

TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. Supremacia da Constituição e Bloco de Constitucionalidade

O princípio da Supremacia da Constituição é decorrente da rigidez desta. Isto porque da rigidez decorre o princípio da compatibilidade vertical do ordenamento jurídico, segundo uma norma só será válida se produzida de acordo com o seu fundamento de validade.

A supremacia poderá ser material – decorrente de seu conteúdo – ou formal – decorrente de seu processo de formação -, e, portanto, atributo específico das constituições rígidas e da manifestação da superioridade hierárquica.

Mas qual o conteúdo material de uma Constituição? O que dá a ela supremacia material? Qual o conteúdo de uma Constituição permite exercer o controle de constitucionalidade? Apenas aquele escrito em um documento codificado?

Surge, então a concepção de bloco de constitucionalidade¹, que pode variar conforme o sentido atribuído pela doutrina. Em sentido **estrito**, bloco de constitucionalidade compreende as normas constitucionais expressas ou implícitas. Ou seja, no Brasil a CF/88 e os Tratados Internacionais inseridos nos termos da EC/45 (art. 5º, §3º, CF). Já em sentido **amplo**, bloco de constitucionalidade abrange também normas infraconstitucionais que sejam materialmente constitucionais.

2. Natureza da Lei Inconstitucional

Há dois posicionamentos, que para além da discussão teórica, levam a importantes diferenças práticas:

(i) Ato Nulo: é o entendimento clássico adotado pela doutrina norte-americana, desde o famoso precedente “Marbury vs. Madison”, que determinou que a lei inconstitucional é um ato nulo, ou seja, tem um vício originário insanável; já

¹ Concepção desenvolvida por Louis Favoreau, em referência às normas com status constitucional que integram o ordenamento jurídico francês com o intuito de abranger a Constituição de 1958, o preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, além de outras normas de valor constitucional.

nasce morta (vício congênito). Assim, o ato judicial terá natureza declaratória, pois apenas vai declarar sua nulidade preexistente.

(ii) Ato Anulável: é a concepção adotada pelo sistema austríaco (influenciado por Hans Kelsen), de que a lei inconstitucional seria um ato anulável. Ou seja, a lei inconstitucional será válida e eficaz até o pronunciamento da Corte Constitucional. Assim, a decisão judicial tem natureza constitutiva, pois não declara uma nulidade preexistente, mas anula; cassa a lei. Tal entendimento, inclusive, respeita o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e concede maior segurança jurídica.

3. Formas de Inconstitucionalidade

(i) Quanto à Conduta:

- a) por ação: o Poder Público edita normas em desacordo com a Constituição.
- b) por omissão: ocorre quando não são adotadas, ou não são adotadas de modo suficiente, medidas legislativas ou executivas necessárias para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais carentes de legislação regulamentadora. Em um julgado, o Min. Celso de Mello chamou tal forma de inconstitucionalidade de fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1484/DF).

(ii) Quanto à Norma Constitucional Ofendida:

- a) inconstitucionalidade formal: há violação, por parte do Poder Público, de uma norma constitucional que estabelece a forma de elaboração de um determinado ato. Neste caso, poderá ser subjetiva (autoridade incompetente – em regra, relacionado à fase de iniciativa. Ex. art. 61) ou objetiva (relativa as demais formalidades e procedimentos estabelecidos. Ex. art. 60, §§).
- b) inconstitucionalidade material: há uma inconstitucionalidade de conteúdo, contrastando com a hierarquia da Constituição e com o princípio da unidade do ordenamento jurídico.

(iii) Quanto à Extensão:

- a) total: atinge uma lei, um ato normativo ou um dispositivo em sua integralidade, não restando qualquer parte válida à aplicação.

b) parcial: ocorre quando há omissão parcial ou apenas parte da lei ou dispositivo é incompatível com a Constituição.

(iv) Quanto ao Momento:

a) Originária: o ato violador ocorre após a vigência da norma constitucional. Está, assim, viciado desde sua origem.

b) Superveniente: o ato é elaborado em conformidade com a Constituição, mas a posterior alteração do parâmetro constitucional faz com que ele se torne incompatível com ela. No Brasil, o STF tem adotado o entendimento de que, neste caso, não se trata de inconstitucionalidade, mas de hipótese de não recepção. Tal se aplica caso ocorra a existência de um novo texto constitucional completo ou de uma alteração por emenda constitucional.

(v) Quanto ao prisma de apuração:

a) direta (imediata): há um confronto direto entre a norma questionada e a Constituição. Não há entre eles quaisquer atos normativos intermediários.

b) indireta (mediata): há uma norma intermediária entre o ato analisado e a Constituição. Aqui, a inconstitucionalidade poderá ser:

b1) indireta consequente (inconstitucionalidade por reverberação normativa, arrastamento ou aração): o vício da norma decorre da inconstitucionalidade de uma outra norma da qual ela depende. Observada a dependência dos dispositivos, ainda que não mencionados em ADI, poderá o STF, ainda assim, julgá-los inconstitucional.

b2) indireta oblíqua (reflexa): há a violação de uma norma infraconstitucional interposta entre o ato questionado e a Constituição. Neste caso, de fato, há uma ilegalidade direta e uma inconstitucionalidade indireta.

Estado de Coisas Inconstitucional: não trata em si de inconstitucionalidade técnica. Mas foi um termo adotado pelo Supremo na ADPF 347, que versou sobre as condições do sistema carcerário brasileiro. A ideia adveio da Corte Colombiana e o objetivo é o enfrentamento judicial de violações graves e sistêmicas dos direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais nas políticas públicas do Estado. Envolve caso de inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em atuar e solucionar o problema,

gerando uma verdadeira falha estrutural. A solução exige a atuação estratégica e conjunta de vários órgãos, estabelecendo diálogos institucionais, através de decisões do Poder Judiciário.

4. Formas de Controle de Constitucionalidade

(i) Quanto ao momento:

a) Preventivo: ocorrerá antes da promulgação da lei ou da emenda.

- Poder Legislativo: é exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça, que têm caráter permanente (art. 58), mas o parecer é não vinculativo.
- Poder Executivo: o controle preventivo ocorre por meio do veto jurídico oposto pelo Presidente da República a projeto de lei considerado inconstitucional (art. 66, §1º). O veto poderá ser jurídico ou político (interesse público).
- Poder Judiciário: só ocorre quando é impetrado Mandado de Segurança por parlamentar questionando a inobservância do processo legislativo constitucional. Isto porque tais parlamentares têm direito público subjetivo à observância do procedimento. No caso de superveniente perda de mandado pelo impetrante, o MS deve ser extinto por ausência superveniente de legitimidade ativa ad causam (MS 27.971). Nota-se que não há controle judicial material preventivo. Excepcionalmente, será cabível se projeto de emenda constitucional violar cláusula pétrea.

b) Repressivo: ocorre após a conclusão definitiva do processo legislativo. Ou seja, após a publicação, ainda que durante a *vacatio legis*.

- Poder Legislativo: o Congresso nacional pode sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem os limites da delegação legislativa ou do poder regulamentar (art. 49, V, CF). E pode, ainda, rejeitar medida provisória que considere inconstitucional.
- Poder Executivo: para parte da doutrina, o chefe do Poder Executivo pode negar cumprimento a uma lei que considere inconstitucional. Há grande divergência de tal entendimento após a CF/88, já que há previsão de legitimidade de tais autoridades em ajuizar ADI. Contudo, se tal ocorrer,

nos ditames dos princípios administrativos, o motivo da recusa deve ser dado por escrito, sendo concedida publicidade ao ato. Na hipótese, todavia, de declaração de constitucionalidade da lei pelo Poder Judiciário, a negativa de cumprimento pelo chefe do Executivo não poderá permanecer.

- Poder Judiciário: é o principal protagonista. Qualquer juiz ou Tribunal no exercício do controle difuso pode reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, enquanto o STF não declarar a constitucionalidade com efeito vinculante.

No controle concentrado-abstrato, também adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, apenas o STF tem competência para processar e julgar originariamente a ADI de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, CF).

O controle abstrato refere-se à índole objetiva do processo, sem partes formais, podendo ser instaurado independentemente de um interesse jurídico específico. Contudo, sempre há uma questão tríade (lei – problema – Constituição), não há como embasar o fato apenas bilateralmente (lei – Constituição).

O controle concentrado, portanto, é aquele reservado à apenas um órgão judicial. Também denominado de sistema austríaco (Constituição Austríaca de 1920), tal se expandiu no continente europeu como uma das tentativas de resposta à 2ª Grande Guerra Mundial. No Brasil, foi introduzido pela Constituição de 1946 através da EC 16/1965.

No controle difuso-concreto, qualquer magistrado poderá exercer o controle, inclusive na fundamentação da sentença, ensejando uma possível verificação de ofício da constitucionalidade.

O sistema difuso é também conhecido como sistema norte-americano, tendo por base histórica o voto já mencionado de John Marshal no célebre caso Marbury v. Madison (1803).

Ainda que os Poderes Executivo e Legislativo exerçam o controle de constitucionalidade, é fato que no Brasil a função é precipuamente realizada pelo Poder Judiciário, classificando o sistema nacional, portanto, como jurisdicional e não político. Ademais, a CF/88 adota do controle misto ou combinado; ou seja, o exercício pode ocorrer pelas vias difusa e concentrada.

5. Controle Difuso de Constitucionalidade

Este sistema foi consagrado em âmbito brasileiro desde a primeira Constituição Republicana (1891). O controle difuso, como já explanado, pode ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal no âmbito de sua competência. A questão surge sempre de um caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário por iniciativa de qualquer pessoa cujo direito tenha sido supostamente violado. E neste caso, ainda que não haja alegação da parte sobre a inconstitucionalidade, poderá haver nos autos a análise de ofício do magistrado em sua fundamentação.

O parâmetro constitucional poderá ser qualquer norma formalmente constitucional, ainda que já revogada, desde que vigente ao tempo da ocorrência do ato (*tempus regit actum*).

Como objeto, admite-se qualquer ato emanado pelos poderes públicos. Não existe restrição quanto à natureza do ato questionado (primário ou secundário) ou quanto ao âmbito de sua emanção (federal, estadual ou municipal).

No controle incidental, o órgão jurisdicional não declara a inconstitucionalidade da norma no dispositivo da decisão, mas tão somente reconhece o vício e afasta a aplicação no caso concreto. Em regra, a decisão produzirá efeitos *inter partes*, não atingindo terceiros que não participaram da decisão processual. Contudo, há de se observar uma crescente tendência de abstrativização verificada no controle difuso exercido no Brasil. Tanto que em decisão recente, o Supremo decidiu que se a decisão *inter partes* reinterpretar ou modificar decisão proferida em ADI, a decisão será *erga omnes* e vinculante. Não cabe, portanto, Reclamação de Recurso Extraordinário, mas caberá se houver substituição de anterior entendimento em ADI.

Por ser discutida de forma incidental, como questão prejudicial de mérito, deve ser resolvida na fundamentação da decisão. No dispositivo da sentença ou

do acórdão não deverá constar qualquer declaração de inconstitucionalidade da lei, mas apenas a procedência ou não do pedido.

Em regra, os efeitos serão retroativos (*ex tunc*), uma vez que prevalece a concepção de que a lei inconstitucional é um ato nulo. A possibilidade de modulação temporal, ainda que prevista expressamente apenas no controle abstrato, vem sendo admitida, excepcionalmente, no controle difuso-concreto incidental.

Cumprido ressaltar que o controle difuso pode adentrar as decisões do STF quando chegam em Recursos Extraordinários com demonstração de Repercussão Geral. O STF tem adotado o entendimento de que as decisões proferidas pelo Plenário do tribunal vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, confirmando uma tendência à abstrativização do controle constitucional concreto. Tal tendência tem causado calorosos debates, pois para uns há puro ativismo judicial praticado pelo STF.

Argumentos favoráveis à abstrativização: o controle difuso seria inadequado para o Brasil, por ser um modelo próprio dos países de *common law*. Nos EUA, atribuiu-se o devido peso aos precedentes dos Tribunais Superiores, considerados vinculantes para os tribunais inferiores. Por sua vez, a introdução do controle difuso em sistemas de *civil law* sem a respectiva introdução de mecanismos jurídicos que imponham o respeito ao precedente acaba por permitir que dispositivo legal seja aplicado por alguns juízes e deixe de ser observado por outros que o considerem inconstitucional, violando princípios básicos como da isonomia e da segurança jurídica. Assim, em julgado emblemático, o Min. Gilmar Mendes afirmou ser “legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa a suspensão de lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se comunicação àquela Casa Legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso” (Recl 4335 – Inf. 454).

Argumentos contrários à abstrativização: há uma limitação de competência constitucionalmente atribuída aos demais órgãos jurisdicionais que passariam a ficar vinculados às decisões proferidas pelo STF em sede de

controle difuso. Ademais, haveria uma violação literal do dispositivo que confere ao Senado Federal competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF (art. 52, X, CF). Para alguns doutrinadores, com a abstrativização ocorreria lesão ao princípio da justiça ou da conformidade funcional, ou seja, pontua-se uma subversão da ordem organizatória constitucional.

Incidente de Inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais – Cláusula de Reserva de Plenário (art. 97 CF): arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, caberá ao relator, após oitiva do MP, submeter a questão à Turma ou à Câmara. Se a alegação for rejeitada pelo órgão fracionário, este prosseguirá em seu julgamento até sua conclusão. Todavia, se a alegação de inconstitucionalidade for acolhida, deverá ser submetida a questão ao órgão especial, salvo se:

- (i) já houver pronunciamento anterior do tribunal ou do próprio STF, em controle difuso ou concentrado, sobre a questão;
- (ii) nos casos de interpretação conforme a Constituição (RE AgR 572.497/RS);
- (iii) no caso de normas pré-constitucionais, por não se tratar de inconstitucionalidade, e sim de não recepção.

A cláusula não se aplica aos juizados especiais (RE AgRe 453.744), nem ao próprio STF nos casos de julgamento de Recurso Extraordinário (RE 361.829/DF). A regra do Full Bench se aplica tanto ao controle difuso, quanto ao concentrado. No controle difuso, o pronunciamento do plenário ou do órgão especial deve se restringir à análise de inconstitucionalidade da lei em tese, sendo o julgamento concreto feito pelo órgão fracionário. Por se tratar de uma regra de competência funcional, a inobservância da cláusula da reserva fora das hipóteses supramencionadas acarreta nulidade absoluta da decisão proferida pelo órgão fracionário. Importante notar também a edição da súmula vinculante nº 10; “Viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência no todo ou em parte”. Em tese, parece descabida a edição de uma súmula vinculante para dizer o óbvio. Contudo, a análise da jurisprudência praticada nos tribunais revela a

frequente utilização de artifícios por parte de órgãos fracionários com o intuito de se subtraírem da incidência da cláusula constitucional.

Importante notar a existência da Súmula nº 513 do STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”.

Ação Civil Pública: tal ação poderá ser utilizada no controle incidental de constitucionalidade (Rcl MC 2460/RJ). Mas a controvérsia constitucional deve consistir no fundamento do pedido, na causa de pedir ou na questão prejudicial que leve à solução do bem jurídico perseguido na ação. Não será possível a declaração de inconstitucionalidade ser objeto do pedido formulado, hipótese em que estaria sendo utilizada como sucedâneo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, com indevida usurpação de competência do STF. Isto devido às peculiaridades da coisa julgada na Ação Civil Pública.

6. Controle Concentrado de Constitucionalidade

A CF/88 contemplou quatro mecanismos de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). A competência é reservada ao STF e o parâmetro será norma da Constituição Federal.

Ação Direta de Inconstitucionalidade

A) Legitimidade: como não há propriamente partes, se fez necessária a previsão legal dos legitimados ativos para propositura. A CF/88 ampliou consideravelmente a legitimidade perante o STF (art. 103 CF), e a jurisprudência do Supremo estabeleceu uma distinção entre os legitimados ativos dividindo-os entre universais e especiais.

Os legitimados ativos universais podem propor ADI (e ADC) independentemente da existência de pertinência temática. Enquadram-se nessa categoria: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da

Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB e partido político com representação no Congresso Nacional.

Os legitimados ativos especiais são aqueles que exigem pertinência temática como requisito implícito de legitimação. Tal deverá ser demonstrado: pela Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do DF, pelo Governador de Estado e pelas confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Note-se, entretanto, que a exigência de pertinência temática não impede o amplo conhecimento da ação, nem a declaração de inconstitucionalidade da norma para além do âmbito dos indivíduos representados pela entidade requerente.

O rol de legitimados é *exhaustivo (numerus clausus)* e, em geral, deve ser interpretado restritivamente. A legitimidade do Presidente da República, por exemplo, não pode ser estendida ao vice, salvo se no exercício da presidência no momento da propositura. No mesmo sentido, a legitimidade das mesas dos Senado e da Câmara não se estende à mesa do Congresso. Por fim, o Estado Membro não possui legitimidade para recorrer da ADI, sendo a legitimidade do próprio governador (ADI 4420).

Apenas os partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe não possuem capacidade postulatória especial, ou seja, necessitam de representação por meio de advogado. E, nos termos de decisão do STF, a procuração deve ter poderes específicos.

Quanto às entidades de classe, para o STF somente se considera entidade de classe de âmbito nacional se presente em ao menos 1/3 dos Estados da federação. Excepcionalmente, esse critério pode ser afastado em razão da relevância nacional da atividade desenvolvidas pelos associados.

A representação do partido político no Congresso, por sua vez, é analisada no momento da propositura da ação. Contudo, o Supremo modificou seu entendimento jurisprudencial, adotando a interpretação de que a perda da representação no parlamento após o ajuizamento da ação não implica em perda de legitimidade e consequente extinção da ação sem julgamento do mérito.

B) Parâmetro: a norma de referência deve ser formalmente constitucional, seja de forma permanente (CF, EC, tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovado nos ditames do art. 5º, §3º, CF) ou transitória (ADCT),

desde que a eficácia não esteja exaurida. Normas apenas materialmente constitucionais não podem servir de parâmetro. O preâmbulo não possui caráter normativo, não podendo ser, portanto, invocado como parâmetro de constitucionalidade. Não poderão ser invocados também normas de constituições anteriores e normas constitucionais revogadas. Assim, deve haver vigência do dispositivo no momento da propositura da ação. Recentemente, entretanto, o STF proferiu uma decisão que abarca a mudança do parâmetro constitucional: a alteração do parâmetro constitucional quando o processo ainda está em curso não prejudica o conhecimento da ADI. Isso para evitar que lei que nasceu claramente inconstitucional volte a produzir, em tese, seus efeitos (ADI 145).

C) Objeto: lei ou ato normativo com abstração e generalidade que viole diretamente a Constituição. Serão objetos: emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, atos do Poder Executivo com força normativa, decretos legislativos, resoluções legislativas, resoluções do CNJ/CNMP se dotadas de caráter normativo, regimento interno dos tribunais, tratados e convenções internacionais. Em relação aos atos normativos editados por pessoa jurídica de direito público, houve decisão do Supremo no sentido de não permitir ADI de Resolução de Agência Reguladora. No tocante às leis, exige-se que sejam leis federais ou estaduais. Diz-se que a Constituição englobou o chamado silêncio eloquente quanto às leis municipais.

Quanto a lei de efeitos concretos (sem generalidade e abstração), o STF não a admitia como objeto. Contudo, em evolução jurisprudencial, houve superação de tal interpretação no julgamento referente às leis orçamentárias (ADI 5449).

O Poder Judiciário, em regra, não poderá analisar o requisito de urgência e relevância das medidas provisórias. Tal ocorre apenas em hipóteses excepcionais. A conversão da MP em lei não confere imunidade ou convalida os vícios originários. A ADI não fica prejudicada, mas a inicial deve ser emendada. Se uma outra MP revoga texto da MP questionada, a ação deve ficar suspensa

até que o Congresso aprove ou rejeite a medida². Se aprovada, a ação fica prejudicada; caso rejeitada, a ação volta a tramitar.

Deve ser observada a regra da congruência. Regra geral, o STF deve se limitar à análise dos dispositivos impugnados na petição inicial. A exceção fica por conta dos casos de inconstitucionalidade por arrastamento ou atração, hipóteses em que o Supremo pode estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados na inicial, desde que possuam relação de interdependência com os dispositivos questionados.

Difere-se, todavia, do parâmetro questionado, pois o STF não está adstrito aos mencionados. A causa de pedir é aberta, abrangendo todas as normas integrantes da Constituição, independente dos fundamentos evocados pelo requerente.

Não serão admitidos como objeto de ADI (e ADC):

- (i) Normas constitucionais originárias: não foi adotada a tese de Otto Bachof (“Normas constitucionais inconstitucionais?”) de que normas constitucionais originárias poderiam ser inconstitucionais se contrariassem direito suprapositivo (Direito Natural) ou o núcleo central da Constituição (cláusulas pétreas). Para o STF, tal ofende a unidade da Constituição e o poder constituinte originário;
- (ii) Leis ou atos normativos revogados: caso a revogação ocorra após o ajuizamento da ação, esta restará prejudicada por perda superveniente do objeto. Exceção se fará se houve fraude processual na tentativa de burlar a jurisdição constitucional (ADI 3306);³
- (iii) Leis temporárias após o término de sua vigência, salvo possibilidade de produção de consequências para o futuro (ADI 4426/CE);
- (iv) Norma declarada constitucional pelo Plenário do STF, ainda que em controle difuso, salvo mudanças significativas da ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes.

² ADI 5717: É possível julgar ADI de lei revogada por medida provisória; isto porque pode não haver a conversão da medida provisória em lei, não havendo perda do objeto.

³ Caso Uber (Info 939): revogada lei atacada em ADPF não se perde o interesse de agir do feito; persiste a utilidade da prestação jurisdicional com o intuito de estabelecer o regime aplicável às relações jurídicas estabelecidas durante a vigência da norma impugnada, bem como no que diz respeito a leis de idêntico teor aprovadas em outros Municípios.

D) Limitação Temporal: a norma impugnada deve, necessariamente, ser posterior a promulgação da Constituição de 1988. A jurisprudência do STF não aceita a chamada inconstitucionalidade superveniente. As normas pré-constitucionais que se tornaram incompatíveis com a nova Constituição – ou com o novo parâmetro em decorrência de alteração por emenda – não são considerados inconstitucionais, mas sim não recepcionadas. Versa-se, aqui, sobre o chamado princípio da contemporaneidade.

Importante ressaltar que é analisada a compatibilidade material com a nova Constituição. Não interessa a compatibilidade formal, salvo a nova Constituição atribua a competência para tratar a matéria a ente federativo diverso e maior. Contudo, a norma deve ter tido compatibilidade material e formal com a Constituição com a qual foi aprovada.

E) Limitação Espacial: lei ou ato normativo federal ou estadual. No tocante ao DF, a ADI só será admitida se derivada de sua competência legislativa estadual (súmula 642 STF).

F) Procedimento (Lei nº 9868/99): o ajuizamento não se sujeita a qualquer prazo prescricional ou decadencial, uma vez que os atos inconstitucionais não se convalidam pelo mero decurso no tempo. Também, por ser de índole objetiva, não se lhe aplicam determinados princípios constitucionais processuais, como contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição. Não é cabível, ainda, arguição de suspeição, em que pese a possibilidade de ocorrer impedimento de Ministro caso tenha atuado anteriormente no processo como AGU, PGR ou advogado (AO 991).

O pedido poderá abranger a emissão de um juízo tanto definitivo, quanto provisório (tutela de urgência). Em razão da regra de adstrição, nos casos em que o pedido versa apenas sobre inconstitucionalidade formal de uma lei, o STF fica, na mesma ação, impossibilitado de analisar si constitucionalidade material (ADI 2182).

A petição inicial poderá ser indeferida se o relator a considerar inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, hipóteses em que caberá agravo da decisão. Em não sendo indeferida a peça inicial, o relator pedirá

informações aos órgãos ou às autoridades que emanaram o ato, as quais deverão ser prestadas no prazo de 30 dias contados do recebimento do pedido. A lei veda expressamente a desistência (art. 5º e 16) e o regimento interno do STF, a possibilidade de assistência ou a intervenção de terceiros.

Isso, entretanto, não inclui o *amicus curiae*, que tem previsão legal expressa (art. 7º, Lei nº 9868/99). Tal figura contribui para pluralizar o debate constitucional conferindo maior legitimidade democrática à decisão proferida pelo STF. Caberá ao relator analisar a admissibilidade do pedido considerando a presença dos requisitos legalmente exigidos, e a admissão da manifestação é irrecorrível (art. 138 CPC). Em caso de denegação, o Supremo já acatou recurso para questionar (ED ADI 3105/DF). Não há prazo legal para a admissão, mas a fim de evitar transtornos tal deve ocorrer antes do encaminhamento pelo relator para inclusão na pauta de julgamento.

Após o término do prazo de informações, o AGU deve ser ouvido em 15 dias. Aqui o AGU desempenha função especial de *defensor legis*, velando pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis, sejam elas federais ou estaduais. O Supremo, todavia, tem interpretado a função com temperamentos, dando interpretações no sentido de não haver obrigatoria defesa do ato normativo questionado, sobretudo se já houver manifestação da Corte acerca do tema ou se a declaração de inconstitucionalidade for de interesse da União (ADI 3916).

O PGR, além da legitimidade para propor a ADI, deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade, bem como em todos os processos de competência do STF. Aqui a função exercida será de *custos constitutionis*, não exigindo, necessariamente, o envio automático de todo e qualquer processo ao PGR.

Após a manifestação do PGR, o relator lançará o relatório e pedirá data para julgamento. A concessão de liminar, em regra, depende da decisão da maioria absoluta dos ministros (6). No recesso, entretanto, a liminar poderá ser concedida pelo presidente *ad referendum* do plenário. Por ser uma decisão precária, os efeitos serão *ex nunc*. Contudo, excepcionalmente, o STF poderá conceder eficácia retroativa (art. 11, §2º, Lei nº 9868/99). De qualquer forma, a liminar é *erga omnes* e tem efeitos vinculantes.

A realização da sessão depende do quórum mínimo para julgamento de 2/3 dos Ministros (8), devendo a decisão final ser tomada pela maioria absoluta (6). Caso o quórum mínimo não seja alcançado, a norma permanece válida em razão de sua presunção de constitucionalidade, mas poderá continuar sendo questionada perante os demais órgãos do Poder Judiciário. A modulação dos efeitos da decisão também exige o quórum mínimo de 2/3 dos Ministros (8).

G) Efeitos da Decisão: a decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante quanto ao poder público, ainda que, de forma reflexa, acabe por alcançar também os particulares em suas interações com aqueles (art. 102, §2º, CF). Importante observar que o próprio plenário da Corte, entretanto, não está vinculado, a fim de que não se fossilize o texto constitucional. Isso em caso de declaração inicial de constitucionalidade, já que se declarada inconstitucionalidade a lei não poderá vir a ser “ressuscitada” pelo Tribunal. O Poder Legislativo, por sua vez, também não se encontra vinculado em sua função típica, assim como o Poder Executivo em sua função atípica.

Em julgado paradigmático (ADI 5105), estabeleceu-se que pode haver reversão legislativa ou jurisprudencial⁴. Se ocorrer por emenda constitucional, só poderá vir a ser declarada inconstitucional se ofender cláusula pétrea ou o processo legislativo de edição da emenda. Se ocorrer por meio de lei ordinária, a lei que colidir com a jurisprudência do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade de forma que caberá ao Poder Legislativo o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Em qualquer caso, não caberá Reclamação ao Supremo, mas nova ADI. Para o Ministro Fux, o STD dá a “última palavra provisória”. Isto, todavia, não impõe o controle de constitucionalidade fraco. Ou seja, não se admite a cláusula “não obstante” que permite ao Poder Legislativo suspender as decisões da Suprema Corte. O controle de constitucionalidade, no Brasil, continua sendo considerado forte, já que o Poder Judiciário dará a última palavra ao fim.

O efeito vinculante possui pontos em comum com o instituto do *stare decisis*. Em sentido horizontal, este sistema impõe o respeito aos precedentes produzidos internamente pelo próprio Tribunal. Em sentido vertical, determina a

⁴ Efeito Backlash: reação conservadora diante de uma decisão liberal do Poder Judiciário em tema polêmico.

vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (*binding effect*). De qualquer forma, a grande controvérsia se dá em verificar se a vinculação ocorre apenas quanto ao dispositivo, ou também quanto aos efeitos.

A teoria restritiva entende que o efeito vinculante deve se dar apenas quanto ao dispositivo da decisão, não admitindo a extensão à fundamentação. Do lado oposto, a teoria extensiva abrange o dispositivo e os motivos determinantes da decisão. Assim, haveria uma transcendência dos motivos determinantes, no intuito assegurar a força normativa da Constituição. A teoria da transcendência apesar de adotada em algumas decisões do Supremo, vem sendo rejeitada nos últimos julgados.

A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei produz, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*). Este entendimento tem como fundamento a concepção de que a lei inconstitucional é um ato nulo (teoria da nulidade) e que, portanto, tem um vício de origem que será apenas declarado pelo Tribunal. Mas a lei prevê a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão se houver razões de segurança jurídica ou de interesse social, e o voto da maioria qualificada dos ministros (8). Assim, como exceção, a declaração poderá ter eficácia *ex nunc* ou, até mesmo, pró futuro.

É possível que ocorra a chamada inconstitucionalidade progressiva. Trata-se de uma técnica de decisão judicial utilizada para manutenção de uma determinada norma do ordenamento jurídico em razão das circunstâncias fáticas vigentes naquele momento. São situações constitucionais imperfeitas nas quais a norma se situa em um estágio intermediário entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta. Assim, em certos casos o Tribunal entende que a lei ainda não deve ser declarada inconstitucional, mas apela ao legislador para que faça as modificações necessárias com a finalidade de evitar o trânsito definitivo para a inconstitucionalidade.

Nos casos, por sua vez, que o STF declarar a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos retroativos, a legislação anteriormente revogada voltará a produzir efeitos, desde que compatível com a Constituição. Ocorre o fenômeno conhecido como efeito repristinatório tácito. Se a lei declarada inconstitucional é tida por um ato nulo, e, portanto, insanável, sendo reconhecido o vício, não se pode admitir que ela tenha revogado uma lei válida. No caso de efeito repristinatório indesejado, ou seja, quando uma lei revogada também for eivada

de vício de inconstitucionalidade, faz-se necessária a formulação de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade, tanto no diploma abrogatório quanto das normas por ele revogadas. Em julgado recente, contudo, a Corte decidiu que ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, não deve ocorrer o efeito repristinatório em relação às leis anteriores de mesmo conteúdo.

H) Quanto à Extensão: a inconstitucionalidade pode ser declarada de forma parcial sem redução do texto. Por esta técnica de decisão judicial, em uma determinada hipótese a aplicação da lei é considerada inconstitucional, sem que ocorra, entretanto, qualquer alteração em seu texto. Há grande semelhança com a chamada interpretação conforme a Constituição: (i) há uma redução do âmbito de aplicação da norma; (ii) não há nenhuma alteração no texto normativo. Contudo, é possível apontar alguma diferença; na interpretação conforme é conferido um sentido específico à norma e afastado os demais. Na declaração de nulidade sem redução de texto é excluída uma interpretação, permitindo-se as demais.

A declaração de inconstitucionalidade pode ocorrer também com redução total ou parcial de texto. Ao adotar esta técnica, a Corte adota o papel de um legislador negativo. É possível, ademais, que seja atingida apenas uma palavra isolada, diversamente do que ocorre com o veto parcial. Importante notar que a impugnação parcial de uma norma só é admissível no controle abstrato quando se puder presumir que o restante do dispositivo (não impugnado) seria editado independentemente da parte supostamente constitucional (ADI 2645/TO).

I) Recorribilidade: as decisões monocráticas, proferidas pelo relator ou pelo Presidente, podem ser objeto de agravo interno (art. 4º e art. 7º, §2º, Lei nº 9868/99). As decisões colegiadas proferidas pelo Tribunal do Pleno, independente de resolverem ou não o mérito, são irrecorríveis, ressalvada a interposição de embargos declaratórios. A lei veda, ainda, que a decisão possa ser objeto de ação rescisória. Mas a desobediência à autoridade da decisão proferida em ADI autoriza o ajuizamento de Reclamação Constitucional (art. 102,

I, I, CF) por qualquer pessoa atingida pela decisão contrária ao entendimento firmado pelo STF⁵.

Ação Declaratória de Constitucionalidade

Foi introduzida no ordenamento pátrio pela EC 3/1993. Com o advento da EC 45/2004, os legitimados da ADC tornaram-se os mesmos da ADI (art. 103 CF). Todas as considerações desenvolvidas em relação à ADI, aplicam-se também à ADC. O parâmetro de controle da ADC também é exatamente o mesmo da ADI.

No tocante ao objeto, o fato de a ADC ter sido criada posteriormente à CF, não impede que tenha por objeto leis e atos normativos anteriores à sua criação, desde que introduzidos no ordenamento pós CF/88 (ADC 1/DF). No tocante ao aspecto material, o objeto é mais restrito que o da ADI, pois apenas poderá abarcar lei ou ato normativo federal.

O procedimento é semelhante ao da ADI, mas mais simplificado. É possível cautelar para suspender os processos afetados, não podendo os juízes julgarem a inconstitucionalidade da norma. Se o mérito não for julgado em 180 dias, a liminar perde a eficácia. As autoridades responsáveis pelo ato não prestam informações e apenas haverá manifestação do PGR. A participação do *amicus curiae* é admitida por analogia.

Na peça inicial se faz necessário comprovar controvérsia judicial relevante, caracterizada por um número razoável de pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais. Tal se faz necessário diante do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Quanto a decisão, ADI e ADC são ações de mesma natureza por terem caráter dúplice. Se interpostas ambas as ações, elas deverão ser julgadas simultaneamente.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

⁵ Recl 28747: a ADPF 130 pode ser utilizada como parâmetro de ajuizamento de Reclamações que versem sobre liberdade de expressão e a tutela das garantias individuais relativas aos direitos de personalidade. O Supremo assumiu, mediante Reclamação, papel relevante em favor da liberdade de expressão, para derrotar uma cultura censória e autoritária que começava a se projetar no Poder Judiciário.

A ADPF foi introduzida pela CF/88 e regulamentada pela Lei nº 9882/99. Possui caráter subsidiário, sendo cabível apenas quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. O princípio da fungibilidade aplica-se entre ADI e ADPF. A doutrina diverge quanto a sua aplicação em âmbito estadual.

A legitimidade ativa é a mesma que a para propositura das demais ações de controle concentrado. É admitido *amicus curiae* por analogia. O parâmetro constitucional violado deve ser um preceito fundamental, isto é, uma norma constitucional imprescindível para preservar a identidade da Constituição.

Há duas hipóteses de cabimento: (i) arguição autônoma – visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental que resulte de ato do Poder Público; (ii) arguição incidental – cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Assim, a ADPF tem objeto mais amplo que a ADI. Contudo, a jurisprudência do STF não tem enquadrado como atos do Poder Público passíveis de serem impugnados os atos tipicamente regulamentares, os enunciados de súmula comuns, as súmulas vinculantes, as propostas de emenda à Constituição e o veto do chefe do Poder Executivo. Mas, poderiam ser questionados os atos pós constitucionais já revogados e até mesmo decisões judiciais sem trânsito em julgado.

Há semelhança no procedimento, mas a liminar será deferida em caso de recesso pelo relator, e não pelo presidente *ad referendum*. Ademais, a liminar terá como efeito suspender a tramitação de processos ou os efeitos de decisões judiciais, salvo se decorrentes de coisa julgada.

É possível a celebração de acordo em ADPF, mas o STF não irá chancelar ou legitimar nenhuma das teses jurídicas defendidas pelas partes (ADPF 165).

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A doutrina diverge quanto a possibilidade de se admitir o pedido de conversão de uma ADO em ADI, e vice-versa.

A ADO tem por objeto uma omissão constitucional, deixando o Poder Público de atuar da forma exigida por uma norma constitucional, cuja

aplicabilidade depende de outra vontade integradora de seus comandos. A omissão pode ser total ou parcial.

Quanto ao órgão responsável pela medida, a omissão pode ser administrativa ou legislativa, não afastando a mora quando há projeto de lei. O procedimento é semelhante ao da ADI.

Tratando-se da omissão de órgão administrativo, a Constituição fixa o prazo de 30 dias para a adoção de medidas necessárias (art. 103, §2º, CF). No tocante à mora do Poder Legislativo, apesar de não haver fixação legal de prazo, houve decisão do Supremo fixando prazo para a legislação de norma, alegando-se que não se tratava de imposição (sanção), mas de parâmetro temporal razoável. Em não sendo cumprido o prazo neste interim, o STF fixa os parâmetros para solução da omissão.

7. Controle Concentrado-Abstrato no âmbito Estadual

Resta aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. A competência será do respectivo Tribunal de Justiça.

A legitimidade não está fixada na CF, cabendo às Constituições Estaduais estabelecerem os legitimados, sem observância obrigatória ao contido no art. 103 CF. Contudo, não deve ser admitida a possibilidade de se atribuir legitimidade ao cidadão.

O Supremo decidiu que é constitucional norma da Constituição Estadual que atribua ao procurador da Assembleia Legislativa ou ao PGE o dever de defender a constitucionalidade do ato impugnado em sede de controle concentrado de constitucionalidade na esfera estadual.

Quanto o parâmetro, são admitidas em face de quaisquer normas da Constituição Estadual, inclusive normas de observância obrigatória (a norma da CF está presente ainda que a Constituição Estadual seja silente), normas de mera repetição e até mesmo normas remissivas. A jurisprudência do STF tem admitido a interposição de Recurso Extraordinário da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça em ADI, quando o parâmetro desta ação for dispositivo da CE de observância obrigatória.

Na hipótese de o Tribunal de Justiça considerar como inconstitucional a norma da CE invocada como parâmetro, poderá, de ofício ou mediante

provocação, declarar sua incompatibilidade com a CF. Neste caso, da decisão proferida caberá Recurso Extraordinário ao STF.

Existe a possibilidade de ajuizamento simultâneo de ações diretas de inconstitucionalidade com o mesmo objeto; uma perante o STF, com base na CF, e outra perante o Tribunal de Justiça, embasada na CE. Nesse caso, a ação instaurada no TJ deverá ser suspensa até a decisão final do STF. Caso o Supremo julgue o ato impugnado inconstitucional, a ação proposta perante o TJ deve ser extinta sem julgamento do mérito por perda do objeto⁶.

⁶ Info 927: coexistindo ADI no TJ local e no STF, o julgamento da 1ª somente prejudica o da 2ª se preenchidas duas condições cumulativas: (i) o TJ decidiu pela procedência da ação; e (ii) a inconstitucionalidade se deu por incompatibilidade com a Constituição Estadual. Se o parâmetro for a Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle de constitucionalidade.