

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NUMA ABORDAGEM SISTEMÁTICA

Dayse Cristina Souza Santos*

RESUMO: A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Está atrelada também à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais. Nesse prisma, a existência de um escalonamento normativo é pressuposto necessário para se manter a supremacia constitucional, a fim de que o legislador infraconstitucional nela se paut e encontre os parâmetros e limitações para a elaboração legislativa, devendo ser prontamente afastadas quaisquer desvirtuações. O controle de constitucionalidade, seja por via incidental ou pela ação direta, é o mecanismo de averiguação da adequação das espécies normativas e consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais. Tal tema é permeado de minúcias e suas respectivas ações possuem trâmite singularizado, de modo que se busca nessa análise sistemática elaborar um panorama geral de cada uma dessas ações de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade. ADI genérica. ADO. ADI interventiva. ADC. ADPE.

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade surgiu no ano de 1803 nos Estados Unidos, a partir do caso “Marbury vs. Madison”, em que um funcionário público denominado Marbury foi nomeado juiz pelo governo anterior, mas teve sua posse no cargo negada pelo governo atual. Inconformado, Marbury ingressou com uma ação na Suprema Corte americana para questionar o caso. O relator do processo, ministro Marshall, ao julgar o caso, entendeu que a lei em tese aplicável estava em desacordo com a Constituição americana. Logo, surgiu o seguinte dilema: se aplicasse a lei, estaria descumprindo a Constituição; se descumprisse a lei, estaria indo contrariamente ao Poder Legislativo. Optou por descumprir a lei em

* Advogada. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE/MG). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ). Especialista em Direito de Família e Políticas Sociais pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). E-mail: dayse.adv@bol.com.br

razão da sua desarmonia com a Constituição, dando origem ao **controle judicial de constitucionalidade no caso concreto**.

Esse julgado criou o chamado *judicial review*: exame de constitucionalidade feito pelo Judiciário no julgamento de um caso concreto. Ao contrário do que acontece no Brasil, nos EUA uma decisão da Suprema Corte funciona como precedente obrigatório, conhecido como *stare decisis*. O Judiciário americano criou, portanto, um mecanismo de controle judicial repressivo do caso concreto e vinculante. Repressivo porque a lei já existia; e vinculante porque os demais órgãos do Judiciário são obrigados a seguir as decisões prolatadas.

Em 1920 foi criado o sistema germânico de controle de constitucionalidade, idealizado por Hans Kelsen, ao constatar que a ideia de que juízes não eleitos pudessem invalidar o trabalho dos legisladores não foi bem recebida na Europa. Havia um entendimento que sustentava tratar-se de um poder excessivo, contrariando a concepção de que o juiz era mero aplicador da lei. Diante disso, Kelsen entendeu que a melhor saída seria criar um órgão político, desvinculado do Poder Judiciário, que teria a função específica de analisar a constitucionalidade das leis – o Tribunal Constitucional. Esse tribunal teria por incumbência julgar demandas de constitucionalidade ao serem provocados pelos legitimados. Portanto, na Europa adotou-se o modelo rival do modelo norte-americano: o modelo austríaco de **controle repressivo abstrato**.

Na França, porém, foi criado o modelo de **controle preventivo**. Por acreditarem ser inconcebível que os juízes deixassem de aplicar a lei a um caso concreto, para evitar a inconstitucionalidade, criou-se um órgão político chamado de Conselho Constitucional. Este tinha por incumbência analisar os projetos de lei quanto à sua constitucionalidade antes que se tornassem lei.

O modelo brasileiro é uma mistura dos sistemas francês, austríaco e norte-americano: temos controle preventivo, repressivo abstrato e repressivo do caso concreto. Ao Supremo Tribunal Federal (STF) cabe a interpretação final da Constituição Federal, pois é o órgão responsável para interpretar e dizer a força normativa da Carta Magna.

Inconstitucionalidade é o desacordo entre uma norma e a Constituição (toda a Constituição ou uma parte dela). À norma constitucional que serve de parâmetro dá-se o nome de parâmetro de constitucionalidade ou bloco de constitucionalidade. A inconstitucionalidade pode ser total ou parcial (quando atinge apenas parte da norma) e se revela de três formas:

- a) **Inconstitucionalidade material**: ocorre quando o conteúdo da norma contraria o conteúdo de dispositivo da Constituição.

- b) **Inconstitucionalidade formal:** é o vício de processo legislativo, ou seja, ocorre quando o procedimento de elaboração da norma está em desacordo com a Constituição. É também chamado pela doutrina de inconstitucionalidade nomodinâmica.
- c) **Inconstitucionalidade orgânica** (formal-orgânica): é o vício de competência federativa. Ocorre, por exemplo, quando a competência para legislar sobre determinada matéria era do estado e quem legislou foi o município.

O controle de constitucionalidade tem por finalidade proteger a supremacia da Constituição, entendida como norma mais importante do sistema; a rigidez constitucional, preservando a maneira de proceder a reformas constitucionais; o pacto federativo, protegendo o arranjo entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios; e resguardar os direitos fundamentais.

A lógica do processo civil não serve para as ações de inconstitucionalidade, pois estas inauguram o chamado **processo objetivo**, em que não há partes nem lide. As ações de constitucionalidade são de jurisdição constitucional. Nelas, em vez de partes, há apenas facilitadores, fiscais. As garantias constitucionais do processo não se aplicam a essas ações: não há contraditório, ampla defesa, recorribilidade ou duplo grau, garantias tradicionais criadas para o processo de partes.

Também não se admite intervenção de terceiros. No entanto, é admitido o *amicus curiae*, que não é terceiro, mas uma figura própria dessas ações. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades na ação, que poderão oferecer um memorial com as razões pelas quais entendem que determinado assunto deve ser julgado de uma ou de outra maneira, podendo ainda ter direito a voz por meio de sustentação oral. Seu papel é levar à Corte opiniões representativas de determinado segmento para auxiliar na decisão. Porém, sua opinião não é vinculativa e eles não possuem nenhuma prerrogativa recursal.

Apesar disso, a função do *amicus curiae* é fundamental, pois ele pluraliza o debate constitucional; permite ao STF o acesso a todas as informações para solução da controvérsia; e ajuda a superar o questionamento da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, já que a interpretação é dada pelo destinatário da norma, tornando-a legítima, democrática, tendo em vista que os juízes daquela Corte (que não são eleitos) decidem acerca do trabalho elaborado pelos representantes do povo.

O entendimento que prevalece é de que é possível a admissão do *amicus curiae* até a data em que o relator libera o processo para a pauta, pois o objetivo é auxiliá-lo no relatório. Logo, feito o relatório, não haveria mais sentido em admitir o amigo da Corte, que para atuar no processo precisa constituir advogado com poderes especiais para atuar nessa situação.

Também diferentemente do que ocorre no processo civil, no processo objetivo não se admite ação rescisória, não é possível desistir e não se aplicam os institutos do impedimento ou da suspeição. Além disso, os recursos cabíveis são limitados ao agravo e embargos de declaração.

No que diz respeito à legitimidade, com exceção da ADI Interventiva, que é personalíssima e só pode ser proposta pelo Procurador Geral da República (PGR), o artigo 103 da CF arrola os legitimados para a propositura de todas essas ações:

- i. Presidente da República;
- ii. Mesa do Senado Federal;
- iii. Mesa da Câmara dos Deputados;
- iv. Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- v. Governador do Estado ou do Distrito Federal;
- vi. Procurador Geral da República;
- vii. Conselho Federal da OAB;
- viii. Partido político com representação no Congresso Nacional; e
- ix. Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No caso dos dois últimos legitimados, segundo o STF, eles precisam de advogado com poderes específicos para propor a ação. Já os demais não necessitam, pois não se tratam de ações judiciais, mas políticas. A jurisprudência do STF distingue tais legitimados em universais e interessados, sendo que estes precisam demonstrar pertinência temática, ou seja, que a lei questionada está atingindo interesse seu. São considerados legitimados interessados a Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do DF; governador do estado ou do DF; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

2. CONTROLE PREVENTIVO

Exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, o controle preventivo consiste na verificação dos projetos de lei ou emenda constitucional para saber se eles ofendem de alguma maneira a Constituição.

No Poder Legislativo atua a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), que pode rejeitar projetos em desacordo com a CF. Já o Poder Execu-

tivo exerce o controle preventivo por meio do veto – é o chamado veto jurídico: se o chefe do Poder Executivo entender que o projeto de lei é inconstitucional, deverá vetá-lo.

O Poder Judiciário, excepcionalmente, pode exercer o controle preventivo de constitucionalidade: quando as regras constitucionais do processo legislativo (tramitação) não estiverem sendo observadas. Apenas nesta situação, um parlamentar poderá impetrar um mandado de segurança para que o Judiciário assegure seu direito a um processo legislativo constitucional.

3. CONTROLE REPRESSIVO

Esse tipo de controle pressupõe que a norma já existe. No Brasil, ele será exercido principalmente pelo Poder Judiciário e pode se realizar de duas formas: através de um único órgão, mediante o chamado controle concentrado; ou pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, por meio do controle difuso (também chamado de controle do caso concreto).

Excepcionalmente, admite-se em nosso ordenamento jurídico o controle de constitucionalidade repressivo pelo Poder Legislativo, Poder Executivo e pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Tais exceções se dão em três hipóteses:

- i. Pode o Congresso Nacional rejeitar Medida Provisória (MP) submetida à sua apreciação, que já começa a produzir efeitos desde o momento da sua edição, por entender ser ela inconstitucional;
- ii. É prerrogativa do chefe do Poder Executivo determinar aos seus subordinados que descumpram uma lei tida por ele como inconstitucional. Apesar de ser esse o entendimento de grande parte da doutrina, faz-se importante mencionar que tal ponderação foi pensada para o momento anterior à CF/88, ocasião em que somente o PGR poderia propor ADI. Como nos tempos atuais ampliou-se o rol de legitimados a propor ADI, o mais coerente seria o chefe do Executivo propô-la em vez de determinar o descumprimento da norma;
- iii. Pode o TCU, que auxilia o Congresso Nacional no controle externo, ao exercer suas atividades, apreciar a constitucionalidade de uma lei e deixar de aplicá-la, se assim entender, desde que sempre no caso concreto e de modo incidental. Este é o teor da súmula 347 do STF.

3.1 CONTROLE DIFUSO

Também chamado de controle do caso concreto ou controle incidental,

ele produz efeitos *inter partes* e depende de uma lide.

Nesse mecanismo de controle, a questão constitucional nunca é o pedido, ela se limita à causa de pedir. Logo, pelo princípio da congruência, não pode estar no dispositivo, somente na fundamentação. Como só o dispositivo produz coisa julgada material, essa modalidade de controle só gera coisa julgada formal, operando efeitos apenas *inter partes*, consequentemente não obriga terceiros. Ainda que a decisão seja do Supremo, fora das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a eficácia será limitada às partes, pois, no controle do caso concreto, o juiz não está autorizado a analisar abstratamente a questão constitucional.

A coexistência dos modelos concentrado e difuso de controle em nosso país determina que apenas o STF pode fazer o exame de compatibilidade entre a norma e a Constituição. Os demais órgãos do Judiciário só podem proceder a esse exame quando estiverem fundamentando suas decisões em face de controvérsias que lhes forem enviadas. Por exemplo, os demais órgãos poderão examinar a constitucionalidade de uma lei que cria um tributo somente em face de um pedido para não pagá-lo; só poderão examinar a constitucionalidade da lei do despejo num pedido de despejo; e da lei do divórcio numa ação de divórcio. Portanto, nunca podem examinar a lei em si mesma.

Entretanto, a regra de que a eficácia da decisão será sempre *inter partes*, beneficiando somente quem está no processo, gera problemas ao próprio Supremo, pois não o isenta de julgar repetidas demandas sobre o mesmo assunto. A solução constitucional para esse problema está no inciso X do artigo 52 da CF, que determina que a declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF deverá ser comunicada ao Senado Federal que, no exercício de uma competência política, poderá suspender a aplicação da lei, dentro dos limites da decisão daquela Corte. Tal comunicação só ocorre no controle difuso e apenas quando proferida pelo STF.

Foi o que ocorreu quando o Supremo, ao julgar um *habeas corpus* que requeria a progressão de regime, analisou no caso concreto que a Lei de Crimes Hediondos era inconstitucional quanto à proibição desse benefício. Como a declaração de inconstitucionalidade foi incidental, só gerou efeitos entre as partes. No entanto, após esse precedente houve inúmeras ações requerendo progressão de regime com base na inconstitucionalidade da lei, e o Senado, apesar de cientificado da decisão, permaneceu inerte no tocante à suspensão da eficácia, naquele aspecto, da lei declarada inconstitucional. Tal problema foi resolvido com base no que foi previsto pela Emenda Constitucional nº 45, que permite ao Supremo, após reiteradas decisões e com o voto de 2/3 dos seus membros, editar súmula vinculante, de observância obrigatória e com efeitos *erga omnes*, ou seja, para todos.

Importa destacar que tanto o STF quanto os demais órgãos colegiados,

ao realizar o controle do caso concreto, devem ainda observar o disposto no artigo 97 da CF, respeitando a chamada **reserva de plenário**. Normalmente, os tribunais são organizados em câmaras (como ocorre nos Tribunais de Justiça) ou turmas (nos Tribunais Regionais Federais). Por causa desse artigo, as turmas ou câmaras dos tribunais não podem declarar a **inconstitucionalidade** de lei ou ato normativo, devendo o processo ser submetido ao plenário da Corte ou órgão especial (haverá órgão especial quando a Corte for composta por mais de 25 desembargadores), retornando em seguida para julgamento pela respectiva turma para que esta aplique o precedente. Depois de assentado o entendimento pelo plenário ou órgão especial, esse precedente deverá ser aplicado aos demais casos análogos, de modo que a remessa para julgamento do plenário ou Corte especial só ocorrerá em casos inéditos ou para forçar o reexame do assunto (quando a turma discordar do precedente), pois, em casos que o órgão já tiver se pronunciado, a remessa é desnecessária. Ela só deve ocorrer quando houver o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma e, de acordo com o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, também não ocorrerá quando o STF já tiver se manifestado sobre o tema. Trata-se de um mecanismo de uniformização de jurisprudência.

Nota-se que esse mecanismo de controle é o mais amplo que existe, pois qualquer juiz pode exercê-lo, inclusive para reconhecer a não recepção de uma lei pela CF. É possível que haja controle difuso de constitucionalidade, inclusive em inquérito policial, o qual poderá ser trancado ante o reconhecimento, pelo magistrado, da inconstitucionalidade de uma norma que o motivou.

3.2 CONTROLE CONCENTRADO

Chama-se controle concentrado porque quem tem competência para exercê-lo é o STF (no âmbito federal) e o Tribunal de Justiça (no âmbito estadual), ao contrário do controle difuso, que todo juiz pode fazer.

Neste capítulo, trataremos mais especificamente do controle de constitucionalidade no âmbito federal, que é feito a partir de três ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Todas são ações diretas promovidas perante o STF e podem assumir o papel de controle abstrato, concreto ou concreto-abstrato.

3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade (ADI)

A ação direta de inconstitucionalidade se subdivide em três modalidades distintas: ADI por ação, ADI por omissão e ADI interventiva.

3.2.1.1 ADI por ação

Também chamada de ADI genérica, trata-se de ação de controle concentrado e abstrato, portanto, promovida perante o STF, na qual o pedido é que determinada norma seja declarada inconstitucional.

a) **Objeto:** pode ser objeto de ADI qualquer norma vigente posterior à Constituição Federal de 1988 que a ofenda diretamente e que seja federal, estadual ou distrital de natureza estadual (normas municipais não são passíveis de controle por meio de ADI). Já normas anteriores à CF/88 são consideradas revogadas se não forem compatíveis com ela, pois a não recepção é forma de revogação, logo, não cabe ADI em face delas. Assim, se houver a revogação da norma constitucional, a ADI não pode prosseguir, pois sempre envolve uma relação de norma vigente (como objeto) e norma constitucional vigente (como parâmetro).

O parâmetro da ADI é o trecho da Constituição que foi violado. Todas as normas constitucionais em vigor se prestam a esse parâmetro, seja uma regra ou um princípio constitucional, não importa sua eficácia. A única norma da Constituição que não serve de parâmetro, por não ter conteúdo constitucional, é o preâmbulo, pois este é apenas um anúncio e não norma propriamente dita.

Os direitos humanos, em tese, não servem de parâmetro de constitucionalidade. São premissas éticas não positivadas, relativas à dignidade da pessoa humana (em especial à vida, liberdade, igualdade e propriedade). Não se pode invalidar uma lei no Brasil por vício de inconstitucionalidade apontando um direito humano como parâmetro. Contudo, como a dignidade da pessoa humana foi positivada em nossa CF, qualquer norma que a ofenda é inconstitucional.

Com relação aos tratados internacionais, estes podem ser de dois tipos: de assuntos gerais e de direitos humanos. Sendo que estes últimos podem ser recebidos em nosso ordenamento jurídico com força constitucional (emendas constitucionais). Se assim o forem, servirão como parâmetro; caso contrário, teriam um valor equiparado ao da lei e, portanto, não se prestariam ao exame de constitucionalidade.

Atualmente a doutrina fala também em “**controle de convencionalidade**”: ainda que os tratados não sejam recebidos com força constitucional, deve ser verificada a compatibilidade entre a lei e o tratado internacional. Nestes casos, haveria um controle sempre do caso concreto: se houver contrariedade entre a lei e o tratado internacional, este deve prevalecer, devendo o juiz aplicar o tratado e não a lei.

A contrariedade entre a norma parâmetro e a norma objeto do controle deve ser imediata, sem qualquer intermediário entre elas. Por exemplo,

se um decreto (norma jurídica secundária que depende da lei) tratar de um assunto que a lei não permite, está fazendo as vezes de lei, inovando o ordenamento jurídico. Assim, não está ofendendo diretamente a CF, mas primeiro a lei que ele deveria regulamentar e depois a CF, ofendendo o Princípio da Legalidade, que determina que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ele é ilegal antes de ser inconstitucional e isso caracteriza a chamada **inconstitucionalidade reflexa** (indireta), que não admite ADI, pois basta sua decretação da ilegalidade.

É o que ocorre com o artigo 49, inciso V da CF, ao determinar que o Congresso Nacional, quando se deparar com um decreto ilegal, poderá sustá-lo. Parte da doutrina entende que esse artigo é uma figura de controle repressivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo. Porém, sob a ótica da inconstitucionalidade reflexa, nota-se que não se trata de controle de constitucionalidade, mas de legalidade.

Por outro lado, o artigo 84, incisos VI e XII da CF, que estabelece as atribuições do Presidente da República, prevê, dentre elas, a possibilidade de ele dispor de dois assuntos mediante **decretos autônomos** (chamados de autônomos porque não têm por objetivo a regulamentação da lei). Neste caso, tais decretos serão norma jurídica originária e não regulamentar. Logo, em face deles, é cabível ADI. Conclui-se então que a ADI não pode ser utilizada em face de decretos regulamentares, mas é possível sua utilização em face de decretos autônomos.

As leis são genéricas, abstratas, enquanto os atos administrativos têm efeitos concretos e, em regra, são instrumentalizados por meio de decretos. Se o decreto veicular ato de efeitos concretos e pessoais será chamado de **lei de efeitos concretos**, sendo passível de ADI, pois consiste em ato administrativo em forma de lei. Por exemplo, se a Administração Pública autoriza genericamente a instalação de bancas de jornal em calçadas que possuam mais de 5m de largura, essa norma, por ser genérica e impessoal, destina-se a todos os administrados. Contudo, se o ato administrativo vier a autorizar pessoa determinada a instalar uma banca de jornal em um ponto específico da calçada, estaremos diante de um ato concreto e pessoal, logo, passível de ADI. Por muito tempo o STF relutou em admitir ADI em face de lei de efeitos concretos, mas terminou por flexibilizar seu entendimento ante uma lei de efeitos concretos de extrema importância para o Brasil: a lei orçamentária. O Supremo passou a entender que se a norma tiver forma de lei será passível de ADI, ainda que seja uma lei de efeitos concretos.

b) Pedido na ADI: a princípio, a Corte só vai se pronunciar a respeito do pedido indicado pelo autor, que é deduzido na fundamentação, tudo em observância ao princípio do pedido. Porém, embora o pedido seja

fechado, a causa de pedir é aberta, por isso o STF não fica adstrito às razões trazidas pelo autor, a Corte tem que examinar todos os aspectos da lei para aferir se ela está ou não de acordo com a CF.

Assim, se a ADI apresentada indicar contrariedade material entre a lei e um artigo da CF, e o STF, ao examinar a questão, entender que não há contrariedade material e sim vício formal, declarará sua inconstitucionalidade. Pode-se assim, ter sido requerido o reconhecimento da inconstitucionalidade por um motivo e obter-se por outro, possibilidade esta que não é admitida em uma ação processual civil comum. Contudo, para se evitar o “aventureirismo político”, ao autor é obrigatória a apresentação das razões, sob pena do indeferimento liminar da petição inicial.

Porém, há duas situações que representam exceções à regra do pedido fechado, nas quais a Corte vai declarar a inconstitucionalidade de normas que não foram pedidas pelo autor. Trata-se da chamada **inconstitucionalidade por arrastamento**, que pode ocorrer de duas formas:

- **Normas dependentes** – nesses casos, o certo seria o autor já incluir no pedido a declaração de inconstitucionalidade das normas que lhe são referidas. Mas se o autor não o fizer, o STF estende a declaração de inconstitucionalidade a essa norma dependente; e

- **Efeito repristinatório indesejado** – ocorre na sucessão de leis. A decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma desde a sua origem equivale ao reconhecimento de nulidade dessa norma. Aquilo que é nulo não produz efeitos válidos, ao passo que o anulável produziu efeitos válidos até ser anulado. Assim, se a norma não produziu nenhum efeito válido, nem mesmo revogou a lei anterior. Esse é o chamado efeito repristinatório: reconhecimento da vigência de uma norma cuja revogação ocorreu por norma nula. Porém, se ao examinar a norma revogadora e reconhecer sua inconstitucionalidade, o STF verificar que a lei anterior tinha o mesmo vício, esta também será declarada inconstitucional. Ocorrerá o chamado efeito repristinatório indesejado e, neste caso, também é aplicada a inconstitucionalidade por arrastamento, ainda que o autor não tenha pedido.

c) Procedimento da ADI: se a petição inicial for indeferida, tal decisão é passível de recurso de agravo. Contudo, sendo admitida a inicial, o Supremo tomará algumas providências que viabilizarão a análise da ADI:

- Expedir ofícios para colher informações das autoridades que fizeram a lei;

- Intimar o PGR para emitir parecer, que é livre, e, portanto, mesmo que tenha sido ele o autor da ação, poderá pleitear posteriormente em novo parecer sua improcedência;

- Citar o Advogado Geral da União (AGU) para que ele venha defender

a constitucionalidade da norma. Embora não exista contraditório, na ADI por ação, o AGU deve obrigatoriamente vir ao processo defender o texto ou ato impugnado, pois é curador da presunção de constitucionalidade das normas. Seu parecer será necessariamente no sentido da constitucionalidade da norma, ainda que como pessoa física entenda que o ato é inconstitucional. A única exceção é no caso de o STF já ter decidido anteriormente no caso concreto pela inconstitucionalidade;

- Poderá ouvir o *amicus curiae* e realizar audiência pública.

Nas ações de constitucionalidade é possível produzir provas, determinar a realização de inspeções, perícias, audiências. O exame de constitucionalidade não é mero exame entre normas, às vezes é essencial descobrir quais são os fatos sociais subjacentes, que podem ser elementos essenciais ao julgamento. Por exemplo, há casos em que o STF reconhece a inconstitucionalidade da norma, mas os fatos sociais impedem que esta seja retirada do ordenamento jurídico. É o caso das chamadas **normas ainda constitucionais em processo de inconstitucionalização**, ou seja, em trâmite para a inconstitucionalidade quando ocorrer fato social novo. Por exemplo, quando houver o estabelecimento da Defensoria Pública em todas o país, será declarada a inconstitucionalidade da norma que permite ao Ministério Público ajuizar ações em lugares em que não há Defensoria Pública constituída. À sentença em ADI que declara norma ainda constitucional em processos de inconstitucionalização se dá o nome de **sentença intermediária de constitucionalidade**.

Em seguida, em plenário, o Supremo julgará a ADI se pronunciando quanto à sua constitucionalidade, observado o quórum de instalação para a sessão do STF, estabelecido pelo artigo 22 da Lei 9.868/99: pelos menos oito ministros. Já a declaração de inconstitucionalidade depende de seis votos, ou seja, maioria absoluta, conforme prevê o artigo 97 da CF.

De acordo com a “Teoria da Anulabilidade”, de Kelsen, o controle de constitucionalidade é um provimento de natureza constitutiva negativa, que passa a reconhecer uma situação a partir de então. O ato anulável tem validade até o provimento. Em razão disso, se reconhece a invalidação do ato que, embora exista, passa a não ter eficácia.

Já segundo a “Teoria da Nulidade”, de Marshall, a lei inconstitucional é um ato nulo e, através do controle de constitucionalidade, tal nulidade é reconhecida desde seu nascimento. O provimento que declara essa situação tem natureza retroativa e declaratória, pois a lei nasceu morta, com vício congênito. Embora esta seja a teoria adotada no sistema brasileiro, em alguns casos, é possível que o STF flexibilize o princípio da nulidade e module os efeitos da decisão.

Para resolver o problema das relações jurídicas havidas durante o pe-

ríodo em que a norma esteve vigente é que existe a **modulação de efeitos**: a lei permite que, mediante quórum qualificado e por dois terços de votos (ou seja, devem estar presentes pelo menos oito ministros e todos estes votarem a favor da modulação), presente a necessidade de proteção de situações já consolidadas e ante a segurança jurídica, a Corte module os efeitos da sua decisão. Se esse quórum não for alcançado, o efeito será o comum: *ex tunc*. Sendo o quórum alcançado, a Corte pode modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de várias maneiras: a partir da propositura da ação, a partir da liminar, a partir do acórdão, podendo até mesmo ter eficácia futura (efeito prospectivo), anulando a lei a partir dessa data e mantendo válidos os efeitos produzidos antes disso.

A decisão que declara a inconstitucionalidade da norma, em regra, tem efeitos retroativos, reconhece a inconstitucionalidade da norma desde a sua origem (sendo nula, tudo o que aconteceu na sua vigência será considerado inválido). Por sua vez, a decisão que modula o momento do reconhecimento da inconstitucionalidade é equivalente à anulação da norma. A diferença entre nulidade e anulação é que na naquela todos os efeitos são igualmente nulos; ao passo que, quando a norma é anulada, os efeitos até então produzidos são considerados válidos, deixando de sê-los dali pra frente.

No caso de haver colisão entre coisa julgada em determinado sentido e o efeito vinculante de nova decisão em sentido diverso, prevalece o entendimento de que a coisa julgada não pode prevalecer diante de uma decisão com efeitos vinculantes. Logo, esta prevalecerá, mas com efeitos *ex nunc*, preservando-se a segurança das relações jurídicas já consolidadas. Todavia, caso a nova interpretação se dê dentro do prazo decadencial de dois anos após o trânsito em julgado da sentença anterior, caberá ação rescisória em face da coisa julgada inconstitucional, devendo ser afastada a Súmula 343 do STF.

Portanto, se a decisão ulterior vinculante vier antes do prazo prescricional para ajuizamento de ação rescisória, pode a coisa julgada ser relativizada por meio do manejo dessa ação, porém os efeitos da decisão serão *ex nunc*. Caso o prazo para rescisória já tenha prescrito, a CJ produziria todos os seus efeitos até a data da publicação da decisão vinculante do STF em sentido diverso, mas, a partir daquela data, prevalecerá a decisão do STF.

Importante frisar que as ações de constitucionalidade são imprescritíveis, podendo ser ajuizadas a qualquer tempo.

d) Liminar e efeitos próprios da declaração de inconstitucionalidade: é possível a concessão de cautelares na ADI, desde que esse ato seja realizado pelo plenário, na presença de oito ministros e por maioria

absoluta do plenário da Corte, ou seja, seis votos. Durante os períodos de recesso do Tribunal, em se tratando de uma medida urgente, o relator poderá conceder a medida e, posteriormente, submeterá a questão à análise do plenário. É o que está previsto no artigo 10 da Lei 9.868/99.

Apesar de a lei chamar de cautelar, em verdade trata-se de antecipação de tutela, pois tal provimento é satisfativo e confunde-se com o pedido, além de não ser processado em autos apartados da ação principal.

A concessão de tal medida produzirá o efeito repristinatório, ou seja, aplica-se a legislação anterior àquela norma declarada inconstitucional. Produzirá também efeitos *erga omnes*, sendo ordinariamente *ex nunc*. Mas, excepcionalmente, poderá ter efeitos *ex tunc*. É o contrário do que ocorre com a decisão definitiva, que, em regra, tem efeitos retroativos e excepcionalmente tem efeitos *ex nunc*. Em tese, não cabe nenhum meio de impugnação em face da antecipação de tutela, pois caso fosse interposto agravo regimental, seria o próprio pleno que iria apreciá-lo.

e) Decisão final: pode ser de procedência, improcedência ou procedência parcial e, respectivamente, o pedido poderá ser acolhido para se declarar a inconstitucionalidade, não ser acolhido ou acolhido em parte.

Vale reforçar que a decisão final do STF pressupõe a presença de pelo menos oito ministros no plenário e, para que se reconheça a inconstitucionalidade da norma, a maioria absoluta deve votar nesse sentido, ou seja, pelo menos seis ministros. Neste caso, se, por exemplo, presentes oito ministros à sessão, e apenas cinco votarem pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, tal decisão não terá efeito algum, conforme prevê o artigo 23 da Lei 9.868/99.

A decisão do STF produz eficácia *erga omnes* (eficácia geral). Como não há partes nessas ações, a decisão é objetiva e, portanto, alcança todas as pessoas. Todos estão obrigados a atuar no sentido da decisão do STF, operadores jurídicos e administrativos têm que decidir na conformidade desse efeito vinculante, que só não afeta o Poder Legislativo. Desse modo, se um juiz descumprir a decisão vinculante do Supremo, poderá ser apresentada uma Reclamação Constitucional ao STF, para preservar sua competência e a autoridade das suas decisões, de acordo com o artigo 102, inciso I, alínea “I” da CF. Em tese, qualquer atuação desconforme com o efeito vinculante seria passível de reclamação. Porém, se quem descumpra a decisão é a Administração Pública, devem ser provocados os órgãos inferiores do Judiciário, em primeiro lugar. Mas, se a decisão desconforme é do próprio Judiciário, neste caso, poderá ser apresentada reclamação perante o STF.

A declaração de inconstitucionalidade é sempre uma rusga com os demais poderes, pois declara que o Legislativo ou Executivo agiram em

desconformidade com a Constituição. Em razão da limitação da legitimidade do STF, e tentando preservar as normas existentes é que a declaração de inconstitucionalidade é o último recurso e só deve ser proferida em situações irremediáveis, nas quais não há outro proceder. É a chamada autorrestrição (*self restraint*): a Corte só declara a inconstitucionalidade quando não tiver jeito; se houver jeito de preservar a norma, ela será preservada. Por isso há uma técnica no controle de constitucionalidade chamada **interpretação conforme a Constituição**, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, que consiste em interpretar a norma de uma maneira que preserve a sua constitucionalidade sempre que for possível. Essa técnica se insere no chamado princípio da conservação de normas. Note-se que a interpretação conforme a Constituição só é possível quando o texto da norma autoriza uma segunda leitura, pois é ao mesmo tempo uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade e também uma técnica de hermenêutica.

Nas ações em geral, apenas a parte dispositiva da sentença produz coisa julgada material. Nas ações constitucionais, porém, os efeitos da coisa julgada poderão alcançar também a fundamentação. Quando a Corte se vale da técnica da interpretação conforme a Constituição, as razões que determinaram a decisão serão também de observância obrigatória. É a chamada **eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão**, em que há a transcendência das razões determinantes da sentença. Não basta o STF dizer que a norma é ou não inconstitucional, mas o porquê, e esses motivos também são igualmente obrigatórios. Por conta dessa eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pode atingir outra norma que não tenha sido objeto da ADI. Por exemplo, se o STF declara a inconstitucionalidade de um artigo do Regimento Interno de determinado tribunal, tal decisão alcança os demais tribunais que produziram ato normativo similar, pois há um dever de conformação às decisões do STF. Em tese, os demais tribunais devem revogar aquela lei em homenagem a tal decisão. Já houve julgados do STF nesse sentido, embora ainda não haja jurisprudência sobre o tema.

Há outra técnica de decisão que tem o mesmo objetivo de preservar a norma, evitando a declaração de inconstitucionalidade, embora não seja apta a evitar totalmente essa declaração. É a chamada **declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**. Segundo alguns doutrinadores, tal nomenclatura advém de equivocada tradução do alemão, pois a versão mais adequada para o português seria declaração de inconstitucionalidade de um dos efeitos da norma. Por exemplo, a CPMF foi um tributo criado na competência residual da União, instituído

adequadamente por lei complementar. Porém, sua cobrança iniciou-se no mesmo ano da instituição, desrespeitando o princípio da anualidade tributária. Por conta disso, foi proposta uma ADI perante o STF e este entendeu que a norma não era inconstitucional, mas apenas a sua cobrança. Desse modo, declarou inconstitucional sua cobrança dentro do mesmo exercício, preservando a lei e invalidando seu efeito apenas para aquele ano.

O resultado prático da adoção dessa técnica é que eventual ADI seria julgada parcialmente procedente. Esta é a diferença entre a interpretação conforme (em que haverá a improcedência da ADI) e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (em que haverá a procedência parcial), ou seja, o resultado das ações será diferente.

A terceira técnica largamente utilizada para evitar a declaração de inconstitucionalidade, também advinda do Tribunal Federal Alemão, é a **declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade**. Como exemplo, pode-se citar a lei que fixou o valor atual do salário mínimo em seiscentos e vinte e dois reais. Tal lei é evidentemente inconstitucional, pois a CF, em seu artigo 7º, inciso IV, diz que o salário mínimo deve atender às necessidades vitais básicas e não atende. Proposta uma ADI em face dessa lei, e sendo declarada sua inconstitucionalidade, voltaria a ser aplicada a lei anterior que instituía um salário menor ainda. Como não há como resolver essa questão no âmbito do controle de constitucionalidade, a solução engendrada pela doutrina alemã foi declarar a inconstitucionalidade sem anular a lei, e ela continua sendo aplicada. Na Alemanha, essa técnica é acompanhada do chamado apelo ao legislador: o assunto não pode ser resolvido no Judiciário, devendo o legislador buscar uma solução para isso; portanto, a Corte apenas diz que a norma está em desconformidade com a CF e remete o assunto ao legislador que, em tese, seria quem pode resolver a questão.

3.2.1.2 ADI por omissão (ADO)

É notório que a CF/88 está repleta de normas de eficácia limitada, as quais dependem de leis que as implementem. Quando existe uma norma constitucional de eficácia limitada e não advém uma norma infraconstitucional regulamentadora, diz-se que o Congresso Nacional está em omissão, há uma **lacuna técnica**. Porém, a omissão inconstitucional pode referir-se também a atos normativos secundários de competência do Executivo (como regulamentos, instruções etc.), ou até de atos do próprio Judiciário (como algum aspecto de seu Regimento Interno). Nesse caso, estes órgãos é que estão em omissão.

Em havendo lacuna técnica da Constituição, existem dois caminhos para se tentar forçar a regulamentação do direito:

a) Mandado de injunção: possui um aspecto mais limitado do que a ADO, pois se refere exclusivamente a direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas da nacionalidade, cidadania ou soberania; ou

b) ADI por omissão: consistem num mecanismo concentrado de controle da omissão e serve para qualquer omissão constitucional. O pedido nessa ação é que se reconheça uma omissão estatal, e essa ação produz dois efeitos:

- Cientificação do poder competente para suprir a omissão. Porém, se este nada fizer, tudo continua como está, pois o nosso sistema não prevê nenhum mecanismo para forçar a atuação ulterior do poder competente, embora pudesse ter previsto, por exemplo, o trancamento de pauta da Casa Legislativa, regime de urgência etc; ou

- Mandamento para que o órgão administrativo crie a norma no prazo de 30 dias ou em prazo razoável, de acordo com o artigo 12-H da Lei 9.868/99 (embora a CF fixe apenas o prazo de 30 dias).

Portanto, em se tratando de órgão administrativo, o STF fixará prazo para que o órgão supra a omissão, pena de caracterização de crime de desobediência, pois tem caráter mandamental. Já com relação aos demais poderes, o STF não pode fixar prazo, pois não pode obrigar o poder a legislar. Trata-se de simples comunicação, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes. O mandado de injunção visa concretizar, enquanto a ADO visa comunicar.

Os legitimados ativos da ADI por omissão são os mesmos da ADI genérica; já o legitimado passivo é o poder que deve suprir a medida para torná-la efetiva. A antecipação de tutela somente é possível em situações de urgência e relevância, conforme prevê o artigo 12-F da Lei 9.868/99. Na ADI por omissão, o AGU não é citado para vir defender a constitucionalidade da norma, ele só atua na ADI por ação. Com exceção dessas diferenças, todo o procedimento aplicável à ADI genérica é também aplicável à ADO.

3.2.1.3 ADI Interventiva

Nessa ação, o pedido é que a União intervenha no Estado porque este faltou com um dever constitucional. A questão constitucional não integra o pedido, mas o seu fundamento. Logo, é uma ação de controle concentrado do caso concreto.

Essa foi a primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade prevista no Brasil e surgiu baseando-se nas hipóteses de intervenção

federal. A ideia de intervenção é a antítese do conceito de federação e revela que, havendo necessidade, a União intervirá nos Estados, no Distrito Federal (DF) e nos municípios localizados em territórios. A intervenção se dá por meio de decreto presidencial e, segundo José Afonso da Silva, ela caracteriza-se como o *punctum dolens* (ponto sensível), ora chamada de crise constitucional.

A ADI interventiva é cabível apenas em duas das hipóteses de intervenção:

- a) **Prover execução de lei federal** – art. 34, VI, primeira parte c/c art. 36, III parte final; ou
- b) **Promover a defesa da observância dos chamados princípios sensíveis da Constituição** – art. 34, VII c/c art. 36, III.

Nessas hipóteses, a intervenção efetiva só pode ocorrer mediante provimento de ADI interventiva que tramitará perante o STF e cujo único legitimado para propositura é o PGR. O objeto dessa ação é sempre o descumprimento de lei federal ou ordem judicial, ou violação aos princípios sensíveis da CF.

O procedimento dessa ação se desdobra em três fases distintas:

1ª fase – fase jurisdicional: o PGR apresenta o pedido de representação perante o STF. Este analisa se há o descumprimento de uma lei federal ou violação aos princípios sensíveis e, em havendo, julgará procedente e requisitará a intervenção ao Presidente da República (PR). Neste caso, o PR é obrigado a promover a intervenção.

2ª fase – intervenção normativa: o decreto presidencial limita-se a suspender o ato impugnado (que descumpra lei federal ou viola princípios sensíveis), determinando a execução da lei federal ou a observância do princípio violado, caso seja suficiente para restabelecer a normalidade. Nesta fase não há controle político pelo Congresso Nacional (CN).

3ª fase – intervenção administrativa: o PR decreta verdadeira intervenção, afastando o governador e nomeando interventor. Esta situação exige controle político pelo CN.

Por simetria, os estados poderão intervir em seus municípios. A intervenção se dá por meio de decreto do governador e a representação interventiva é feita pelo Procurador Geral de Justiça (PGJ) perante o TJ. Caso o TJ julgue procedente a ação, requisitará a intervenção ao governador do estado e essa requisição é vinculativa. Nesse caso, em sendo hipótese de intervenção administrativa, o governador afastará o prefeito e nomeará um interventor. O controle político será exercido pela Assembleia Legislativa do Estado.

Ao contrário do que ocorre no âmbito federal, só existem duas hipóteses de provocação de intervenção em âmbito estadual:

- Espontânea (de ofício): o governador poderá decidir pela intervenção no município quando ocorrerem as hipóteses previstas no artigo 35, incisos I, II e III da CF; ou
- Provocada por requisição do TJ: quando este prover a representação interventiva estadual, conforme revela o artigo 35, inciso IV da CF.

A CF, em seu artigo 35, inciso IV, exige que a Constituição Estadual (CE) de cada ente indique seus próprios princípios sensíveis, a exemplo do artigo 34, inciso VII. Porém, a maioria das CEs descumpre essa regra.

3.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

A ADC surgiu por motivação política na época das privatizações. O governo federal queria privatizar diversas empresas públicas e os que eram contrários a isso montaram uma verdadeira ação de guerra: ajuizavam ações concomitantes em diversos estados do Brasil a fim de obter declaração liminar de inconstitucionalidade das privatizações, por meio do controle difuso. Como toda lei ou ato normativo se presume constitucional, criou-se a ADC a fim de afastar controvérsia acerca de sua constitucionalidade, tendo em vista que essa presunção é relativa. Assim, o objetivo da ADC é transformar a presunção relativa de constitucionalidade em absoluta, não mais se admitindo prova em contrário (seja por meio de ADI ou do controle difuso), pois, julgada procedente uma ADC, tal decisão vinculará os órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública, que não mais poderão declarar a inconstitucionalidade da aludida lei, ou agir em desconformidade com a decisão do STF.

A ADC será julgada pelo STF e tem legitimidade para propô-la os mesmos legitimados da ADI. Contudo, só cabe ADC em face de normas federais, não cabendo em face de normas estaduais ou municipais.

É uma ação dúplice porque quando o STF julga procedente uma ADC está dizendo que a norma é constitucional; e quando a julga improcedente é o mesmo que dizer que a norma é inconstitucional. Assim como na ADI, na ADC é possível obter também a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, as duas ações podem levar à mesma conclusão. As chamadas ações dúplipes são aquelas nas quais se podem deduzir um pedido contra o autor da ação sem a necessidade de reconvenção. Em razão desse efeito dúplice é que se diz que tudo o que pode ser invocado na ADI também poderá ser invocado na ADC e vice-versa.

O artigo 21 da Lei 9.868/99 – que trata de medida cautelar na ADC, traz uma novidade: na ADC, caso o STF conceda uma antecipação de tutela, esta suspenderá por 180 dias todas as ações em trâmite que con-

trovertem sobre a lei em questão. Porém, se após esse prazo, o mérito da ADC não for julgado, a liminar perde sua eficácia e os juízes podem sentenciar. Contudo, se a ADC for julgada, terá efeito vinculante. Em face do caráter dúplice, a aplicação dessa suspensão dos processos também deve ser aplicada na ADI.

Tirando o fato de a ADC só caber em face de leis federais e do AGU não ser citado para defender a constitucionalidade do ato, a ADC segue o mesmo rito da ADI e seus efeitos são exatamente iguais.

3.2.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

Regulamentada pela Lei 9.882/99, essa ação foi inspirada no modelo alemão chamado reclamação constitucional e está prevista no art. 102, §1º da CF.

Pacificou-se o entendimento de que é uma ação em face do descumprimento de uma regra ou princípio fundamental decorrente da Constituição. Mas pode também realizar o controle concentrado abstrato de normas anteriores à CF e leis ou atos normativos municipais, isto é, aferir em abstrato o fenômeno da recepção dessas normas.

Desse modo, pode-se classificar a ADPF em duas modalidades:

a) ADPF autônoma: prevista no artigo 102, §1º da CF, seu objeto é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público.

b) ADPF por equivalência ou equiparação: com previsão no artigo 102, parágrafo único da CF, possibilita ser objeto de ADPF lei municipal e leis editadas antes de 1988, pois estas não podem ser objeto de ADI. A nomenclatura refere-se à equivalência da ADPF em relação à ADI.

Não é o descumprimento de qualquer norma ou regra constitucional que dará ensejo à ADPF, mas apenas das que mereçam o predicado de fundamentalidade. Nesse contexto, dizer que todas as regras da Constituição são fundamentais tornaria o tema sem sentido; portanto, deve-se reconhecer entre as normas constitucionais quais são as fundamentais.

O primeiro acórdão do STF tentando definir o que são preceitos fundamentais, na expressão máxima de seu poder, entendeu que preceito fundamental seria tudo aquilo que a Corte considerasse como tal. A lei editada em 1999 curiosamente também não trouxe essa definição. Há uma orientação doutrinária que afirma serem os preceitos fundamentais da CF/88 os seus **quatro primeiros artigos** e todos os **demais que deles decorrerem**, ou seja, aqueles que concretizam de alguma maneira tais preceitos:

– Art. 1º: Somos uma República, uma federação e um Estado Democrático de Direito que apresenta como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre empresa, e o pluralismo político;

– Art. 2º: Separação de poderes;

– Art. 3º: Objetivos fundamentais da nossa república; e

– Art. 4º: Princípios das relações internacionais do Brasil.

Direitos fundamentais em sentido material são as garantias ligadas à dignidade da pessoa humana; em sentido formal são todos aqueles que a CF chama por esse nome. Muitos dos itens presentes no artigo 5º não guardam respeito com a dignidade da pessoa humana, mas são direitos fundamentais porque estão ali localizados.

De acordo com a orientação do STF, a ADPF tem **caráter subsidiário**, ou seja, não cabe ADPF se existir outro meio jurídico hábil para sanar a lesividade. A ADPF é subsidiária inclusive da ADI. Por exemplo, a liberdade individual é um preceito fundamental consagrado pela CF/88. Contudo, se alguém for preso ilegalmente, não pode ser proposta ADPF, porque há um remédio constitucional apropriado, que é o *habeas corpus*.

Os mesmos legitimados da ADI podem propor ADPF, a qual também deverá ser proposta perante o STF, cabendo, inclusive, a concessão de liminares e *amicus curiae*. Assim como ocorre com a ADC, a ADPF segue o mesmo procedimento da ADI, exceto o fato de que na ADPF o AGU não é citado para defender a constitucionalidade do ato. Entretanto, a Lei 9.882/99 trouxe algumas peculiaridades inerentes a essa ação constitucional:

i) Pela leitura do artigo 1º da Lei 9.882/99, existem duas possibilidades de ajuizamento da ADPF: **ADPF preventiva** – para se evitar a lesão a preceito fundamental; e **ADPF reparatória** – para reparar a lesão a preceito fundamental, já ocorrida.

Nessa modalidade, a ameaça ou lesão a preceito fundamental é a causa de pedir e não o pedido. Este é feito porque a atuação do Poder Público já ameaçou ou lesionou o preceito fundamental; portanto, como a questão constitucional não está no pedido, essa modalidade de ADPF não enseja controle abstrato de constitucionalidade, tratando-se de um mecanismo de controle concentrado no caso concreto. Todavia, embora seja controle no caso concreto, produz efeitos *erga omnes, ex tunc* e *vinculante*.

O que caracteriza o controle abstrato de constitucionalidade é o pedido que se formula na ação. Se esse pedido for para se declarar algo constitucional ou inconstitucional, trata-se de controle abstrato. Se o pedido referir-se a coisa diversa, mas vier fundamentado numa questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ele será controle do caso

concreto. A ADPF prevista no artigo 1º, *caput*, da Lei 9.882/99 pede a evitação ou reparação de uma lesão. Tal pedido não trata, portanto, de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Essas matérias servirão de fundamento do pedido, o que é próprio do controle do caso concreto.

ii) O ato ofensivo ao preceito fundamental deve provir do Poder Público, nunca de particulares, a menos que estes ajam em nome do poder público.

iii) Cabe ADPF em face de atos comissivos ou omissivos do Poder Público, que possam ameaçar ou que tenham lesionado preceitos constitucionais essenciais, e desde que não protegidos suficientemente por outras ações.

iv) A ADPF é uma ação de **controle concentrado ora concreto, ora abstrato**, pois além da modalidade contida no *caput* do art. 1º, existe outra prevista no parágrafo único, que é totalmente diferente: permite o controle de constitucionalidade de leis municipais e de leis anteriores à CF/88.

Nessa modalidade, o controle é concentrado e abstrato, porque se prende exclusivamente a saber da constitucionalidade entre uma lei ou ato normativo e a CF. Seu pedido é a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Já que não cabe ADI em face de lei ou ato normativo municipal, nem em face de normas anteriores à CF/88, caberá ADPF. Para o STF, a não recepção equivale à revogação da norma, não cabendo ADI em face de norma anterior à CF, pois, nesta ação, o parâmetro deve ser precedente ao seu objeto. Portanto, a ADPF surgiu para completar lacunas deixadas pela ADI. Alguns doutrinadores chegam a afirmar que esse parágrafo único é inconstitucional, pois não tem qualquer ligação com preceito fundamental, logo, ele tinha que sair da lei que regulamenta a ADPF e ir para a ADI, assim restaria apenas a primeira modalidade de ADPF.

v) Não é possível modular os efeitos de uma ADPF relacionada a normas anteriores à CF/88, pois, quando o STF examina a chamada inconstitucionalidade superveniente, o que está fazendo é aferir se a norma foi ou não recebida. Se, numa ADPF, a Corte concluir que a norma anterior à CF/88 não foi recebida, isso equivale a dizer que em 05/10/1988 houve a revogação da norma, não sendo possível, portanto, modular os efeitos dessa decisão. Todavia, na ADPF por equivalência, que tem por objeto a análise de constitucionalidade de lei municipal, admite-se a modulação dos efeitos da decisão, conforme dispõe o artigo 11 da Lei 9.882/99.

Na doutrina, entende-se ainda que existe uma ADPF incidental, na qual, o juiz, ao julgar um caso, verificando que a norma ou uma atuação qualquer do poder público ofenderia um preceito fundamental constitucional, poderia levar a questão ao STF para que este se pronunciasse.

Entretanto, o próprio STF já se pronunciou sobre o assunto, entendendo que somente a CF pode tratar da sua competência, e ela não menciona modalidade incidental de ADPF.

Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. É como se o acórdão tivesse um novo elemento (além do relatório, fundamentação e dispositivo), e é essa parte que vai produzir os efeitos gerais e vinculantes.

3.3 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS-MEMBROS

Primeiramente, cabe lembrar que o juiz estadual, ao exercer o controle difuso, poderá deixar de aplicar uma lei por ofensa à CE e CF, mas não pode deixar de aplicar uma lei nacional porque é incompatível apenas com a CE, pois o parâmetro de uma norma federal é sempre a CF, nunca uma CE.

O controle concentrado abstrato estadual está previsto no artigo 125, §2º da CF, que determina que os estados-membros criam a representação de inconstitucionalidade. De acordo com esse dispositivo, cabe aos estados-membros definir a legitimidade para propositura da ADI estadual, podendo ir além da simetria, sendo vedada a atribuição da legitimação a um único órgão. Em recente julgado, o STF entendeu que a ampliação da legitimidade ativa não viola a CF.

A ADI estadual será julgada pelo Tribunal de Justiça (TJ) e terá por objeto lei municipal ou lei estadual, sendo o parâmetro de controle sempre a CE. Quando o TJ julgar essa ação, ela produzirá efeitos *erga omnes* e vinculantes. Lembrando que, para o caso de declaração de inconstitucionalidade da norma, deverá ser respeitada a reserva de plenário prevista no artigo 97 da CF. O TJ não pode julgar uma lei estadual por ser incompatível com a CF, exceto no controle difuso, porque o STF é que é o guardião da CF.

Via de regra, da decisão do TJ local, em controle abstrato de lei estadual ou municipal diante da CE, não cabe recurso para o STF. Porém, se o que está previsto na CE também estiver na CF e for norma de reprodução obrigatória, isto é, normas que devem ser reproduzidas na simetria, excepcionalmente caberá Recurso Especial para o STF contra o acórdão do TJ, já que este não é intérprete final da CF. Verifica-se, nesta hipótese, a utilização de um recurso, que é inerente ao controle difuso, no controle concentrado. Isso, segundo os especialistas, corresponde a um arranjo processual, já que o STJ irá analisar a constitucionalidade de lei municipal perante a CF e com efeitos *erga omnes*.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo o ordenamento jurídico uma ordem unitária na qual todas as normas devem conviver harmoniosamente, a existência de um escalonamento normativo é pressuposto necessário para se manter a supremacia da Constituição. Esta deve estar no topo do sistema e é nela que o legislador infraconstitucional deve se pautar a fim de encontrar parâmetros e limitações para a elaboração legislativa, devendo ser prontamente afastadas quaisquer desvirtuações.

A análise de constitucionalidade das espécies normativas consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de se verificar sua compatibilidade com as normas constitucionais. Ao instrumentalizar esse mecanismo de averiguação da adequação das leis e atos normativos, que se dá por meio do processo objetivo, o controle de constitucionalidade se vale de expedientes singulares, próprios das ações de constitucionalidade, o que muitas vezes faz o tema parecer pouco acessível.

Em razão de ser o tema repleto de minúcias e suas respectivas ações possuírem trâmite bastante peculiar, a análise sistemática do assunto buscou aclarar numa abordagem sistematizada cada um dessas ações de jurisdição constitucional.

A SYSTEMATIC APPROACH IN CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

ABSTRACT: The idea of judicial review is linked to the supremacy of the Constitution on the entire legal system. It is also linked to the constitutional rigidity and protection of fundamental rights. In this perspective, the existence of a normative scaling assumption is necessary to maintain the constitutional supremacy, so that it is the legislator infra Poute and find the parameters and limitations for lawmaking, should be promptly removed any desvirtuações. The judicial review, either by direct action or indirectly, is the mechanism for reviewing the adequacy of the normative species and forms in comparing them with certain formal and material requirements in order to check its compatibility with the standards constitutional. This theme is permeated with minutiae and their actions have singled proceeding, so that this analysis seeks to develop a systematic overview of each of these actions of constitutionality.

KEYWORDS: Judicial review. Generic ADI. ADO. ADI intervening. ADC. ADPF.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.