

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**TRANSPOSIÇÃO DO CONTROLE DIFUSO PARA O CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Vinícius Vilela dos Santos

Presidente Prudente/SP

2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**TRANSPOSIÇÃO DO CONTROLE DIFUSO PARA O CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Vinícius Vilela dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.^o Sérgio Tibiriçá Amaral

Presidente Prudente/SP

2008

TRANSPOSIÇÃO DO CONTROLE DIFUSO PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

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

Sérgio Tibiriçá Amaral
Orientador

Gabriel Lino de Paula Pires
Examinador

Renata Calazans Nasraui
Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2008.

Dedico a presente pesquisa aos meus pais, pelo investimento, apoio e carinho dispensados à elaboração deste trabalho.

Todo direito que existe no mundo foi alcançado através da luta; seus postulados mais importantes tiveram de ser conquistados em um combate contra legiões de opositores; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma através de uma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustém em uma das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto a outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança

Rudolf Von Ihering, *A Luta pelo Direito*

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor da vida, por todos os momentos que até aqui passei, onde guiou meus passos e me deu força para prosseguir, mesmo nos momentos mais difíceis, Ele estava presente, me auxiliando, “me carregando em seus braços”.

Aos meus pais que sempre estiveram ao meu lado me incentivando. Por todo amor, carinho e esforço que dedicaram para que eu pudesse estar hoje onde estou: muito além de onde parti, porém muito aquém do objetivo. E a toda minha família.

Aos amigos de faculdade pelos debates e discussões que enriqueceram o conhecimento jurídico, também pelos momentos de descontração.

Aos amigos do ônibus, com quem reparti diariamente esses anos de faculdade.

Aos não somente colegas, mas amigos que trabalharam e trabalham na Promotoria de Justiça de Presidente Epitácio, pelo companheirismo e edificação intelectual, em especial ao Dr. Gabriel e à Dra. Renata que aceitaram o convite de comporem a banca examinadora dessa monografia.

Ao orientador Sérgio Tibiriçá Amaral pela atenção e paciência durante o desenvolvimento deste trabalho e durante todo o curso.

A todos aqueles que contribuíram de alguma forma para a confecção deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho aborda o objetivo e as espécies de controle de constitucionalidade existentes. Faz-se um apanhado histórico de suas origens, e, em especial, se aborda a nova tendência pretoriana de conceder os efeitos do controle concentrado para o controle difuso de constitucionalidade.

Como proposta metodológica, utiliza-se pesquisas em bibliografias pátrias e estrangeiras, trabalhando com o método dedutivo e indutivo, buscando reflexão e conclusões sobre o assunto abordado. Examina-se, outrossim, legislação e julgados pertinentes.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Controle de Constitucionalidade. Controle Concentrado. Controle Difuso. Transposição de efeitos.

ABSTRACT

The present work approaches the objective and the existent species of constitutionality control. It is made a picked report of their origins, and, especially, the new tendency of the cut is approached of granting the effects of the concentrated control for the diffuse control of constitutionality.

As methodological proposal, is used researches in bibliographies homelands and foreigners, working with the deductive and inductive method, looking for reflection and conclusions on the approached subject. It is examined, likewise, legislation and judged pertinent.

WORD-KEY: Constitution. Control of Constitutionality. Concentrated control. Control Diffuse. Transposition of effects.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU – Advogado Geral da União

Art. (s) – Artigo (s)

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário da Justiça

EC – Emenda Constitucional

LADPF – Lei da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº 9882/99)

Min. – Ministro

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

RiSTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RTJ – Revista Trimestral dos Tribunais (STF)

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	Introdução.....	10
2	Constituição	13
3	Considerações Gerais sobre Controle de Constitucionalidade.....	16
4	Histórico do Controle de Constitucionalidade	19
4.1	Controle Norte-Americano – <i>Marbury v. Madison</i>	19
4.2	Controle Austríaco	21
5	Controle de Constitucionalidade dos Atos Normativos	23
5.1	Controle Preventivo.....	23
5.2	Controle Repressivo	25
6	Espécies de Controle Repressivo de Constitucionalidade	27
6.1	Via Difusa.....	27
6.1.1	Repercussão Geral.....	29
6.2	Via Concentrada	31
6.2.1	Ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADIn).....	32
6.2.2	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIn por omissão).....	36
6.2.3	Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.....	37
6.2.4	Ação declaratória de constitucionalidade (ADECON)	39
6.2.5	Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).....	40
6.2.5.1	Arguição Incidental	44
7	Transposição do Controle Difuso para o Controle Concentrado	46
8	Conclusões.....	53
9	Referências Bibliográficas	55

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal possui superioridade ante as demais leis de nosso sistema jurídico. Com efeito, todas as demais leis “abaixo” da Constituição devem a esta obedecer, não contrariando seus ditames. Vigorando, pois, o princípio da supremacia da “Lei Maior”.

Devido à necessária obediência à Constituição, podem surgir normas no ordenamento que afrontem a Carta Política. Como remédio jurídico para esta afronta há o controle de constitucionalidade repressivo e preventivo.

No arcabouço jurídico pátrio, está previstas várias formas de controle de lei ou ato do Poder Público que contradizem a Carta Magna.

Neste sentido, se mostra necessário o estudo das origens e espécies do controle de constitucionalidade.

Portanto, desenvolveu-se a análise de sua contextualização no direito pátrio, sua evolução e seus contornos atuais. Em especial, com a análise do controle jurídico de constitucionalidade em suas duas subespécies, concentrado e difuso, em especial o primeiro no tocante ao controle incidental feito pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Particularmente, abordou-se a transposição dos efeitos do controle difuso para o controle concentrado e a vinculação dos juízes de primeiro grau à decisão proferida naquela forma de controle. Trata-se de um modelo presente na Alemanha, que tem como objetivo facilitar a rapidez dos julgamentos, que somente agora começam a surgir.

A pesquisa foi fundamentada em obras de autores de renome na área, os quais citamos Luiz Alberto David Araújo, Alexandre de Moraes, André Ramos Tavares e Gilmar Ferreira Mendes, bem como textos contidos nas Revistas específicas, principalmente as de Direito constitucional, legislação vigente no País e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No que pertine a proposta metodológica, trabalhamos com pesquisa bibliográfica e método dedutivo e indutivo, buscando reflexão e conclusões sobre o assunto abordado.

A idéia de Constituição como documento jurídico maior dentro do ordenamento jurídico implica em normas constitucionais dotadas de posição hierárquica superior às demais normas.

Além da superioridade das normas constitucionais, tais normas são dotadas de autoprímazia normativa, isto é, a sua validade não deriva de outras normas, constituindo *normae normarum*, ou norma das normas, pois são fontes primárias de produção jurídica.

As normas constitucionais, por seu status normativo, dispõe, ao menos nos sistemas de constituição rígida, de mecanismos de alteração ou reforma. O controle de constitucionalidade vem incidir justamente nestas alterações, já que as normas constitucionais originárias não são passíveis de controle constitucional.

Com vistas a melhor controlar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, com o passar dos anos, o Constituinte e o legislador pátrios foram inserindo novas formas de controle.

Há no Brasil, atualmente, duas formas de controle constitucional de leis: político, feito pelo Poder Legislativo, e jurídico, realizado pelo Poder Judiciário.

O controle jurídico de constitucionalidade por sua vez se divide, basicamente, em outros dois: difuso, realizado em casos específicos como exceção nos processos em geral e feito por juízes e tribunais, e o controle concentrado, que ataca diretamente a norma dita inconstitucional realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Apreciou-se a transposição do controle difuso para o controle concentrado de constitucionalidade e suas implicações, bem como uma possível inconstitucionalidade dessa transposição que, em tese, fere princípios constitucionais.

Ponderou-se, também, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como análise desse chamado controle incidental e seus reflexos

de natureza endo-processual e extra-processual. Além de Lei 9882/99, que trouxe a referida novidade.

Utilizou-se o método indutivo e dedutivo usando a doutrina pátria e estrangeira, além da jurisprudência, desenvolvendo amplo estudo referente às leis que regulam o assunto, julgados e doutrina.

As buscas e coletas de informações foram realizadas nas Bibliotecas de Faculdade de Direito de Presidente Prudente, bem como de outras Faculdades de Direito, sendo elaboradas pesquisas via Internet na jurisprudência dos tribunais, e ainda em revistas especializadas “on-line”.

Pelo método dedutivo, procurou-se explanar acerca do controle de constitucionalidade, sua origem, contornos e fins, considerando como metodologia o estudo de leituras direcionadas com fito de angariar subsídios teóricos, análise e redação da monografia.

2 CONSTITUIÇÃO

Por primeiro, impende esclarecer o sentido da palavra “Constituição”, que pode apresentar vários significados, que não interessam nesta apreciação acadêmica.

O termo “Constituição” é encontrado já em Roma, com a expressão “*constitutiones principum*”, contudo indicava apenas atos, com valor de lei, editados pelo Imperador. Nessa época, a expressão “constituição” não representava o Estatuto de um Estado.

A definição do termo “constituição” é complexa e problemática. Para JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (1986, p. 6-7), “*Constituição é o nomen juris que se dá ao complexo de regras que dispõe sobre a organização do Estado, a origem e o exercício do Poder, a discriminação das competências estatais e a proclamação das liberdades públicas*”.

Consoante doutrina do professor JOSÉ AFONSO DA SILVA (2003, p. 37-38):

A constituição de um Estado é “um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias”.

Ainda, segundo PAULO BONAVIDES (2000, p. 63):

A palavra Constituição abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível – a Constituição em sentido etimológico, ou seja, relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintiva – até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição política, isto é, a Constituição do Estado.

Importante trazer à baila os diversos aspectos dados ao termo “Constituição”:

Na concepção sociológica, a Constituição é o reflexo das tendências sociais que estruturam a organização do Estado.

No sentido político, Constituição é um documento que provém de um Poder Soberano, que se faz preponderar, e assim, produzindo, assim, a estrutura do Estado, definindo, dentre outros temas, a forma de seu exercício, titularidade do poder, direitos e garantias individuais.

E, por fim, em um enfoque jurídico, consoante LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO (2005, p. 3), “a Constituição é o conjunto de normas que se situa num plano hierarquicamente superior a outras normas.”

Em suma, embora haja uma grande diversidade de conceitos apresentados pela doutrina, podemos concluir que, basicamente, constituição é um complexo de preceitos legais, oriundos de um “poder constituinte”, que serve de base, de organização, de formação de um Estado, é a lei fundamental da sociedade politicamente e juridicamente organizada.

Oportuno destacar o ensinamento do mestre HANS KELSEN (1999, p. 247-248):

Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como “Constituição” que – como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos.

Historicamente, é importante lembrar a *Magna Charta Libertatum*, imposta pela burguesia britânica ao Rei João Sem-Terra, em 1215. Essa expressão é utilizada até os dias atuais para designar o documento legal máximo de uma nação.

A origem das Constituições, tal como são percebidas atualmente, é identificada nas constituições dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791).

A constituição norte-americana foi promulgada após a independência das 13 Colônias, onde há um pacto federativo e o estabelecimento de direitos fundamentais. Note-se que os direitos fundamentais estão nas emendas, pois no corpo original da Constituição havia apenas a organização e funcionamento do Estado. Foi feita uma nova reunião da assembléia, a fim de colocar uma carta de direitos.

A “constituição francesa” conhecida por “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que surgiu a partir da Revolução Francesa, trazia um núcleo de direitos e garantias fundamentais do cidadão e na estruturação política, administrativa e jurídica do Estado. Além disso, os franceses asseguraram direitos e garantias não apenas para os cidadãos franceses, mas para o gênero humano, demonstrando uma evolução em relação ao documento norte-americano.

Essas constituições além de serem documentos escritos apresentam duas características marcantes, onde podemos observar a essência do conceito moderno de constituição: *previsão de direitos e garantias fundamentais para a organização do Estado e limitação do poder estatal.*

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade exerce uma posição de delimitador do horizonte de possibilidades para elaboração de leis ou atos normativos, ou seja, o controle de constitucionalidade visa aperfeiçoar a adequação das demais normas com a constituição, garantindo-se, dessa forma, a unidade e harmonia do sistema jurídico.

O controle de constitucionalidade assume, portanto, papel de guardião da constituição, orientando-se pelos pressupostos da supremacia e a rigidez constitucional.

Nas Constituições rígidas, ou seja, aquelas que exigem um procedimento legislativo mais rigoroso para sua alteração do que o estipulado para a mudança das leis ordinárias, se organiza uma espécie de pirâmide normativa, em cujo cume se localiza a Constituição, devendo todos os demais atos normativos estar com ela compatíveis.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO (1999, p. 158):

Já a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem *quorum* e procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstâncias.

Portanto, exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos significa aprimorar sua obrigatória conformidade com a Carta Magna. Sem um eficaz controle de constitucionalidade das leis e atos normativos a Constituição torna-se mais uma norma dentre tantas outras no ordenamento, não passando de um belo documento de intenções, sem uma aplicabilidade veraz.

A Constituição irradia para o ordenamento jurídico a autoridade de suas disposições, dando sustentáculo jurídico e legitimando o conteúdo e forma das normas infraconstitucionais.

Como bem observado pelo Professor MICHEL TEMER (1993, p. 40), "*controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição*".

Outrossim, assenta ALEXANDRE DE MORAES (2003, p. 578), que:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito

Sobre o escalonamento de normas e o dever de compatibilidade das normas inferiores em relação às superiores, é profícuo, outrossim, o ensino de HANS KELSEN (1999, p. 247):

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Esse dever de compatibilidade das leis e atos normativos com a *Lex Major* deve obedecer dois parâmetros: formal e material.

O âmbito formal diz respeito às regras referentes ao processo legislativo, isto é, aos meios constitucionais aptos para inserir normas no sistema normativo, ou seja, à forma de inserção de normas no ordenamento jurídico. A não observância dessas regras procedimentais gera inconstitucionalidade formal.

Já o requisito material diz respeito ao conteúdo, à matéria das normas. Logo, a matéria de uma norma infraconstitucional não pode se opor ao conteúdo de

sua matriz constitucional. As normas infraconstitucionais contraproducentes materialmente à Constituição padecem de inconstitucionalidade material.

Conforme LUÍS ROBERTO BARROSO (1999, p. 159):

Saindo do plano da teoria geral e das considerações metajurídicas, a supremacia constitucional, em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade *formal* identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade *material* subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição. A inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagram um mecanismo de proteção da Constituição, conhecido na sua matriz norte-americana como *judicial review*, e batizado entre nós de controle de constitucionalidade.

É oportuno advertir que, uma vez flagrada a inconstitucionalidade de um ato normativo, deve ser este reconhecido como inválido, obstando, assim, um contra-senso no sistema normativo, porque a entrada em vigor desta norma inconstitucional gerará, por certo, insegurança jurídica.

É importante ressaltar, também, que há uma presunção relativa de constitucionalidade das leis, embora desde a Emenda n. 3, de 1993, haja uma relativização. A referida mudança trouxe ao ordenamento à Ação Declaratória de Constitucionalidade, que acaba em termos com a presunção de constitucionalidade no Brasil, pois permite uma apreciação do STF.

4 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Controle Norte-Americano – *Marbury v. Madison*

Em 24 de setembro, George Washington, então presidente norte-americano, sancionou a Lei Judiciária de 1789 nomeando Juízes (*Justices*) para a Corte Suprema daquele país.

Com a posse do terceiro presidente dos Estados Unidos da América, John Quincy Adams, John Marshall, ex-advogado e ex-parlamentar, foi elevado à suprema magistratura em 1801, quase ao findar-se o mandato de Adams, conforme narração histórica trazida LÊDA BOECHAT RODRIGUES (1958, p. 34)

Já no final do mandato de Adams, como os federalistas foram vencidos nas eleições, este procuraram, no pouco tempo restante de governo, entrincheirar-se nos tribunais. Uma nova Lei Judiciária foi sancionada com o escopo de estender o Judiciário, instituindo inúmeros cargos de juízes. No dia anterior à posse de Thomas Jefferson, vencedor das eleições, até às 21 horas Adams ainda fazia nomeações, os últimos juízes nomeados foram chamados pelos republicanos de “juízes da meia-noite”.

John Marshall desempenhou extraordinária função na Suprema Corte americana, tomando a si a tarefa de redigir a maior parte dos acórdãos importantes desta Corte. É dele, também, a autoria de uma das maiores contribuições americana ao direito constitucional: o poder jurisdicional de controle da constitucionalidade das leis, no caso *Marbury v. Madison*.

Consoante descreve LÊDA BOECHAT RODRIGUES (1958, p. 35-36):

As circunstâncias do caso podem ser assim muito ligeiramente sumariadas: *Marbury* fora legalmente nomeado, em 1801, nos últimos dois dias do governo de Adams, juiz de paz do Distrito de Columbia. *Madison*, Secretário do Governo, seguindo instruções de *Jefferson*, o novo Presidente, negou-lhe a posse. Requerida ordem de *mandamus* contra *Madison*, este não se defendeu e deixou a causa correr à revelia. Em 1802, nos jornais e no Congresso foi a Corte violentamente atacada, sugerindo *James Monroe* o

impeachment contra os seus juizes, se ousassem '*aplicar os princípios da Common Law à Constituição*'.

Diante desse imbróglio, a Corte Suprema, de maneira hábil, decidiu que *Madison*, na realidade, agira ilegalmente ao negar posse a *Marbury*. Contudo, havia remédio para tal caso, o *mandamus*, pelo qual se poderia compelir *Madison* a empossar *Marbury*. Porém, não era cabível o *writ*, porque pedido diretamente à corte máxima, que tinha competência originária estritamente definida na Constituição e não podia ser ampliada pela Lei Judiciária de 1789. Portanto, era inconstitucional o artigo 13 desta lei, uma vez que atribuía à Corte Suprema competência originária para expedir *mandamus*.

Citando MARSHALL, LÊDA BOECHAT RODRIGUES (1958, p. 37-38) transcreve:

É, sem dúvida, da alçada e dever do Poder Judiciário declarar a lei. Aqueles que a aplicam a casos particulares devem, necessariamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de ação (...) Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, **os tribunais devem ter em vista a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso a que ambas dizem respeito (...)** A redação da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, suposto essencial em todas as Constituições escritas, **de que uma lei contrária à Constituição é nula**; e que os tribunais, da mesma forma que os outros departamentos do Governo, devem obediência àquele instrumento. (grifos e omissões nossas).

Ante esse embate, não apenas judicial, mas precipuamente político, foi que *Marshall*, através da discussão do mérito, mostrou que *Madison* havia cometido uma ilegalidade, contudo a Corte Suprema carecia de competência para corrigir essa injuridicidade, declarando, assim, inconstitucional o artigo 13 da Lei Judiciária de 1789, uma vez que patentemente adverso à Constituição.

Essa decisão foi inaugural no âmbito do controle de constitucionalidade judicial, asseverando que os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, devem submissão à Constituição, lei maior da nação. Aqui começa uma forma de controle de constitucionalidade em que todo magistrado ou Tribunal tem o direito-dever de se manifestar sobre a compatibilidade das demais normas e atos com a Constituição, sendo que essa decisão deve se restringir apenas ao caso concreto (*inter parts*).

Oportuno comentar que os juízes e os Tribunais devem ser provocados em questão preliminar sobre a (in)constitucionalidade de determinada norma, caso não haja essa provocação os julgadores estarão impedidos de analisar se a norma no caso *sub judice* encontra ou não embasamento da Carta Magna.

O Brasil adota esse modelo de controle de constitucionalidade desde a Constituição de 1824 até a atual Constituição de 1988, permitindo, assim, a todos magistrados e cortes brasileiros a análise da constitucionalidade de uma norma no caso em concreto.

4.2 Controle Austríaco

A Constituição austríaca de 1920 criou o Tribunal Constitucional que possui competência exclusiva para o exercício do controle judicial das normas, segundo preconizava Hans Kelsen, que trabalhou doutrinariamente a idéia de estabelecer limites e um órgão próprio para realizar a checagem.

O controle austríaco se opõe ao norte-americano, pois este decidia sobre a constitucionalidade nos casos concretos, enquanto a Tribunal Constitucional austríaco possui exclusividade para exercer o controle concentrado de constitucionalidade, decidindo abstratamente sobre a anulação de leis ou atos normativos contrários à Constituição.

Explica José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p.892):

A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controle constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma atividade judicial.

Contudo, o Tribunal Constitucional somente poderia analisar a inconstitucionalidade da norma impugnada de forma abstrata, ou seja, a questão jurídica, devolvendo, posteriormente, a resolução da matéria fática ao juízo

competente para proceder ao julgamento. Ademais, a análise da constitucionalidade só poderia ocorrer mediante provocação, por meio de um pedido formal, de um dos legitimados para tanto.

Assim, os juízes e tribunais não tinham competência para, em um caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma norma.

Por este sistema, as decisões de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional possuem o efeito *ex nunc*, ou seja, a lei impugnada é válida enquanto não for declarada sua inconstitucionalidade, e a decisão possui, também, efeito *erga omnes*.

5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS

O modelo de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988 admite a forma preventiva de controle, isto é, a fiscalização da constitucionalidade é realizada quando do processo de criação da norma, e, também, a forma repressiva, ou seja, quando a norma inconstitucional já adentrou no ordenamento jurídico.

Ademais, a atual Carta Política conjuga os modelos de controle de constitucionalidade difuso, em que todos os órgãos do Poder Judiciário podem realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, e o concentrado, no qual o controle de constitucionalidade é realizado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

5.1 Controle Preventivo

É o meio inicial para se impedir que uma norma considerada inconstitucional adentre ao sistema jurídico. Dá-se antes ou durante o processo legislativo. Visa impedir que um ato normativo inconstitucional entre no ordenamento jurídico.

Como ensina ZENO VELOSO (2003, p. 155), o controle preventivo ocorre:

[...]Quando a lei ou ato normativo ainda não entrou em vigor, melhor dizendo, encontra-se em processo de formação. O objetivo desse tipo de fiscalização é, justamente, o de evitar que ingresse no ordenamento jurídico, produzindo efeitos, normas inconstitucionais

Concomitante com a iniciativa legislativa, os detentores do poder de principiar o processo devem analisar a compatibilidade do projeto com a Carta da República.

Ainda no processo legislativo, o projeto de lei ou emenda à Constituição deve passar pelas Comissões de Constituição e Justiça de ambas as Casas Legislativas que verificarão a adequação do projeto aos quesitos formais e materiais exigidos Lei Maior. Contudo, o parecer dessas comissões não é vinculativo.

Por fim, o processo legislativo oferece ao Presidente da República dois procedimentos: a sanção e o veto. Este tolhe a aprovação da norma, podendo ter duas justificativas, a contrariedade ao interesse público (veto político) ou a inconstitucionalidade do projeto (veto jurídico)¹. Somente este último veto configura controle de constitucionalidade propriamente dito, uma vez que a falta de “interesse público” geralmente é baseado na falta de verbas. A sanção presidencial, por sua vez, aprova a lei que, a partir de sua publicação, passa a vigorar. Pode haver ainda a chamada sanção tácita, ou seja, quando o Chefe do Executivo permanece inerte não se manifestado sobre a aprovação do projeto.

Tendo o projeto sobrepujado estas barreiras, conclui-se a etapa preventiva de controle constitucional, que, *a priori*, não é jurisdicional.

Contudo, a despeito dessa etapa do controle de constitucionalidade ser, sobretudo, política, o Pretório Excelso tem entendido que essa fase fiscalizadora do processo legislativo pode ocorrer por via judicial, quando existir proibição constitucional para o trâmite da proposta legislativa.

A Constituição Federal, em seu artigo 60, § 4º, por exemplo, veda qualquer deliberação de emenda constitucional propensa a suprimir bens garantidos por cláusula pétrea²

¹ “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente [...]” Art. 66, § 1º, da Constituição Federal.

² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

Como aludido por LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO (2005, p. 27): *“cuida-se, em outras palavras de um ‘direito-função’ do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido”*.

Esse “direito-função” é assegurado aos parlamentares pela via de exceção, para que sequer seja colocado em pauta, nesse caso, deliberação proposta de emenda tendente a abolir um dos incisos do artigo 60 da Carta Magna, uma vez que a Mesa Diretora da Casa Legislativa estará cometendo uma ilegalidade (inconstitucionalidade) ao discutir tal proposta. É a hipótese de cabimento de Mandado de Segurança pelo interposto pelo Parlamentar contra sua própria Casa.

É conveniente apresentar, também, o modelo de controle de constitucionalidade francês, que prevê um controle preventivo a ser exercido por um Conselho Constitucional. Esse Conselho atua, desde que provocado pelo Governo ou pelo Presidente de uma das Casas legislativas, na análise da constitucionalidade de qualquer projeto legislativo, antes de sua promulgação.

5.2 Controle Repressivo

Esta espécie de controle processa-se junto ao Poder Judiciário por duas vias (difusa e concentrada) cujo escopo peculiar é a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, já que esta norma conseguiu ultrapassar a barreira preventiva, passando por todo o processo legislativo declinado alhures.

Nesse tema, LUIS ROBERTO BARROSO (1999, p. 162) leciona que:

É evidente atribuição e dever do Poder Judiciário dizer o direito. E aqueles a quem compete aplicar uma regra a casos concretos devem, necessariamente, interpretar esta regra. Se duas leis conflitarem entre si, os tribunais devem decidir sobre a incidência de cada uma. Então, se uma lei estiver oposição à constituição; se ambas se aplicarem a um determinado caso, exigindo que o tribunal decida ou de acordo com a lei, sem atenção à constituição, ou na conformidade da constituição, sem atenção à lei, cabe ao tribunal determinar qual destas regras conflitantes se aplica ao caso. Esta é a essência da função judicial. Se, então, os tribunais devem observar a constituição e a constituição é superior a qualquer lei ordinária emanada

do Legislativo, a constituição, e não a lei ordinária, é que dever reger o caso ao qual ambas se aplicam (...). Assim, a particular fraseologia da constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que toda lei contrastante com a constituição é nula.

Importante advertir sobre o disposto no art. 97 da Constituição Federal que consolida uma regra geral, válida para as duas vias, pela qual os tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de uma norma pelo voto da maioria absoluta de seus membros, é o chamado *princípio da reserva de plenário*. O Supremo, por sua vez, entende que se já se manifestou a respeito do caso, a chamada “reserva de plenário” não é exigida nas demais cortes.

Vale destacar que há nações em que o controle repressivo de constitucionalidade é feito por meio diverso do Poder Judiciário, ou seja, por um meio político, a exemplo do que ocorre na França em que há um Conselho Constitucional que controla a constitucionalidade das normas infraconstitucionais, de forma preventiva inclusive.

Existe, também, o sistema misto de controle constitucional em que o controle de constitucionalidade fica tanto a cargo do Poder Judiciário como a cargo de um órgão político, como é observado na Suíça.

Analisemos, pois, no próximo capítulo, as espécies de controle repressivo de constitucionalidade, que se dividem em dois grupos.

6 ESPÉCIES DE CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

6.1 Via Difusa

Também denominada *indireta, de exceção* ou *de defesa*, consiste na argüição de inconstitucionalidade de um ato legislativo ou normativo dentro de um processo judicial comum, ou seja, discute-se a constitucionalidade no caso concreto. Nesse tipo de controle, qualquer juiz ou tribunal no caso concreto pode declarar a inconstitucionalidade por meio de qualquer instrumento jurídico cabível.

Essa modalidade de controle de constitucionalidade é tradicional no Brasil, uma vez que se adota essa forma de controle desde a Constituição de 1891.

Os efeitos dessa decisão atingem, a princípio, tão somente às partes litigantes. Por este motivo, essa forma de controle é conhecida com via de exceção.

A exceção de inconstitucionalidade pode ser alegada nas mais variadas espécies de ações judiciais.

Nos dizeres de VICENTE PAULO e MARCELO ALEXANDRINO (2007, p. 753):

No controle difuso, busca-se subtrair alguém aos efeitos de uma lei declarada inconstitucional, garantindo-se em conseqüência direito subjetivo de uma das partes, liberando-a do cumprimento de uma lei inconstitucional.

O foro competente para conhecer da via difusa de controle constitucional é o juízo ordinário. Desta forma, qualquer juízo, de qualquer instância, poderá declarar uma norma inconstitucional, posto que esta declaração só tenha eficácia *inter parts*.

A decisão do Poder Judiciário para o caso concreto será sempre *incidenter tantum* (incidental), isto é, será pressuposto para o julgamento da lide. A declaração de (in)constitucionalidade precede o mérito da demanda. A norma

declarada inconstitucional, portanto, continua produzindo efeitos a terceiros. Não é, até então, extirpada do ordenamento jurídico.

Sabe-se, contudo, que a querela sobre a inconstitucionalidade pela via difusa pode chegar ao Supremo Tribunal Federal, por via de recurso pela parte interessada (geralmente, Recurso Extraordinário), ou pela competência originária do Pretório Excelso. No caso de a questão chegar à Corte máxima do país, não retira a eficácia *inter parts* da decisão, contudo, o STF, caso declare a norma inconstitucional, deverá informar ao Senado Federal sobre a decisão e este, utilizando-se da competência do art. 52, X, da Constituição Federal³, tem a faculdade de suspender a execução da norma. Caso o Senado delibere por suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional, o fará por resolução, que terá efeito *erga omnes* e *ex nunc*, ou seja, para todos os cidadãos e a partir de sua edição.

Nesse sentido, NELSON NERY (1999, p. 178) leciona que:

Controle concreto. O controle concreto é feito em cada caso levado ao Poder Judiciário, tendo a inconstitucionalidade da lei como *causa de pedir*, isto é, fundamento do pedido, mas nunca o pedido em sentido estrito. A decisão judicial que proclamar ser inconstitucional a lei fará coisa julgada apenas entre as partes. Quando proclamada *in concreto*, mas pelo STF, este remeterá o acórdão ao Senado Federal, que emitirá resolução suspendendo a execução da lei no País (art. 52, X, da CF). Só a decisão do STF em ADIn faz coisa julgada *erga omnes* e retira da lei declarada inconstitucional toda a sua eficácia em todo o território nacional.

Adverta-se, no entanto, que esta competência do Senado de suspender a execução da lei inconstitucional, segundo majoritária doutrina, cuida-se de ato discricionário, ou seja, a mencionada Casa de Leis não está obrigada a acatar a decisão do STF, a edição desta resolução depende do critério da oportunidade e conveniência a ser analisado pelo Senado Federal.

É importante anotar que essa comunicação ao Senado Federal ocorre para se preservar o sistema constitucional adotado do “check and balances”, isto é,

³ *Compete privativamente ao Senado Federal:*

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

sistema de freios e contrapesos, inspirado no modelo norte americano, em que um Poder é controlado por outro.

6.1.1 Repercussão Geral

O nosso Código de Processo Civil data de 1973, e, desde 1994, vem sofrendo diversas alterações substanciais a fim de atualizá-lo à atual conjuntura jurídico-social da nossa sociedade.

Dentre essas mudanças processuais o legislador, ao editar a Lei nº 11.418/06, adicionou mais um requisito de admissibilidade ao Recurso Extraordinário, consoante dispõe o artigo 543-A e seus parágrafos do CPC:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Conforme explanado quando da análise do controle difuso de constitucionalidade, o Recurso Extraordinário é o principal instrumento processual

apto a levar ao Supremo Tribunal Federal a análise da constitucionalidade em casos concretos (de forma incidental).

Os RE's passaram, com o decorrer dos anos, a sofrer larga utilização com o intuito de procrastinação do feito e como demonstração de não concordância da sucumbência sofrida (especialmente quando a questão constitucional não opera qualquer modificação na conclusão do feito).

Assim, além de funcionar como um sistema de seleção aos recursos que devam subir à Corte máxima do nosso país, o desígnio fundamental da exigência de comprovação da repercussão geral nos RE's é corolário da tendência pretoriana em transformar o Recurso Extraordinário (controle difuso de constitucionalidade) em instrumento de controle objetivo de constitucionalidade, no qual a decisão sobre a constitucionalidade é tomada em abstrato.

Vale destacar que o Recurso Extraordinário é excepcional e se limita exclusivamente à apreciação de questão de direito⁴.

Por primeiro, não é supérfluo enumerar os pressupostos processuais exigidos para interposição de Recurso Extraordinário: i) cabimento; ii) legitimidade recursal; iii) interesse recursal; iv) regularidade formal; v) tempestividade; vi) preparo; vii) inexistência de fato impeditivo ao direito de recorrer; e, por fim, o novo requisito, viii) enfrentamento da questão constitucional da decisão recorrida.

É cogente, também, ressaltar algumas características peculiares do RE.

A argüição de repercussão geral deve constar expressamente e como preliminar em tópico próprio nas razões do recurso. Deve-se demonstrar a relevância no ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que o objeto do recurso extrapola o interesse das partes atingindo o interesse o público. Não demonstrados esses requisitos o STF não julgará o recurso.

É considerado como possuidor de repercussão geral o recurso que ataca decisão monocrática ou colegiada que contraria a jurisprudência dominante do STF ou súmula desta Corte, de modo a unificar a interpretação jurisprudencial.

⁴ STF Súmula 279: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário."

O art. 543-A, § 6º, CPC, prevê a possibilidade de manifestação de terceiros na análise da repercussão geral. Essa hipótese é utilizada em situações que existem vários recursos com a mesma controvérsia. Esses terceiros são os chamados “*amicus curiae*”. Os “amigos da corte”, são chamados ao processo para emitirem juízos técnicos e auxiliarem os Ministros na decisão. A figura, que já era conhecida nos Estados Unidos, acabou sendo acolhida pela doutrina e jurisprudência pátrias, com a finalidade de auxiliar as decisões da mais alta corte. Não se trata de intervenção assistencial de terceiros como prevê o Código de Processo Civil, mas de um tipo diferente de participação, que tem por objetivo auxiliar em casos de difícil compreensão.

Se a Turma decidir por no mínimo quatro votos favoráveis ao reconhecimento da repercussão geral, será dispensada a remessa do recurso ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Uma vez declarada a ausência de repercussão geral pelo Plenário do Supremo, o recurso não será conhecido. Os efeitos do não reconhecimento serão aplicados automaticamente a todos os recursos com a mesma controvérsia, que serão indeferidos liminarmente.

De outra banda, reconhecida a repercussão geral os recursos que ficaram paralisados nos Tribunais serão por estes julgados conforme a orientação do STF.

6.2 Via Concentrada

Também designada como *direta, de ação* ou ainda de *controle abstrata* foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela EC nº 16/65, na Constituição de 1946. O referido controle teve origem na Europa, na Constituição da Áustria de 1920. Essa via de controle constitucional pressupõe uma ação judicial com escopo singular de declarar a (in)constitucionalidade da norma que é ré desta demanda.

Nesse sentido ensina ALEXANDRE DE MORAES (2003, p. 606):

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidade da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

O Constituinte originário trouxe duas formas de controle de constitucionalidade pela via concentrada, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A primeira ação teve aplicabilidade imediata tendo em vista que a legislação infraconstitucional regularizava a ADIn. A segunda forma de controle concentrado, ADPF, foi trazida no texto original da Constituição Federal de 1988, entretanto, só foi operacionalizada pela Lei nº 9.882 de 1999.

Uma terceira espécie de controle abstrato foi introduzida no arcabouço jurídico pátrio pelo Constituinte em 1993 através da Emenda Constitucional nº 3, que é a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON), esta espécie utilizou-se das normas atinentes à ADIn. Para a atualização das normas regulamentadoras dos controles de constitucionalidade (ADIn e ADECON), surgiu a Lei nº 9.868 de 1999.

Não se olvide que é mister a existência de uma norma dotada de generalidade e abstração para que se proceda ao controle concentrado através da ADIn e da ADECON.

Antes de analisar cada espécie do controle direto de constitucionalidade, observemos que a viabilidade deste controle depende do concurso de alguns requisitos, quais sejam, a existência de lei ou ato normativo dotados de generalidade e abstração, o questionamento da compatibilidade da lei ou ato normativo com um dispositivo constitucional que lhe sirva de parâmetro, Supremo Tribunal Federal como único foro competente, efeito *erga omnes*, meios processuais específicos – ADIn, ADECON e ADPF – e autores legitimados constantes em rol exaustivo previsto da Constituição

6.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADIn)

O Brasil adotava, com exclusividade, a forma difusa de controle de constitucionalidade, ou seja, o controle de constitucionalidade dos atos normativos era realizado por qualquer juiz ou Tribunal, sendo que o STF só conhecia do controle por via recursal, se manifestando como última instância do Poder Judiciário.

A partir de 1965, com a Emenda Constitucional n. 16, foi incorporada no arcabouço jurídico pátrio a ação direta genérica de inconstitucionalidade, passando, assim, a acolher o método concentrado de controle constitucional.

A atual Constituição Federal prevê a ação direta de inconstitucionalidade, cabível contra atos normativos ou leis federais e estaduais, no seu artigo 102, I, a.⁵

Como visto no mencionado artigo constitucional, compete, originaria e exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a ADIn.

Diferente do controle difuso, o objeto principal da ação é a declaração de inconstitucionalidade da norma, inexistindo caso concreto a ser resolvido. O autor da ação requer que o Supremo analise a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, ou seja, o Pretório Excelso examinará a norma *em tese*, a fim de que impeça a aplicabilidade de um ato adverso à Constituição, para assegurar a segurança jurídica nacional.

Portanto, toda lei ou ato normativo *lato sensu*, federal ou estadual, são passíveis de ação direta de inconstitucionalidade, conquanto, por lógica, sejam posteriores à CF-88, não tenham sido revogados e cuja eficácia não tenha se esgotado. Se o objeto da ação foi anterior a 1988 entende-se que não foi recepcionado pela atual Carta Política. Se a norma tiver sido revogada ou tiver a eficácia esgotada, o STF não admite a ADIn por falta do objeto. Da mesma forma se durante o trâmite da ADIn a norma for revogada, perde-se o objeto da ação.⁶

Nesse sentido, PEDRO LENZA (2008, p. 94) assevera que:

⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

⁶ ADIn 709, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ, 20 maio 1992, p. 12248; ADIn 262, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 8 março 1993; ADIn 712, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 25 fevereiro 1993, p. 2287.

Pode-se afirmar, então, que nos caso de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, de revogação da lei anterior pela nova Constituição, por falta de recepção. Nessa situação, acrescente-se, inadmite-se a realização de controle de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade genérica, por faltar de previsão no art. 102, I, a, da CF/88, permitindo-se, apenas, a possibilidade de se alegar que a norma não foi recepcionada.

Estão legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade os sujeitos elencados exhaustivamente no artigo 103 da Constituição Federal.⁷

O STF exige, ainda, a chamada *pertinência temática*, isto é, há que se comprovar relação de pertinência entre o interesse do legitimado e o objeto da ação.

Para os sujeitos previstos nos incisos I, II, III, VI, VII e VIII (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional, respectivamente), tendo em vista suas próprias atribuições institucionais, possuem legitimação ativa universal, sendo presumida de forma absoluta a pertinência temática. Além disso, o STF reconhece que essa legitimidade especial, nos casos dos incisos I a VII, dispensa a necessidade de advogado inclusive, pois os autores teriam o que a doutrina chama de “jus postulandi”, ou seja, o direito de pleitear em juízo sem presença de um profissional com registro na Ordem dos Advogados do Brasil.

Os demais legitimados (Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) devem comprovar relação (pertinência) entre o objeto da instituição e o pedido da ADIn. Não se trata de algo expresso na “Lei Maior”, mas de uma interpretação do Supremo que

⁷ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

entende que os legitimados denominados interessados e especiais precisam demonstrar que estão sofrendo perdas ou tem interesse naquele caso.

O escopo singular da ADIn é remover do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo contaminado por afronta à Constituição. Assim, o STF se constitui *legislador negativo*, não podendo exceder a finalidade de exclusão da norma inconstitucional.

Convém anotar que, devido às razões de ordem pública que revestem a ação direta de inconstitucionalidade e à sua finalidade especial (manter a segurança das relações jurídicas), não há possibilidade de desistência da ação, o que é corroborado pelo artigo 5º da Lei nº 9.868/99 e pelo art. 169, § 1º do RiSTF.

Processualmente, compete ao Advogado-Geral da União a defesa da lei ou do ato normativo impugnado pela ADIn⁸, independentemente de ser o objeto da ação federal ou estadual. O AGU atua como curador especial em razão da presunção de constitucionalidade, com função eminentemente defensiva. A função de opinar sobre a (in)constitucionalidade da norma cabe ao Procurador-Geral da República.

Uma vez julgada procedente a ADIn, vale dizer, declarada inconstitucional a norma legal ou ato normativo, a decisão do STF terá efeito *ex tunc* e *erga omnes*, desfazendo o ato declarado inconstitucional, que é nulo, bem como todas as conseqüências dele derivadas. Se a ADIn for julgada improcedente, o Pretório Excelso estará afirmando a constitucionalidade da norma. Daí a chamada natureza dúplice ou ambivalente da decisão que julga a Ação direta de inconstitucionalidade.

Importante destacar que, no método concentrado de controle de constitucionalidade, não há aplicação do artigo 52, X, da Constituição Federal, ou seja, com a decisão do Supremo, a norma declarada inconstitucional sai do ordenamento jurídico imediatamente.

⁸ Art. 103, § 3º, CF: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

6.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIn por omissão)

Essa espécie de ação constitucional está ligada às normas constitucionais de eficácia limitada, isto é, aqueles dispositivos da Constituição que dependem de atuação normativa posterior para que seja assegurada sua aplicabilidade. Somente com uma Constituição Dirigente como a nossa inspirada no modelo português de Canotilho ocorre esse fenômeno de normas que não são bastante em si e precisam da complementação de legislação infra-constitucional.

O objetivo do constituinte foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, inclusive àquelas de eficácia limitada, constringendo o legislador a complementar essas normas através de dispositivos infraconstitucionais. Caso o Poder Público se abstenha desse dever que o constituinte lhe atribui é cabível a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O objeto dessa ação não é a omissão do Poder Público, mas é proposta em relação às normas constitucionais de eficácia limitada (aquelas que impõem ao legislador a expedição de comandos normativos) e, também, às normas programáticas (aquelas que dependem de atuação normativa para garantir aplicabilidade).

A inconstitucionalidade consiste na conduta negativa do Poder Público, quando a Constituição determinou que tivesse uma conduta positiva, a fim de asseverar a aplicabilidade e eficácia de uma norma constitucional.

Assim, para o cabimento da presente ação, é mister que haja uma determinação constitucional ao Poder Público e que este permaneça omissivo, como leciona J. J. GOMES CANOTILHO, citado por ALEXANDRE DE MORAES (2003, p. 632):

A omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral do legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas

Os legitimados para propor essa ação são os mesmos previstos para a ADIn genérica⁹.

Nesta ação não há necessidade de manifestação do Advogado-Geral da União, uma vez que não há ato impugnado a ser defendido, pelo contrário, o objeto dessa ação é justamente a falta desse ato normativo.

No caso de o Supremo Tribunal Federal entender pela procedência da ação, ou seja, houver inconstitucionalidade omissiva, o órgão competente da decisão deverá ser cientificado.

Se o órgão omissor for administrativo, deverá tomar as providências em 30 dias, sob pena de responsabilização, caso persista a omissão.

Caso a omissão seja oriunda do Poder Legislativo, em homenagem ao princípio da separação e independência dos poderes, dar-se-á ciência ao legislador sem, contudo, fixar prazo. No entanto, declarada judicialmente a omissão, os efeitos dessa decisão também são *ex tunc* e *erga omnes*, o que permite a responsabilização por perdas e danos da União Federal.

6.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

Regra geral, a nossa Carta Política, em seu art. 18¹⁰, estabelece autonomia entre os entes federativos (Municípios, Distrito Federal, Estados e a União). Contudo, excepcionalmente, conforme rezam os arts. 34 e 35 da CF, poderá haver intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, ou destes nos municípios de sua jurisdição. Trata-se do princípio da “não-intervenção”, uma vez que, como regra, a União não deve intervir no Estado-membro ou no Distrito federal exceto por violações dos chamados princípios sensíveis.

Assim, como exceção à regra da autonomia dos entes federativos, prevista no art. 34 da Carta Política, está autorizada a intervenção da União nos

⁹ Art. 103, I a IX, da Constituição Federal.

¹⁰ “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Estados ou no Distrito Federal para defender os cognominados pela doutrina *princípios sensíveis*¹¹.

Deste modo, a Constituição autoriza, para defender esses *princípios constitucionais sensíveis*, a ação interventiva contra qualquer lei ou ato normativos que afronte esses princípios.

Consoante o art. 36, III, da Carta da República, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva dependerá de provimento pelo Supremo Tribunal Federal da representação formulada pelo Procurador Geral da República¹². Atente-se que o Procurador Geral da República é o único legitimado a propor essa espécie de ação constitucional, mesmo porque ele implica no afastamento de um portador de mandato e também é uma limitação circunstancial ao Poder Derivado. Durante a intervenção, não se altera a Constituição.

A ADIn interventiva possui duas finalidades, uma política e outra jurídica. O objetivo jurídico é a pretensão em se declarar à inconstitucionalidade (formal ou material) de um ato estadual. A intenção política é a decretação de intervenção da União em um Estado ou no Distrito Federal, afastando o Governador eleito e colocando no seu lugar um interventor..

Em caso de procedência da ação, o Supremo notificará a autoridade interessada e o Presidente da República (art. 175, parágrafo único, RiSTF).

A decretação de intervenção federal é de competência privativa do Presidente da República (art. 84, X, CF), no entanto, neste caso será imprescindível a requisição do Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

¹² Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

(...)

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

6.2.4 Ação declaratória de constitucionalidade (ADECON)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional nº 3/1993, visando afastar o estado de incerteza sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, preservando, assim, a segurança jurídica nacional.

Inicialmente, a referida ação ganhou muitas críticas, pois não havia contraditório, pois o Advogado geral da União não era chamado para defender o ato impugnado ao contrário do que ocorre na ADIn. Além disso, a doutrina afirmava que o efeito vinculante feria a independência dos Magistrados e ainda engessaria a jurisprudência. Apesar das críticas, o STF conheceu da ação.

Ainda foi discutida a questão da presunção de constitucionalidade das normas. Não se duvide que há uma presunção de constitucionalidade das normas, mas não é absoluta. No entanto, em virtude de essa presunção ser relativa, pode ser afastada, no Poder Judiciário, por intermédio do controle difuso de constitucionalidade, e no Poder Executivo, pela recusa em cumprir a norma sob o fundamento de inconstitucionalidade.

Desse modo, a finalidade precípua dessa ação é a eliminação, peremptória, da dúvida acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, sendo descartados os demais.

É necessário que haja uma controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade e aplicação da norma objeto da ação declaratória. O pedido da inicial deve ter as controvérsias, embora o Supremo tenha o poder de dizer o que é ou não relevante, segundo seu entendimento.

Apenas lei ou normativo federal, incluindo os do Presidente da República, podem ser objeto da ADECON, sendo legitimados para propô-la apenas os sujeitos descritos no artigo 13, da Lei nº 9.868/99.¹³ O rol de legitimados

¹³ Art. 13: Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal:
I – o Presidente da República;
II – a Mesa da Câmara dos Deputados;
III – a Mesa do Senado Federal;
IV – o Procurador-Geral da República.

inicialmente trazia apenas quatro, mas houve uma ampliação que passou a considerar aptos para ingressar com a ação, os mesmos da ADIn, elencados no artigo 103, CF.

A decisão do Supremo Tribunal Federal terá efeito *ex tunc, erga omnes* e vinculante a todos os demais órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.

Note-se, ainda, que o STF pode: a) julgar procedente a ação resultando na declaração de constitucionalidade da norma questionada; b) julgar improcedente, declarando a norma inconstitucional, o que é chamado de natureza ambivalente da sentença; c) julgar parcialmente procedente, ou seja, declarar parte da norma inconstitucional, ou uma interpretação da norma como inconstitucional, ocorrendo a chamada *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*; e, por fim, d) declarar a constitucionalidade da norma questionada, desde que aplicada em determinado sentido, o que é chamado pela doutrina de *interpretação conforme a constituição*.

6.2.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

A Constituição Federal prevê em seu artigo 102, § 1º, esta forma de controle de constitucionalidade, sendo que será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal e depende da edição de uma lei para regulamentá-la (“*na forma da lei*” – eficácia limitada).

A lei que regulamenta esse controle de constitucionalidade foi editada pelo Congresso Nacional em 1999, sob o nº 9.882.

Expõe essa lei que o STF será o órgão competente para processar e julgar a ADPF, legitimando para a sua propositura todos os sujeitos aptos a propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX, CF).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível para se evitar e/ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei

ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à CF-88, conforme art. 1º da LADPF.

É considerada como instituto bivalente, ora possui característica autônoma, funcionando como ação (*arguição autônoma*) tendo por objeto "*evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*"¹⁴, ora se assemelha a um incidente processual de inconstitucionalidade (*arguição incidental*), admissível "*quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*"¹⁵.

A Lei nº 9.882/99 veda expressamente a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio hábil a sanar a lesividade¹⁶.

Note-se que toda vez que a discussão constitucional puder ser solucionada por outra modalidade de controle abstrato, não caberá ADPF.

O AGU, assim como na ação direta de inconstitucionalidade, também exercerá aqui o *múnus* de curador do ato impugnado.

A decisão proferida na ADPF terá efeito *erga omnes* e vinculante relativo aos demais órgãos do Poder Público¹⁷.

É importante ressaltar, outrossim, as novidades trazidas pela Lei nº 9.882/99 com a regulamentação dessa forma de controle concentrado que, segundo ALEXANDRE DE MORAES (2003, p. 644), "*possibilita uma maior efetividade no controle das ilegalidades e abusos do Poder Público e na concretização dos direitos fundamentais.*"

Por primeiro, note-se que a ADPF é mais abrangente que as demais formas de controles de constitucionalidade porque pode ser objeto dessa ação constitucional qualquer Ato do Poder Público, ou seja, não há mais necessidade de ser ato normativo, que é uma espécie do ato genérico. Assim, todo e qualquer ato

¹⁴ Caput do art. 1º da Lei 9.882/99

¹⁵ Art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/99

¹⁶ Art. 4º, § 1º: "*Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*"

¹⁷ Art. 10, § 3º, Lei 9.882/99

(político, administrativo, inclusive os realizados por particulares investidos de autoridade pública) é passível de controle de constitucionalidade.

Outra inovação trazida pela ADPF é o controle de normas anteriores à Constituição Federal de 1988. As ações constitucionais mencionadas alhures, só exercem o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos posteriores a 5 de outubro de 1988. Até o advento da LADPF, o Supremo Tribunal Federal não reconhecia qualquer possibilidade de controle abstrato que incidisse sobre direito pré-constitucional.

No tocante à questão da análise da constitucionalidade do direito pré-constitucional, é de grande valia a doutrina de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES (2001, p. 124):

A constituição brasileira de 1988 não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967/69, tratava dessa colisão, tal como já mencionado, com base no princípio da *lex posterior derogat priori*.

E complementam, sintetizando o voto do eminente Ministro Relator Paulo Brossard na ADIn nº 2 (2001, p. 124-125):

A idéia nuclear do raciocínio reside na superioridade da lei constitucional em relação às demais leis. A constituição é superior às leis por ser obra do poder constituinte; ela indica os poderes do Estado, através dos quais a nação se governa, e ainda marca e delimita as atribuições de cada um deles.

Do legislativo, inclusive. Tendo este a sua existência e a extensão dos seus poderes definidos na Constituição, nesta há de se encontrar, com a enumeração de suas atribuições, a extensão delas. E na medida em que as exceder estará praticando atos não autorizados por ela. Procede à semelhança do mandatário que ultrapassa os poderes conferidos pelo mandato.

Assim, uma lei é inconstitucional se e quando o legislador dispõe sobre o que não tinha poder para fazê-lo, ou seja, quando excede os poderes a ele assinados pela Constituição, à qual todos os Poderes estão sujeitos.

Disse-se que a Constituição é a lei maior, ou a lei suprema, ou a lei fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior,

revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração.

Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.

O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, anda inexistente.

É por essa singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham.

Ademais, a Lei 9.882/99 assegurou a possibilidade de se controlar a constitucionalidade de atos municipais¹⁸. Até então, só se exercia o controle difuso sobre os atos municipais, se admitindo a apreciação da constitucionalidade de atos normativos do município pelo Supremo Tribunal Federal somente em sede de Recurso Extraordinário.

É com maestria que GILMAR FERREIRA MENDES, comentando a Lei nº 9.882/99, preleciona as inovações trazidas e suas conseqüências:

O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a

¹⁸ Art. 1º, parágrafo único, I: “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou **municipal**, incluídos os anteriores à Constituição;” (grifo nosso).

ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.¹⁹

6.2.5.1 Argüição Incidental

Convém comentar, mais detidamente, a argüição de descumprimento de preceito fundamental incidental, que traz maior congruência com o tema do presente trabalho.

Essa espécie de argüição exige “*controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado*”, ou seja, referida modalidade de argüição depreca, como pressuposto, a existência de vários processos anteriores, envolvendo questão constitucional sobre um preceito fundamental, submetidos à apreciação de qualquer juízo ou tribunal.

A argüição incidental proporciona, simultaneamente, controle abstrato e concreto de constitucionalidade, uma vez que, com a decisão da ADPF, o Supremo Tribunal Federal estará resolvendo sobre o controle concentrado de constitucionalidade (Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental) e sobre o controle difuso (processos que discutem a aplicação do preceito fundamental).

Há, ainda, possibilidade de ser concedida medida liminar na ADPF incidental, determinando que juízes e tribunais interrompam o andamento dos processos em que se discute a aplicação do preceito fundamental até decisão final do STF.²⁰

¹⁹ Argüição de descumprimento de preceito fundamental (I) (§1º do Art. 102 da Constituição Federal), Revista Jurídica Virtual, Volume 1, nº 7, dezembro de 1999.

²⁰ Art. 5º, §3º, Lei 9882/99: “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”

Deste modo, o fito dessa argüição incidental é a defesa de um direito (preceito fundamental) e, indiretamente, a preservação do texto constitucional através da extração da decisão do Pretório Excelso das condições e do modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental descumprido.

Consoante o artigo 2º, inciso I, da LADPF, os legitimados para propor a argüição incidental são os mesmos para a argüição autônoma (art. 103, CF), no entanto, alguns doutrinadores têm entendido que essa modalidade de ADPF pode ser proposta por qualquer do povo.

7 TRANSPOSIÇÃO DO CONTROLE DIFUSO PARA O CONTROLE CONCENTRADO

O Supremo Tribunal Federal, em decisão inédita e, ao que parece, inaugural²¹ no controle de constitucionalidade pátrio, aplicou os mesmos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade ao controle difuso.

No dia 23 de fevereiro de 2006, os ministros do STF, por seis votos a cinco, declararam a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que proibia a progressão do regime de cumprimento de pena (art. 2º, § 1º).

No entanto, a inovação surgiu pelo fato de o STF ter declarado a inconstitucionalidade do dispositivo, com efeito *erga omnes*, em sede de controle difuso de constitucionalidade (Habeas corpus) que, via de regra, possui eficácia apenas *inter parts*.

A declaração de efeito *erga omnes* no julgamento em comento não foi feita de maneira explícita. O Supremo Tribunal, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Por unanimidade, o STF explicitou, aplicando analogicamente o art. 27 da Lei nº 9.868/99²², que a declaração incidental do preceito legal mencionado não pode gerar conseqüências às penas já extintas, uma vez que a decisão deste Habeas Corpus importa, exclusivamente, no afastamento do obstáculo à progressão

²¹ PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia de individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF – HC nº 82.959/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 01.09.2006)

²² Art. 27. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

de regime nos crimes considerados hediondos, dependendo-se, no entanto, de verificação, caso a caso, dos demais requisitos para concessão da progressão.

Por conseguinte, é evidente que a o Supremo, ao limitar os efeitos da decisão, já estava lhe atribuindo efeito *erga omnes*.

Ademais, é mister assentar que a jurisprudência do STF por 16 anos, ou seja, desde a criação da lei dos crimes hediondos entendeu pela constitucionalidade do mencionado artigo da Lei nº 8.072/90 que obstava a progressão de regime.

O tema da discussão deste Habeas corpus hoje é, na prática, desnecessário, uma vez que o legislador, por intermédio da Lei nº 11.464/07, jogou uma pá de cal na discussão ao determinar que as penas previstas aos crimes hediondos serão cumpridas em “*regime inicialmente fechado*”, permitindo, deste modo, a progressão em crimes hediondos.

Sobre a inconstitucionalidade da não progressividade do regime de cumprimento de pena para crimes hediondos é magistral o voto do Ministro Marco Aurélio:

(...) há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento de pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afasta, tão somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI). Indaga-se: é possível o legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, *a contrario sensu*, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça – inciso XLIII do artigo 5º.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos

crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.²³

No tocante à questão do controle de constitucionalidade que o presente julgamento aventa, como já esclarecido no presente trabalho, a norma declarada inconstitucional pelo STF pela via incidental deve, para se obstar a aplicabilidade e gerar efeito *erga omnes*, ser suspensa pelo Senado Federal através de resolução, sendo essa resolução faculdade desta Casa de Leis. Antes dessa eventual suspensão pelo Senado, a decisão do Supremo possui efeito apenas *inter parts*.

Sobre essa faculdade do Senado de suspender a norma declarada inconstitucional no controle difuso, explanam IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES (2001, p. 241):

Outrora, na busca de um mecanismo que assegurasse eficácia ampla à decisão definitiva da Corte Constitucional, o Constituinte de 1934 houve por bem confiar ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei ou de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (CF de 1934, art. 91, IV). Esse mecanismo, incorporado às Constituições subseqüentes (CF de 1946, art. 64; CF de 1967/69, art. 42, VII), foi preservado pelo Constituinte de 1988, art. 52, X.

Assinale-se que essa fórmula engenhosa, destinada a assegurar eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos casos concretos, traduzia uma solução de compromisso destinada a evitar polêmica sobre o papel do Judiciário no sistema de divisão dos poderes.

Ademais, os mesmos autores questionam e, ao final, sugerem (2001, p. 242):

(...) se à época em que foi introduzido no nosso ordenamento constitucional esse instituto já não se revelava criação das mais avançadas, é certo que se tornou manifestamente a obsoleto sob o império da Constituição de 1988. Se se admite que a declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato tem eficácia *erga omnes*, como, razoavelmente, justificar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto deva somente ter eficácia entre as partes. Se se admite possa o Supremo Tribunal Federal a eficácia de qualquer ato normativo, inclusive de uma emenda constitucional no processo de controle abstrato de normas, por que condicionar a eficácia geral de decisão do

²³ Voto vencedor do Ministro Marco Aurélio no HC nº 82.959-7/SP (DJ 01.09.2006, p. 517) citando o seu próprio voto vencido proferido no HC nº 69.651-1/SP.

Supremo Tribunal Federal em controle incidental a um ato do Senado Federal?

Sem dúvida, pode-se afirmar que, se a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado teve sua razão de ser no passado, a sua manutenção no modelo de controle de constitucionalidade da Carta de 1988 assenta-se em fundamentos de índole meramente histórica.

Assim é que, nesta oportunidade, se apresenta a proposta de suspensão do disposto no art. 52, X, da Constituição, atribuindo-se eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto.

Assim, pelo ensinamento supra colacionado, depreende-se que, desde 2001, estes autores sugerem a concessão de eficácia *erga omnes* às decisões sobre constitucionalidade proferida *incidenter tantum* pelo STF, independentemente de resolução suspensiva do Senado Federal.

Note-se que a tese encampada por esses venerados constitucionalistas é deveras digna de credibilidade e aceitação. A tendência pretoriana é, aliás, no sentido de se adotar essa tese jurídica, concedendo-se às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade o efeito *erga omnes*, não obstante ausência de ato do Legislativo tendente a abolir a norma contrária à Carta Magna.

Outrossim, essa aproximação entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade já fora destacada por Sepulveda Pertence no voto proferido na ADC 1:

(...) Esta ação é um momento inevitável na prática da consolidação desse audacioso ensaio do constitucionalismo brasileiro — **não**, apenas como nota Cappelletti, **de aproximar o controle difuso e o controle concentrado, como e observa em todo o mundo — mas, sim, de convivência dos dois sistemas na integralidade das suas características**. Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

Por outro lado, (...), **o ensaio difícil de convivência integral dos dois métodos de controle de constitucionalidade do Brasil só se torna possível na medida em que se acumularam, no Supremo Tribunal**

Federal, os dois papéis, o de órgão exclusivo do sistema concentrado e o de órgão de cúpula do sistema difuso.

De tal modo, o peso do Supremo Tribunal, em relação aos outros órgãos de jurisdição, que a ação declaratória de constitucionalidade traz, é relativo porque, já no sistema de convivência dos dois métodos, a palavra final é sempre reservada ao Supremo Tribunal Federal, se bem que, declarada a inconstitucionalidade no sistema difuso, ainda convivamos com o anacronismo em que se transformou, especialmente após a criação da ação direta, a necessidade da deliberação do Senado para dar eficácia 'erga omnes' à declaração incidente.²⁴ (grifos nossos).

Corroborando com o entendimento de que a decisão proferida no HC 82.959/SP flameja seus efeitos para toda a jurisdição Federal e não apenas às partes envolvidas, é de se notar que foram propostas diversas Reclamações²⁵ no Supremo Tribunal Federal a fim de se garantir a autoridade da decisão proferida pelo STF, caso a decisão do HC em tela tivesse efeito apenas *inter parts*, não haveria que se falar em Reclamação.

O eminente Min. Gilmar Mendes em seu voto proferido neste HC, comenta sobre a importância da necessidade de adequação da Constituição à realidade social, no tocante aos efeitos das decisões do STF no controle difuso. Argumenta, no sentido de uma mutação constitucional, que o art. 52, X, CF, deve ser interpretado no sentido de que ao Senado Federal está atribuída a competência para dar publicidade à suspensão da execução da norma declarada inconstitucional.

Além disso, o Ministro Mendes, na Reclamação nº 4.335-5/AC de sua relatoria, argumenta que se o STF pode, em controle abstrato, suspender liminarmente a eficácia da norma impugnada (inclusive de Emenda Constitucional), a razão de ser do instituto previsto no art. 52, X, da Carta da República tem índole meramente histórica, herdada das Constituições anteriores, desde a de 1934.

LÚCIO BITTENCOURT (1997, p. 145) já pregava, embora isoladamente, que ao Senado Federal cabia tão somente promover a publicidade da decisão do STF:

²⁴ RTJ 159, p. 389-90.

²⁵ Art. 13 da Lei nº 8.038/90: "Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá re clamação da parte interessada ou do Ministério Público"

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV da Constituição – a referência é ao texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensão a sua execução.

Ainda, é salutar trazer à baila a conclusão esposada no voto do Min. Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335-5/AC:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação.

Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.

Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.

Assim, consoante explanado e exemplificado pelo ensinamento de diversos doutrinadores, é de se notar que o Supremo Tribunal Federal tende a transpor os efeitos conferidos no controle concentrado de constitucionalidade (*erga omnes*) para as ações que controlam concretamente a constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Discute-se, ainda, a constitucionalidade desta transposição de efeitos, uma vez que poderá ocasionar supressão de grau jurisdicional. A nosso ver, no entanto, ocorre um cotejamento entre o princípio do duplo grau de jurisdição e os princípios da economia e celeridade processual, uma vez que a utilização dos

efeitos *erga omnes* em controle difuso de constitucionalidade proporcionará uma considerável diminuição no número de processos e recursos alçados às nossas Cortes Superiores.

Assim, como no caso do instituto da repercussão geral, onde ocorre uma seleção das ações que possuem “repercussão geral” e as demais ações semelhantes são julgadas conforme o entendimento proferido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário, ocorre no caso da transposição de efeitos do controle concentrado para o controle difuso de constitucionalidade, ou seja, nas ações semelhantes que discutem, no caso concreto, a contrariedade à Constituição Federal terão a mesma decisão que foi dada na “ação modelo” com efeito *erga omnes*.

8 CONCLUSÕES

Ab initio, considerou-se as origens, características, espécies e conceitos trazido pela doutrina do termo “Constituição”.

Posteriormente, cogente esclarecer a necessidade/utilidade de um eficaz controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico de uma nação, a fim de se assegurar uma veraz aplicação das normas constitucionais e garantir segurança jurídica aos jurisdicionados.

Para se alcançar a finalidade do presente trabalho foi necessário um panorama geral sobre o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Assim, passou-se a explanar sobre o histórico do controle de constitucionalidade, tecendo-se breve comentário sobre os dois casos históricos de controle constitucional. O controle americano ilustrado pelo emblemático caso *Marbury vs. Madison*, que de forma difusa, ou seja, qualquer juiz ou tribunal está apto a declarar a afronta à Constituição de uma norma ou ato do Poder Público. O controle austríaco, idealizado por Hans Kelsen, que prevê a existência de uma Corte Constitucional, e que somente esta estaria autorizada a se manifestar sobre a constitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo, com exclusão de qualquer outro juízo ou tribunal.

Analisou-se que o Brasil admite essas duas espécies de controle de constitucionalidade.

Ademais, foi indispensável detalhar cada forma de controle de constitucionalidade elencada pela atual Constituição Federal, trazendo as particularidade de cada ação de defesa constitucional.

Diante disso, foi possível a explanação sobre o tema propriamente dito, apresentando o entendimento de renomados doutrinadores sobre a aplicação dos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade (efeito *erga omnes*) ao controle difuso, que, a princípio, possuía apenas efeito entre as partes do processo.

Discutiu-se sobre a constitucionalidade dessa extensão de efeitos ao controle difuso, uma vez que poderia ocasionar, em tese, supressão de grau jurisdicional.

No entanto, concluiu-se, *s.m.j.*, que não há inconstitucionalidade nesse instituto de transposição, uma vez que tendente, tão somente, a proporcionar economia e celeridade processual, dando uma interpretação moderna e coerente ao texto constitucional, de forma a garantir o anseio social, já que, de qualquer forma, todos os processos sobre a constitucionalidade de determinada norma ou ato estão fadados a desaguar no Supremo Tribunal Federal, já que este é o órgão de cúpula do controle difuso e a Corte exclusiva do controle concentrado.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal. Serrano C. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed, rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 1ª ed., Campinas: Russel, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Série “Arquivos do Ministério da Justiça”. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Legislação. **Lei nº 11.418/06**. Brasília: Senado, 2006.

BRASIL. Legislação. **Lei nº 8.038/90**. Brasília: Senado, 1990.

BRASIL. Legislação. **Lei nº 8.072/90**. Brasília: Senado, 1990.

BRASIL. Legislação. **Lei nº 9.868**. Brasília: Senado, 1999.

BRASIL. Legislação. **Lei nº 9.882**. Brasília: Senado, 1999.

BRASIL. Legislação. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 1970.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

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

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (I) (§1º do Art. 102 da Constituição Federal)**, Revista Jurídica Virtual, Volume 1, nº 7, dezembro de 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa. **Código de Processo Civil Comentado**. 14ª ed., São Paulo: RT, 1999.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Niterói: Impetus, 2007.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev., ampliada, São Paulo: Saraiva, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey Ed, 2003.