser dotada de generalidade e abstração, tema já abordado no presente trabalho, registre-se. Portanto, afastam-se do campo material desta ação as chamadas “leis de efeito concreto”, porquanto não dotadas de tais características.

De outro giro, o Pretório Excelso firmou entendimento no sentido de não ser possível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo anterior ao texto constitucional em vigor, posto que os parâmetros observados para a elaboração daquela norma foram os elencados na Constituição em vigência quando de sua confecção. Nesse sentido, é a lição de Luís Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior:

No mesmo sentido, como já visto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não cabe ação direta de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional preexistente ao texto em vigor. Na verdade, não seria o caso de análise da constitucionalidade, mas de recepção ou não⁴⁵

Além da existência de lei ou ato normativo em sentido material, é imprescindível que haja questionamento acerca destes em face de dispositivo

⁴⁵ ARAUJO; NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 72.

constitucional que lhe sirva de parâmetro, sendo que o único foro competente para processamento e julgamento é o Supremo Tribunal Federal, nos termos delineados acima.

Por se tratar de modalidade de controle concretado de constitucionalidade, os autores legitimados para o ajuizamento da ADI estão taxativamente descritos em rol previsto no art. 103 da Constituição Federal: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Acerca da restrição quanto à legitimidade para propositura desta ação, Joaquim José Gomes Canotilho entende que:

Relacionado com o controlo concentrado e principal, o controlo abstracto significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes: é, sim, um processo que visa sobretudo a defesa da constituição e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à constituição. Dado que se trata de um processo objectivo, a legitimidade para solicitar este controlo é geralmente reservada a um número restrito de entidades⁴⁶

Assim, ao contrário do controle pela via difusa, onde se manifesta uma preponderância de interesse subjetivo, no controle exercido via ADI se exterioriza um processo de caráter objetivo, posto não há interesse próprio dos autores envolvidos, mas uma única finalidade, qual seja, a defesa da Constituição Federal.

As diferenças em relação ao controle difuso não param por aí. Ocorre que o julgamento na ação direta de constitucionalidade, assim como no controle concretado como um todo, é caracterizado por ser gerar um efeito *erga omnes*. Em outras palavras, os efeitos da decisão atingem a todos indistintamente, independentemente de integrarem ou não o polo ativo da ação, além de ser *ex tunc*, ou seja, retroagir desde a entrada em vigência do ato ou norma declarado inconstitucional.

⁴⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 894.

4.3.3.2 Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade foi trazida pela Emenda Constitucional nº 03/1993, que alterou a redação do art. 102 da Constituição Federal.

A doutrina à época demonstrou grande resistência ao novo instrumento, fundando seus argumentos, sobretudo, no fato de que não haveria necessidade de ser declarada a constitucionalidade de uma norma, pois esta já era presumida. No entanto, não concordamos com o referido posicionamento.

Ocorre que a presunção de constitucionalidade que manifestam as normas vigentes é de caráter relativo. Não se trata, portanto, de presunção absoluta, pois, caso esta fosse admitida, o próprio controle de constitucionalidade se tornaria desnecessário.

Conclusão mais acertada é a de que as normas vigentes no ordenamento jurídico gozam de presunção relativa de constitucionalidade, na medida em que a ação declaratória de constitucionalidade tem por finalidade atribuir o caráter de presunção absoluta de constitucionalidade, se julgada procedente, ou destituir a presunção relativa que recai sobre a norma, reconhecendo-a como inconstitucional, na hipótese de improcedência, ao que se convencionou denominar de “efeito ambivalente”.

Superada tal questão, convém-nos salientar que, assim como a ação direta de inconstitucionalidade, o instrumento em questão também é regulado pela Lei nº 9.868/99, porém, possui campo material mais restrito que aquela.

A despeito de possuir os mesmos legitimados constantes do art. 103 da Constituição Federal de 1988, a ação declaratória de constitucionalidade tem por objeto apenas leis e atos normativos federais, dotados, igualmente, de generalidade e abstração, excluindo-se deste rol as normas estaduais.

Outrossim, nos termos do art. 14, inciso III, da Lei nº 9.868/98, ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade, o ajuizamento da “ADEcon” exige que a demonstração de existência de controvérsia jurisprudencial acerca do tema.

4.3.3.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, presente na redação originária da Constituição de 1988 não era operacionalizada quando da entrada em vigor desta, pois prescindia de regulamentação por lei infraconstitucional. Com advento da Lei nº 9.882/99, o instrumento então passou a poder ser utilizado.

Apresenta como figuras legitimadas as mesmas previstas para o ajuizamento da ação direta e ação declaratória de constitucionalidade.

O art. 102, §1º da Constituição Federal elencou apenas uma modalidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Entretanto, com o advento da Lei nº 9.882/99, houve um alargamento do campo material deste instrumento de controle.

Ocorre que o art. 1º da referida Lei, ampliando os termos previsto na própria Constituição, passou a prever o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental tanto para ser evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, decorrente de ato do Poder Público em geral, como nas hipóteses em restar configurada relevante controvérsia constitucional decorre da aplicação de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição Federal de 1988.

De outro giro, nem a Carta da República, nem a lei infraconstitucional, dispuseram sobre o se entende pelo termo “preceito fundamental”. Desta forma, somente por meio de uma construção doutrinária e jurisprudencial se pôde alcançar um conceito relativamente seguro do termo.

Como se denota da própria análise literal de “preceito fundamental”, este faz transparecer uma ideia de algo essencial, indispensável, ou seja, algo de qual não se poderia abrir mão.

Partindo desta premissa, a doutrina convencionou denominar como preceito fundamental toda norma classificada como materialmente constitucional, ou seja, indispensáveis ao núcleo da Constituição enquanto Carta de Direito, destacando-se, dentre elas: os direitos fundamentais, os princípios fundamentais, normas constitucionais relativas à ordem social e econômica, entre outras.

Assim, qualquer ato do Poder Público, em sentido amplo, que afronte direitos reputados como materialmente constitucional poderá ser objeto de impugnação pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Já a segunda modalidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental, como vista, reserva-se à discussão de controvérsia dotada de fundamento constitucional, passando a abranger, além de leis ou atos normativos federais e estaduais, os municipais, inclusive anteriores à Constituição.

Em verdade, o emprego desta segunda modalidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental volta-se à discussão, sobretudo, acerca da recepção ou não das normas infraconstitucionais pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a partir de 05/10/1988, entrou em vigência uma nova ordem constitucional, dotada de novas normas, princípios e valores - que destoavam muito das constituições que antecederem, diga-se de passagem -, surgindo, assim, a necessidade de se verificar a compatibilidade das referidas normas e atos normativos já existentes frente à nova Constituição.

No entanto, os atos e normas elaborados na vigência das constituições anteriores apenas a elas deviam compatibilidade. Sendo assim, a constitucionalidade de normas anteriores à 05/05/1988 não pode ser questionada via ação direta de inconstitucionalidade, pois os parâmetros de checagem são outros. Logo, a incompatibilidade de ato ou norma anterior à Constituição Federal de 1988 não é caso de inconstitucionalidade, mas de não recepção, devendo ela ser atacada via arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.882/99.

5 CONCLUSÃO

Pelo panorama delineado no presente trabalho, denota-se, inicialmente, que o termo “Constituição”, enquanto documento fundante de um Estado Democrático de Direito, admite uma multiplicidade de significados, ligados aos seus fundamentos sociais, à sua posição no ordenamento jurídico e mesmo seu conteúdo.

Sem perder de vista esta pluralidade semântica, é forçoso reconhecer que definição mais precisa e adequada é aquela que conjugue todos os elementos, sejam eles sociais, políticos, jurídicos, entre outros, dada a amplitude e magnitude da qual se reveste a Lei Maior.

Neste mesmo contexto, surge como notório o fato de que o reconhecimento da superioridade da Constituição Federal face às demais normas e atos normativos presente no ordenamento jurídico é pressuposto de existência do controle de constitucionalidade em quaisquer de suas modalidades, sendo este o instrumento jurídico mais relevante e apto a garantir a superioridade da *Lex Major*.

Ainda, tem-se que somente em Estados que reconheçam a ordem constitucional superior às demais normas de seus respectivos ordenamentos é que se pode conceber a existência do controle de constitucionalidade, a exemplo do Brasil, França, Estados Unidos da América, Alemanha, entre tantos outros.

Por esta razão, no que tange ao modelo de controle de constitucionalidade pátrio, reconhece-se que este, ao se estruturar, empregou institutos referentes ao controle de constitucionalidade norte-americano ao tratar do controle de difuso, possibilitando o exercício do controle *in concreto* por qualquer juiz ou tribunal, além do modelo austríaco de controle *in abstracto*, idealizado pelo jurista Hans Kelsen, que se caracteriza por reservar o controle concentrado de constitucionalidade a único tribunal, especialmente destinado ao exercício desta função, qual seja, o Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Em pese a adoção de ambos os modelos, que não são excludentes entre si, frisa-se, deu-se origem a um controle *sui generis*, cuja detida análise do controle de constitucionalidade brasileiro permite concluir que este confere preponderância aos meios repressivos de controle, em detrimento dos meios preventivo, fato este que acarreta uma excessiva e desnecessária movimentação da máquina judiciária, que poderia ser evitada pelo aprimoramento dos meios

preventivos de controle, culminando com uma redução das demandas desta natureza e contribuindo para a celeridade processual e qualidade da prestação jurisdicional, ao passo que se resguardaria à apreciação do Pretório, casos que, efetivamente, devam ser apreciados pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Nada obstante, ao longo do trabalho aventou-se a possibilidade da utilização do Mandado de Segurança como meio destinado a barrar eventuais projetos de lei ou emendas constitucionais que veiculem matérias já reconhecidamente inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal por meio do controle difuso ou concentrado, objetivando a vedação ao retrocesso em matéria constitucional.

Não se trata, pois, de impedir ou criar embaraços ao legislador, mas expandir as hipóteses de cabimento do *writ* a outras possibilidades para além daquelas compreendidas no chamado “direito-função” atribuído aos parlamentares e já solidificado na jurisprudência do Pretório Excelso.

De outro giro, foram dedicadas páginas à análise de decisão da Corte Suprema que reconheceu a desnecessidade de notificação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade para fins do artigo 52, inciso X, da Carta da República, posicionamento com o qual concordamos.

Com efeito, o dispositivo constitucional que exige a notificação da casa legislativa para que suspenda, no todo ou em parte, norma declarada inconstitucional pelo Supremo em controle difuso de constitucionalidade se afigura como resquício histórico de um ordenamento jurídico no qual não havia um privilégio ao controle concentrado, caracterizado por sua eficácia *erga omnes*.

Logo, o mandamento contido no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal se justificava na necessidade de atribuição de efeito *erga omnes* ao controle difuso, então preponderante às constituições anterior a 1988. Porém, com advento da Constituição Cidadã, o controle concentrado em âmbito constitucional passou a se mostrar mais célere e eficaz, sendo amplamente reforçado pela legislação infraconstitucional por meio das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 que, inclusive, trouxeram a possibilidade de modulação dos efeitos no controle concentrado.

Por derradeiro, não se pode perder de vista que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é, de fato, moderno e bem desenvolvidos. No entanto, as referidas qualidades podem ser atribuídas tão somente aos mecanismos relacionados ao controle concentrado, haja vista que, sob uma ótica mais crítica, os

mecanismos de controle preventivo existem apenas de maneira formal, desprovidos de qualquer efeito prático relevante.

Portanto, a vista do exposto, dada a constante inovação das técnicas legislativas e da legislação, é necessária a presença de um controle de constitucionalidade forte e em constante evolução, de modo a ser preservar a superioridade da constituição e, sobretudo, os direitos e garantias fundamentais.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. **Estatuto Constitucional da Atividade de Televisão**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito Constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

AURENCHE, Guy. **A Atualidade dos Direitos Humanos**. São Paulo: Loyola, 1980.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional**. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CUNHA JR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 4ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2010.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. São Paulo: Ed. Nacional, 1934.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: tomo II: constituição e inconstitucionalidade**. 3. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RAMOS, Fernanda Rocha. **A evolução do entendimento do STF a respeito do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade (art. 52, inciso X, da Constituição Federal): análise crítica**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590401&seo=1>>. Acesso em: 17 fev. 2019

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEIS, Carlos. **“Direitos humanos contemporâneos”**. São Paulo: Malheiros, 1999.