

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Márcia Haydêe Porto de Carvalho; Henrique Ribeiro Cardoso; Maria Tereza Fonseca Dias. – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-531-

7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, realizado durante o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, em São Luis do Maranhão, reuniu professores e pós-graduandos para debater temáticas contemporâneas do Direito Público. As IES participantes deste GT foram: UFS, USP – Ribeirão Preto, Universidade Dom Bosco, de São Luís, UNIRIO, Universidade Fumec, Universidade Federal de Fortaleza, UENP, Unichristus – Ceará, PUC Paraná, UFRN, UNINOVE entre outras. Pelas instituições de origem dos participantes percebeu-se a diversidade temática e metodológica dos trabalhos abordados, todos eles fruto de pesquisa realizada na pós-graduação em direito.

De cada um dos temas abordados, destacou-se a contribuição que o estudo propiciou para o campo do conhecimento foco deste Grupo de Trabalho. No artigo “Para além do Branco e do Preto: os limites da liberdade de expressão e do discurso de ódio racial no Brasil”, da UFS, a contribuição da pesquisa foi a inefetividade da Constituição brasileira quanto a questão da liberdade de expressão, devido ao discurso de ódio e racismo implícito presentes nas relações sociais. O Trabalho intitulado “O constitucionalismo democrático no Brasil: entre a crise de representatividade e a participação”, oriundo da USP de Ribeirão Preto, procurou identificar as insuficiências do modelo representativo e como os poderes da República têm legitimidade para aplicar o direito, além de repensar alguns outros valores da Carta constitucional brasileira. O trabalho “Mitigação de normas constitucionais: uma análise hermenêutica sobre a aplicação de princípios e regras” da Universidade Dom Bosco, a partir de pesquisa realizada na Universidade Portucalense, promoveu estudos de julgamentos emblemáticos e recentes do STF, tais como o do cumprimento provisório de sentença, quebra do sigilo bancário pelo Fisco, execução penal entre outros, para verificar o eventual excesso de poderes na hipótese de não haver limites para a ponderação de princípios. A contribuição da pesquisa foi construir um método diferente para compreender as decisões do STF que exorbitam o seu papel de aplicador do direito, atuando, por vezes, como legislador.

O artigo denominado “A restrição do foro por prerrogativa de função e a força normativa da Constituição em tempos de Lava Jato”, da UNIRIO, buscou discutir a ineficiência e baixo desempenho do STF para dar conta da questão estudada. Propõe que deveria haver maior harmonia entre os entendimentos da Corte, quanto a restringir o foro para crimes durante o exercício da função. Verificou-se, ainda, que as decisões nessa seara, violam princípios constitucionais e interferem na efetividade do sistema penal.

No trabalho sobre “A trajetória do federalismo brasileiro e as deliberações preliminares do STF frente às competências elencadas na Constituição da República de 1988 aos entes federativos”, da Universidade Fumec, foi estudada a influência do coronelismo na formação do Federalismo brasileiro para demonstrar que esse fenômeno impediu o desenvolvimento fecundo do próprio federalismo no Brasil, se comparado a outros países. O artigo intitulado “O Direito de resistência como instrumento de participação e cidadania”, da UFC, buscou demonstrar que o direito de resistência é direito fundamental e se constitui como espaço de criação de novos direitos na democracia. Além disso, o trabalho constatou que o direito de resistência serviu para justificar a defesa da ordem estabelecida e a criação de novos direitos, razão pela qual deve-se pensar em um novo conceito de direito de resistência na nova realidade social brasileira. NO trabalho sobre a “Análise da supremacia das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito: afronta à democracia?”, oriundo da UFC, discutiu-se primordialmente a legitimidade da Suprema Corte Americana, problematizando e questionando os temas clássicos do ativismo judicial, segundo os quais: o Legislativo não é mais confiável, haja vista o fato de que, depois de eleito, o candidato desconecta-se dos seus eleitores e os governos de maioria, em regra, desrespeitam as minorias. No trabalho sobre “Conselhos de políticas públicas e o direito fundamental a participação democrática”, da UENP, foi discutido em que medida a sociedade civil pode contribuir para a tomada de decisões do Estado, vez que constatado que o problema central dos conselhos de políticas públicas está na sua composição e na falta de paridade entre os diversos segmentos da sociedade. Diante dos critérios de ação, participação e mobilização, demonstrou-se que os conselhos garantem participação, mas não promovem mobilização e ação. No estudo sobre a “A inelegibilidade da pessoa não alfabetizada: segregação antidemocrática e persistente”, do PPGD da Unichristus – Ceará, discutiu-se, diante da existência de 7 milhões de analfabetos no Brasil, a iniquidade da legislação eleitoral brasileira. Demonstrou-se que, ao fim e ao cabo, trata-se de uma minoria que sempre será sempre subrepresentada, considerando as disposições do Direito Eleitoral. No trabalho oriundo da UFC, intitulado, “Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo a conceituação de grupos minoritários” tentou-se buscar os elementos essenciais da noção de minorias, para que haja a luta pelo direito ao reconhecimento, o redimensionamento e rearquitetura dos deficientes. Além do tratamento desigual, o trabalho buscou atentar-se para as diferenças e particularidades, além da afirmação de grupos minoritários, como o caso das pessoas com deficiência, devido a discriminação, desenvolvimento histórico e contingente elevado no Brasil.

O artigo sobre “Direito à segurança como direito fundamental na ordem constitucional brasileira”, da UNIRIO, foram estudados os dados do Mapa da Violência (número de

homicídios, investigação dos crimes etc), para revelar o baixo valor da vida e desrespeito ao direito à segurança como direito fundamental, sobretudo considerando o contexto e a realidade do Rio de Janeiro. Além disso, a pesquisa buscou a indicação de instrumentos e políticas públicas para efetivar o direito à segurança no Brasil. O trabalho “Instituições democráticas no Brasil: por um constitucionalismo popular”, da PUC Paraná, demonstrou a fragilidade da democratização na história brasileira, pois os instrumentos de participação ainda são incipientes. Em diversas situações recentes da legislação brasileira, tais como as noções de que o “combinado prevalece sobre o legislado”, a participação é deixada de lado em razão de outros valores, como os da Análise Econômica do Direito. Ao contrário dessas tendências, o artigo conclui que a participação tem que ser o elemento central para o processo de democratização brasileiro, vez que se todo poder emana do povo, os sentidos da Constituição não podem ser definidos tão somente pelo STF. No trabalho sobre a “Jurisdição constitucional em tempos de crise: ensaio sobre os limites do STF” foi discutido, primordialmente, o papel do STF em caso de crises políticas e estudados julgados recentes da Corte, como o do impeachment, afastamento de deputados, atos interna corporis, foro privilegiado, entre outros. O trabalho concluiu que o Supremo Tribunal Federal tem um ônus argumentativo em suas intervenções, devendo realizar seu julgamento com uma finalidade política e lançando mão de uma argumentação principiológica. O trabalho sobre a “Justiça social na ordem econômica brasileira e a busca pela efetivação do Estado Democrático” (Escola Paulista de Direito e UNINOVE) visou demonstrar que na Constituição brasileira há a defesa da justiça social no capítulo da ordem econômica e não uma contradição entre ideias liberais e sociais, como costuma ser trabalhado e defendido. O trabalho intitulado “Legitimidade democrática do Poder Judiciário”, da UENP, debateu os seguintes temas relevantes do constitucionalismo contemporâneo, como o da jurisdição constitucional e da legitimidade do Poder Judiciário. Atualmente, tem-se que, pela falta de legitimidade do Legislador, o Judiciário exerce funções com caráter normativo e os magistrados promovem a tutela específica do direito diante da concretização dos direitos. Assim, diante do procedimentalismo da jurisdição, o Judiciário torna-se o intérprete da vontade geral, podendo, para tanto, efetivar os direitos fundamentais haja vista estar legitimado, indiretamente, pela Constituição, que passou pela vontade popular. No trabalho sobre “A crise da lei no estado democrático de direito e o papel da legística no restabelecimento da racionalidade jurídica”, da Universidade Fumec, foi analisada a crise da legalidade sobre os aspectos da falência da legitimidade do Estado e da crise do Estado de Direito. Diante desse contexto, concluiu-se que os pressupostos e técnicas da legística possuem meios para o restabelecimento da credibilidade da lei, a partir do processo legislativo. No trabalho “Sobre a autonomia universitária, liberdade de cátedra e o projeto de lei “escola sem partido” discutiu-se os princípios constitucionais e pedagógicos da liberdade de cátedra ou de ensino e da autonomia universitária frente ao projeto de lei concebido pelo “Movimento Escola sem

Partido”. Conclui-se que a limitação à liberdade de ensino ali defendida é inconstitucional.

Os trabalhos apresentados nesse GT, mesmo diante da diversidade temática e de referenciais teóricos distintos, foram bastante críticos no tocante ao ativismo judicial, procurando extrair da Constituição brasileira as inúmeras conexões entre a Constituição e a Democracia.

Profa. Dra. Márcia Haydée Porto de Carvalho - UFMA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias - UFMG/FUMEC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM ENFOQUE NO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE INCIDENTAL E DIFUSO. ASPECTOS RELEVANTES.

THE CONSTITUTIONALITY CONTROL WITH FOCUS ON THE BRAZILIAN SYSTEM OF INCIDENTAL AND DIFFUSE CONTROL. RELEVANT ASPECTS.

Almiro Aldino De Sáteles Junior ¹

Resumo

ESTE TRABALHO TRATA DE ASPECTOS RELEVANTES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL E DIFUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. A PESQUISA TEM COMO OBJETIVO APONTAR A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, EXPOR SUA CLASSIFICAÇÃO E DESTACAR QUESTÕES IMPORTANTES EM SEDE DE CONTROLE INCIDENTAL E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE, MORMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AOS EFEITOS DADOS NAS DECISÕES NESTE TIPO DE CONTROLE. APÓS A PESQUISA, VERIFICA-SE QUE EXISTEM DETERMINADAS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE OS EFEITOS CARACTERÍSTICOS DAS DECISÕES EM SEDE DE CONTROLE INCIDENTAL E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NÃO TEM SIDO ADOTADOS.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Supremacia da constituição, Classificação, Controle incidental e difuso, Efeitos

Abstract/Resumen/Résumé

THIS WORK IS ABOUT RELEVANT ASPECTS OF THE INCIDENTAL AND DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM. THE RESEARCH HAS THE PURPOSE OF INDICATING THE IMPORTANCE OF CONSTITUTIONAL CONTROL IN DEMOCRATIC STATE OF LAW, TO EXPOSE ITS CLASSIFICATION AND TO EMPHASIZE IMPORTANT ASPECTS OF THE INCIDENTAL AND DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY, ESPECIALLY WITH RESPECT TO THE EFFECTS OF DECISIONS IN THIS KIND OF CONTROL. AFTER THE RESEARCH, IT WAS VERIFIED THAT THERE ARE CERTAIN CIRCUMSTANCES IN WHICH THE SPECIFIC EFFECTS OF THE DECISIONS IN THE INCIDENTAL AND DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY HAVE NOT BEEN ADOPTED.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control of constitutionality, Supremacy of the constitution, Classification, Incidental and diffuse control, Effects

¹ Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 10 Região. Mestrando em ciências jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

INTRODUÇÃO

Com este trabalho, procuraremos demonstrar a justificativa da supremacia da constituição em face das outras normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico bem como a importância da garantia da observância, aplicação e conservação das normas constitucionais.

Buscaremos tratar da origem do controle de constitucionalidade, abordado aspectos do famoso caso *Marbury v. Madison*, dada a sua importância para o estudo do sistema de fiscalização.

Procuraremos conceituar o que é controle de constitucionalidade, distinguindo, em seguida, o controle formal do controle material de constitucionalidade.

Passaremos, então, a classificar o controle de constitucionalidade para, em momento posterior, discorrer sobre aspectos que entendemos relevantes no controle de constitucionalidade incidental e difuso no ordenamento jurídico brasileiro, mormente como em determinadas circunstâncias tem existido uma alteração sobre os efeitos dados nesse tipo de controle, considerando os efeitos clássicos descritos pela doutrina.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

As normas de direito possuem fundamento em outras normas jurídicas, encadeando-se de modo a dar origem a um complexo sistema normativo em que as normas ou fazem parte do referido sistema, dele retirando a força obrigatória, ou permanecem fora desse sistema, deixando de existir como regra de direito.¹

Constata-se, portanto, que as normas jurídicas encontram-se hierarquicamente organizadas dentro do sistema normativo, sendo que aquelas normas que fundam outras normas passam a ter posição de superioridade, preeminência, de modo que as normas que delas tiram seu fundamento não as podem contrariar.²

Se as normas em posição de inferioridade contrariarem as normas em posição de superioridade, a consequência é a invalidade daquelas frente ao ordenamento jurídico, possuindo uma contradição, na medida em que existem mas são inválidas juridicamente, o que acarreta como consequência a inexistência de direito.³

¹ BASTOS, Celso Ribeiro – **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 397.

² Idem – **Ibidem**.

³ Idem – **Op. Cit.** p. 397-398.

Na escala das normas jurídicas, há aquelas que não buscam sua validade em outras regras de direito, porque fundam-se em si mesmas. São elas as normas constitucionais, que fixam os pressupostos mínimos para a existência do ordenamento jurídico.⁴

As normas constitucionais, via de regra: a) criam os órgãos de cúpula do Estado, inclusive aquele destinado a elaboração legislativa; e b) fixam o processo a que a elaboração legislativa deve observar e, por vezes, o conteúdo mínimo para as leis a serem elaboradas.⁵

Regra geral, as normas constitucionais também definem os direitos fundamentais, pois são expressão da ideologia liberal, buscando limitar o poder do Estado.

Dentro do processo legislativo, o fato de a constituição ser rígida, ou seja, possuir um processo legislativo mais solene e dificultoso que as demais espécies legislativas para sua alteração, também demonstra a superioridade da norma constitucional com as outras normas legislativas, circunstância que reflete diretamente na necessidade de um controle constitucional. Isso porque, na constituição flexível, o legislador ordinário poderá facilmente alterar o texto constitucional, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em suas mãos, mencionando a doutrina que, nos Estados em que não existe controle constitucional, as constituições serão flexíveis.⁶

Sendo a constituição a lei suprema do Estado, nela se encontrando a estruturação do Estado, a organização dos seus órgãos e as normas fundamentais, as leis infraconstitucionais devem com ela ser compatíveis, pois se assim não forem serão inconstitucionais.

Diante do exposto, percebe-se que a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, somada à rigidez constitucional e à proteção dos direitos fundamentais.

1.2. GARANTIAS DE EXISTÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO

Com o surgimento do Estado constitucional deixou-se de pensar na ideia de defesa do Estado e passou-se a falar na defesa ou garantia da constituição, no qual o objeto de proteção não é mais apenas o Estado, mas da forma de Estado como ela é normativo-constitucionalmente conformada (o Estado constitucional democrático).⁷

As garantias de existência da constituição são meios destinados a assegurar a sua observância, aplicação e conservação.

⁴ Idem - **Op. Cit.** p. 398.

⁵ Idem – **Ibidem.**

⁶ MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 21^a ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 674.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 887.

São garantias de existência da constituição, segundo o professor J.J. Gomes Canotilho: a) a vinculação de todos os poderes públicos; b) os limites da revisão constitucional; c) a fiscalização judicial da constituição; e d) a separação e interdependência dos órgãos de soberania.⁸

Pela vinculação de todos os poderes públicos à constituição, temos que, por ser a constituição a norma superior do ordenamento jurídico, sua observância vincula os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Os limites da revisão constitucional garantem que o núcleo essencial da constituição não seja modificado, por meio de cláusulas de irrevisibilidade, e por um processo mais difícil das leis de revisão.

Por outro lado, a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do Estado é uma das ferramentas mais importantes nos estados constitucionais democráticos para verificar o cumprimento e a observância da constituição.

Por fim, a separação e a interdependência dos órgãos de soberania também se mostra como uma forma de garantia da existência da constituição, porquanto o princípio da separação e da interdependência dos órgãos de soberania cria esquemas de responsabilidades e controles entre os vários órgãos.

1.3. ORIGEM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Foi o famoso caso *Marbury v. Madison*, julgado pela *Supreme Court* norte americana, no ano de 1803, redigida por seu *Chief Justice*, John Marshall, que inaugurou o controle de constitucionalidade moderno, assentando o princípio da supremacia da constituição, da subordinação de todos os Poderes estatais a ela e da competência do Judiciário como seu intérprete final, com poder para invalidar atos que contravenham a constituição.⁹

Na decisão¹⁰, John Marshall fixou, de maneira inovadora, a supremacia da constituição, utilizando-se do texto contido no art. VI, cláusula 2ª, da Constituição Federal norte-americana de 1787, como também impôs o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à constituição.

⁸ Idem – **Op. Cit.** p. 888-889.

⁹ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro – **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 47.

Como mencionado por Mauro Cappelletti¹¹, restou expresso na citada sentença que, ou a constituição preponderava sobre os atos legislativos que com ela contrastavam ou o poder legislativo poderia alterar a constituição por meio de lei ordinária, fazendo, assim, nítida distinção entre constituições rígidas e flexíveis.

O professor Luís Roberto Barroso registra que não existia, de forma explícita, na Constituição de 1787 dos Estados Unidos, a competência conferida a ela ou a outro órgão judicial para exercer o controle de constitucionalidade.¹²

Evidente, portanto, que o surgimento do sistema de controle constitucional dos Estados Unidos da América ocorreu por meio da jurisprudência iniciada na mencionada decisão proferida no caso *Marbury v. Madison*, da *Supreme Court* norte americana, que, com isso, assumiu uma função constitucional, como tribunal de última instância, a partir da análise de um caso concreto.

Grande parte das constituições modernas dos Estados ocidentais tendem a afirmar o seu caráter de constituições rígidas, influenciados pela constituição norte-americana de 1787 e pela jurisprudência que a aplicou, a partir da inovadora decisão prolatada pelo *Chief Justice* John Marshall.¹³

1.4. CONCEITO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo Alexandre de Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”¹⁴

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, menciona que “controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição.”¹⁵ Esclarece que, atualmente, a doutrina também admite haver inconstitucionalidade por omissão, redundando essa inconstitucionalidade no fato de que o legislador, por omissão ou inação, não complementou a norma que não era imediatamente exequível.¹⁶

1.5. CONTROLE FORMAL. CONTROLE MATERIAL

¹¹ Idem – **Ibidem**.

¹² BARROSO, Luís Roberto – **Op. Cit.** p. 27.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro – **Op. Cit.** p. 48.

¹⁴ MORAES, Alexandre de – **Op. Cit.** p. 676.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 34.

¹⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 35.

O controle de constitucionalidade pode ser formal ou material.

O controle formal é aquele em que verificará se houve a correta observância das formas prescritas na constituição para a elaboração da lei. Será observado, por exemplo, se não houve a violação da competência deferida a um dos poderes para a iniciativa legislativa ou se não foram observadas as diretrizes estabelecidas na constituição para o ingresso da norma no mundo jurídico. Aqui o controle é eminentemente feito sob o aspecto formal, inexistindo apreciação quanto ao conteúdo ou à substância da norma impugnada.

Nessa forma de controle será apurado se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes bem como dos ordenamentos estatais respectivos, nos sistemas de organização federativa do Estado.¹⁷

Luís Roberto Barroso¹⁸ aponta como a primeira possibilidade de vício de forma a chamada inconstitucionalidade orgânica, que diz respeito à regra de competência para a iniciativa do ato. Indica, como exemplo de inconstitucionalidade orgânica, um Estado da Federação do Brasil editar lei em matéria penal, que é de competência privativa da União, como estabelece o artigo 22, I, da Constituição Federal.¹⁹

O citado autor ainda menciona que existirá inconstitucionalidade formal propriamente dita se uma espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio, que compreende, exemplificativamente, para as leis ordinária e complementares no Brasil, a iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação.²⁰

Também poderá haver inconstitucionalidade formal quando a constituição estabelece que determinadas matérias têm que ser tratadas por espécie normativa específica, mas o legislador não observa essa forma específica fixada na constituição.²¹

Enfim, inobservada qualquer regra sobre a competência de iniciativa da espécie normativa ou qualquer outra disposição constitucional que disciplina o processo de elaboração das normas, estaremos diante de uma inconstitucionalidade formal, que, na primeira situação, pode ser denominada de inconstitucionalidade orgânica.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 304.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto – **Op. Cit.** p. 48.

¹⁹ O artigo 22, *caput* e inciso I, da Constituição Federal do Brasil estabelecem: “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

²⁰ BARROSO, Luís Roberto – **Op. Cit.** p. 49.

²¹ Idem – **Ibidem**.

Por outro lado, nos países de constituição rígida, em que se busca efetuar um controle em proveito dos cidadãos, fundar uma técnica de liberdade em nome do Estado de direito, fazer das instituições e do regime político instrumento de garantia e realização dos direitos humanos, surge a necessidade de um controle material de constitucionalidade das leis.²²

No controle material de constitucionalidade a verificação da adequação do ato normativo à constituição recai sobre o conteúdo da norma, sendo que aquele que possui a competência para exercer o controle decidirá se a regra jurídica em análise se adequa ao espírito da constituição, aos seus princípios políticos fundamentais.

Sobre esse tema, Luís Roberto Barroso²³ afirma que a inconstitucionalidade material resulta em uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou o ato normativo e a constituição, podendo a incompatibilidade ser em razão de uma regra constitucional ou com um princípio constitucional. O controle material de constitucionalidade pode envolver todas as categorias de normas constitucionais, de organização, definidoras de direitos e programáticas.

É possível a coexistência, no mesmo ato legislativo, de inconstitucionalidade formal e material, vícios diferentes, mas que podem se cumular em uma mesma situação, ressaltando-se, ainda, que “[...] a natureza da causa geradora da inconstitucionalidade – formal ou material – não tem relação com a classificação das normas constitucionais, em razão de seu conteúdo, em normas constitucionais formais e materiais (v. supra). São categorias totalmente distintas e distantes.”²⁴

1.6. CLASSIFICAÇÃO

1.6.1) Em relação aos sujeitos que exercem o controle. Controle político ou jurídico

No controle político, o controle dos atos normativos é feito por órgãos políticos.

Certas constituições criam um órgão, não pertencente ao Poder Judiciário, com a função específica de controlar os atos legislativos editados ou a serem editados.

Normalmente, esse sistema de controle é predominante em países europeus, surgindo a ideia do controle político em razão do dogma da soberania da lei, onde somente as próprias assembleias legislativas poderiam controlar politicamente.

²² BONAVIDES, Paulo – **Op. Cit.** p. 305.

²³ BARROSO, Luís Roberto – **Op. Cit.** p. 51.

²⁴ Idem – **Ibidem.**

Assim, os Estados que defendem a existência de um órgão não pertencente ao Poder Judiciário para exercer o controle de constitucionalidade têm como principal justificativa a circunstância de que a interpretação da constituição deve ser dada a um órgão com sensibilidade política, além da justificativa de que o controle judiciário atentaria contra o princípio da separação dos poderes, na medida em que os juízes poderiam anular decisões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.²⁵

O país que mais oferece exemplos de controle político é a França, tendo em vista que suas constituições, por razões históricas e ideológicas, sempre excluiu o controle judicial de constitucionalidade, não prevendo a constituição de 1958 um poder dos juízes de controlar a conformidade das leis à própria constituição, mas é previsto, por outro lado, um *Conseil Constitutionnel*, o qual, dentre as funções que exerce, está a de controlar a constitucionalidade das leis.²⁶

No controle judiciário, por outro lado, a verificação da conformidade do ato normativo é conferida a órgão integrado pelo Poder Judiciário, Poder esse que, naturalmente, tem a atribuição de verificar a conformidade de um ato qualquer com a lei. Assim, sendo o controle de constitucionalidade a verificação de conformidade do ato normativo com a lei maior, ou seja, um caso particular de verificação de legalidade, tal tarefa já se insere dentro daquilo que o Poder Judiciário naturalmente faz.

Há, ainda, países que adotam um sistema de controle de constitucionalidade misto, no qual algumas normas são levadas a controle político, enquanto outras são levadas a controle jurídico.

1.6.2) Em relação ao momento de entrada em vigor do ato normativo. Controle preventivo ou repressivo/sucessivo

Quando o controle é realizado no momento em que o ato normativo ainda não foi publicado, denomina-se controle preventivo de constitucionalidade. Efetivamente é um controle sobre projetos de norma, na medida em que não vigora o texto objeto do controle.

Tem como grande vantagem evitar, de forma absoluta, a entrada em vigor de ato inconstitucional, mas, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a experiência revela que a tentativa de organizar um controle preventivo gera como efeito a politização do órgão

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 37.

²⁶ MALTA, Carolina Souza – **Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <<http://rehabjuridico.blogspot.com.br/2012/07/control-de-constitucionalidade.html>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

incumbido de tal controle, passando a apreciar a matéria segundo a conveniência pública e não segundo a concordância com o texto fundamental.²⁷

Exemplo da politização do órgão de controle preventivo é o senado conservador na constituição francesa do ano VIII (1799), que deixou passar todas as alterações constitucionais propostas por Napoleão, que eram evidentemente inconstitucionais.²⁸

Por outro lado, no controle repressivo ou sucessivo o exame da constitucionalidade se faz em momento posterior à publicação do ato normativo, visando a paralização da eficácia do ato.

1.6.3) Em relação ao modo de controle. Por via incidental ou por via principal. Controle abstrato e concreto.

Pela via incidental de controle, a inconstitucionalidade do ato é suscitada no decorrer de uma ação apresentada aos tribunais, no decurso de um processo comum, como uma questão incidental que deve ser resolvida e é relevante para a solução do caso concreto, sendo também chamada de controle por via de exceção.²⁹

A questão constitucional é arguida no curso da demanda, como fundamento do pedido formulado, e deve ser apreciada em caráter prejudicial, na medida em que a matéria relativa à constitucionalidade necessita ser decidida em momento anterior à solução do próprio pleito contido na petição.

Normalmente, este tipo de controle está associado ao controle difuso de constitucionalidade, mas pode acontecer de o controle incidental conduzir a um controle concentrado por meio do Tribunal Constitucional, como ocorre, por exemplo, na Alemanha, na Itália e na Espanha, onde a questão da constitucionalidade é arguida incidentalmente, cabendo ao juiz ou tribunal *a quo* suspender o feito, suscitar o incidente e esperar a decisão da Corte Constitucional a respeito da matéria.³⁰

Em relação ao controle pela via principal, a questão de inconstitucionalidade é levantada a título principal, por meio de processo constitucional autônomo, perante um Tribunal com competência para essa finalidade, sendo a legitimidade para a impugnação da

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 36.

²⁸ Idem – **Op. Cit.** p. 37.

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Op. Cit.** p. 899.

³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controle de Constitucionalidade**. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 117.

norma inconstitucional determinada a certas entidades, independentemente da existência de qualquer controvérsia.³¹

O controle abstrato está relacionado com o controle concentrado e principal, significando que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto, sem contraditório de partes, mas um processo em que se busca a defesa da constituição e do princípio da constitucionalidade, na qual se busca a eliminação dos atos normativos que sejam contrários a seu texto.³² Contudo, existem exemplos, em países europeus, em que o controle concentrado será realizado pelo tribunal constitucional, por via incidental.³³

Por sua vez, o controle concreto está relacionado com o controle difuso e incidental e é também chamado de ação judicial. Nele, qualquer tribunal que tenha que decidir um caso concreto está obrigado, diante de sua vinculação à constituição, a examinar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas. O exame da questão relacionada à constitucionalidade, contudo, somente é necessário na hipótese de haver relevância da mencionada questão constitucional para a decisão no caso concreto.

1.6.4) Em relação ao aspecto subjetivo ou orgânico. Sistema difuso e sistema concentrado

Em relação ao aspecto subjetivo, distinguem-se dois sistemas de controle judicial de constitucionalidade das leis, o sistema difuso ou americano e o sistema concentrado ou austríaco.

O sistema difuso é aquele no qual “a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial.”³⁴

Mauro Cappelletti, por sua vez, define o sistema difuso como “aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência.”³⁵

Foi também chamado de sistema americano de controle porque este sistema foi posto em prática pelos Estados Unidos da América.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Op. Cit.** p. 900.

³² Idem – **Ibidem**.

³³ BARROSO, Luís Roberto – **Op. Cit.** p. 74.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Op. Cit.** p. 898.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro – **Op. Cit.** p. 67.

Por outro lado, denomina-se sistema concentrado aquele no qual “a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros.”³⁶ No dizer de Mauro Cappelletti, seria o sistema em que o poder de controle se concentra, ao contrário do sistema difuso, em um único órgão judiciário.³⁷

A ideia de controle concentrado está ligada ao nome de Hans Kelsen, redator do projeto que introduziu o modelo na constituição austríaca de 1920, aperfeiçoado por via de emenda em 1929.

A fiscalização difusa é concreta, predominantemente subjetiva e incidental, sendo a inconstitucionalidade apreciada *ex officio* pelo juiz e por via de exceção, enquanto na fiscalização concentrada, por via de ação ou de recurso.³⁸

É possível existir enlace entre ambos os tipos de fiscalização, sendo a fiscalização difusa no suscitar da questão e a concentrada na decisão, podendo, ainda, ocorrer de na fiscalização concentrada a decisão ter efeitos *erga omnes*, como (quando ainda concreta e subjetiva) *inter partes*, enquanto na fiscalização difusa a decisão somente terá efeito *inter partes*.³⁹

1.6.5) Em relação aos efeitos. Efeitos gerais e particulares. Efeitos retroativos e prospectivos. Efeitos declarativos e constitutivos

Em relação aos efeitos gerais e particulares, há distinção entre o sistema que o órgão competente para a fiscalização anula o ato com efeitos *erga omnes*, ou seja, a decisão produz efeitos gerais, eliminando-se o ato normativo inconstitucional do ordenamento jurídico, daquele sistema em que os efeitos da declaração da inconstitucionalidade somente alcança as partes (*inter partes*) do caso concreto submetido à análise judicial. Neste último caso, o ato normativo continuará em vigor, até que seja anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes.⁴⁰

O sistema austríaco de controle (controle concentrado) tem como característica a produção de efeitos *erga omnes*, enquanto o sistema americano de controle (controle difuso) tem como característica a produção de efeitos particulares.

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Op. Cit.** p. 898.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro – **Op. Cit.** p. 67.

³⁸ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. Vol. III. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 62.

³⁹ Idem – **Ibidem**.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Op. Cit.** p. 903.

Contudo, vale lembrar que nos países que seguem a tradição da *common law*, como por exemplo os Estados Unidos, há a figura do *stare decisis*, onde, apesar de existir exceções e atenuações, as decisões judiciais de um tribunal superior vinculam todos os órgãos inferiores no âmbito da mesma jurisdição, o que, na prática e ainda que indiretamente, resulta no fato de que um litígio específico produzir efeitos gerais, diante de todos (*erga omnes*).⁴¹

Os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade também podem ser retroativos ou prospectivos.

São retroativos quando a decisão produz eficácia *ex tunc*, situação em que há declaração de nulidade do ato normativo inconstitucional e, consequentemente, não se reconhece a produção de quaisquer efeitos, desde sua entrada em vigor. Regra geral, o sistema de controle difuso quando declara inconstitucionalidade do ato normativo produz eficácia *ex tunc*.

Os efeitos da decisão são prospectivos, por outro lado, na hipótese em que se atribui à decisão eficácia *ex nunc*. Aqui, o ato normativo declarado inconstitucional produz efeitos até que seja reconhecida a sua inconstitucionalidade pelo órgão competente. Em geral, o sistema de controle concentrado tem efeitos prospectivos.

No que tange ao efeito declarativo ou constitutivo, no primeiro o órgão de controle declara a nulidade preexistente do ato normativo, que é nulo e, por isso, não produz nenhum efeito. É típico do regime de controle difuso.

Em relação ao efeito constitutivo, o órgão de controle anula o ato normativo, que era, até o momento do controle exercido, válido e eficaz. É típico efeito do controle concentrado.

1.7. CONTROLE INCIDENTAL EXERCIDO DE MODO DIFUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. ASPECTOS RELEVANTES

O controle judicial incidental de constitucionalidade integra o ordenamento jurídico brasileiro desde o início da República, figurando expressamente na Constituição de 1891, senda a única via acessível ao cidadão comum para a defesa de seus direitos constitucionais subjetivos.⁴²

O controle incidental de constitucionalidade é exercitável somente perante um caso concreto que será julgado pelo Poder Judiciário (juízes e tribunais), que resolverá incidentalmente a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto – **Op. Cit.** p. 71.

⁴² BARROSO, Luís Roberto – **Op. Cit.** p. 113.

Existe a possibilidade de o controle incidental de constitucionalidade ser exercido de forma preventiva no ordenamento brasileiro, quando qualquer dos parlamentares do Congresso Nacional se sentirem prejudicados durante o processo legislativo, por meio de ajuizamento de mandados de segurança, no Supremo Tribunal Federal, contra atos concretos da autoridade coatora, de maneira a impedir o flagrante desrespeito às normas regimentais, ao ordenamento jurídico e coação aos próprios parlamentares consistente na obrigatoriedade de participação e votação em procedimento inconstitucional ou ilegal.⁴³

No ordenamento jurídico brasileiro existe a denominada cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal Brasileira (CFB). A referida cláusula estabelece que os tribunais somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial.

A cláusula de reserva de plenário reflete o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, necessitando, para a declaração de inconstitucionalidade, de um *quorum* qualificado no tribunal, sendo pressuposto para o afastamento de aplicação de uma norma considerada inconstitucional.⁴⁴

O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que a desconsideração da cláusula de reserva de plenário gera como consequência a nulidade absoluta da decisão emanada pelo órgão fracionário do tribunal que proferiu a decisão, mas se o ato normativo já foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, guardião maior da constituição, descabe o deslocamento contemplado no artigo 97 da CFB.⁴⁵ Também não é necessário o deslocamento para o órgão especial ou para o tribunal pleno do tribunal quando os referidos órgãos do tribunal já estiverem reconhecido anteriormente a inconstitucionalidade.⁴⁶

Em razão de o Supremo Tribunal Federal ter verificado diversos casos em que se descumpria a cláusula de reserva de plenário por parte dos Tribunais, resolveu editar a Súmula Vinculante n. 10.⁴⁷

⁴³ MORAES, Alexandre de – **Op. Cit.** p. 695.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto – **Op. Cit.** p. 120.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de - **Op. Cit.** p. 687.

⁴⁶ Nesse sentido são os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: RE 199.017-RS, relator Ministro Ilmar Galvão e RE 192.2218-BA, relator Ministro Sepúlveda Pertence. No mesmo sentido o artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil/1973 e artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil/2015, que dispõem: “Parágrafo único – Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

⁴⁷ Súmula Vinculante n. 10 – “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Evidente, por outro lado, que se o tribunal optar por declarar a constitucionalidade da lei, poderá prosseguir o julgamento no órgão fracionário, sem a necessidade de encaminhamento para o órgão especial ou tribunal pleno.

Uma disposição que trata dos efeitos de decisão prolatada em sede de controle incidental é o artigo 52, X, da CFB, prevendo a possibilidade de o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso. A suspensão da execução da lei pelo Senado Federal seria, então, uma hipótese de ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, acarretando a suspensão efeitos *erga omnes*, mas somente a partir da suspensão, ou seja, *ex nunc*.

O motivo da intervenção do Senado Federal decorre da necessidade de atribuir-se eficácia geral, diante de todos (*erga omnes*) à decisão prolatada em caso concreto, nas quais ordinariamente somente irradiam efeitos em relação às próprias partes do processo.

A razão histórica e técnica para justificar essa intervenção decorre da circunstância de que, no controle incidental e difuso do direito norte-americano, de onde se transplantou o controle incidental e difuso do ordenamento jurídico brasileiro, a decisão prolatada pelo tribunal é vinculante para os demais órgãos sujeitos a competência revisional⁴⁸. Portanto, a possibilidade de intervenção do Senado Federal para suspender a execução de lei inconstitucional, após decisão definitiva da Supremo Tribunal Federal, foi a forma encontrada pelo poder constituinte para possibilitar a produção de efeitos gerais, como ocorre no direito norte-americano, a partir de uma decisão prolatada em controle difuso e incidental.

Com isso, buscava-se evitar uma proliferação de ações judiciais tratando da mesma lei ou ato inconstitucional e também evitar a possibilidade de decisões conflitantes entre os diversos órgãos do Poder Judiciário, o que enfraquece a segurança jurídica.

Interessante notar a solução encontrada no ordenamento jurídico português para o problema. O artigo 281º, n. 3, da Constituição da República Portuguesa possibilita que, a partir do julgamento de três casos concretos, onde a inconstitucionalidade é apreciada de forma difusa e incidental, o Tribunal Constitucional aprecie e declare, com força obrigatória e geral, a inconstitucionalidade da norma. Com isso, fixou um caminho para a necessidade de produção de efeitos gerais e obrigatórios a partir de decisões proferidas em controle difuso e incidental.

Voltando à possibilidade de intervenção do Senado no controle difuso de constitucionalidade brasileiro, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Senado Federal já

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto – **Op. Cit.** p. 155.

firmaram entendimento no sentido de que este não é obrigado a suspender a lei declarada inconstitucional, sendo, portanto, a opção de suspender ou não a lei um ato discricionário⁴⁹ e político, não sujeito a prazo.

Merece destaque a informação de Dirley da Cunha Junior⁵⁰, no sentido de que há um movimento liderado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes para atribuir efeito *erga omnes* às decisões prolatadas em sede de controle incidental, sem a interferência do Senado Federal, passando a resolução senatorial apenas para conferir publicidade à decisão. Inclusive, houve voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, como Relator da Reclamação Constitucional n. 4.335-5/ACRE, na qual sua excelência firmou posicionamento no sentido de dar provimento à medida e reconhecer eficácia *erga omnes* da decisão prolatada, em controle concreto, no *habeas corpus* HC n. 82.959-SP.⁵¹ O voto do Ministro Gilmar Mendes restou vencedor, reconhecendo o Supremo Tribunal Federal a eficácia *erga omnes* em decisão proferida em controle incidental e difuso de inconstitucionalidade.⁵²

Trata-se de acórdão do Supremo Tribunal Federal com adoção de tese distinta daquela fixada na doutrina bem como na jurisprudência tradicionalmente firmada sobre os efeitos da decisão prolatada em controle incidental e difuso de inconstitucionalidade. Por meio do acórdão mencionado, adota-se tese no sentido de que há superação do disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal, competindo ao próprio Supremo Tribunal Federal delimitar os efeitos de sua decisão.

Certo é que a disposição contida no artigo 52, X, da Constituição Federal sempre se revelou de baixíssima efetividade, tendo a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescido ao texto da CFB o artigo 103-A⁵³, que consigna que o Supremo Tribunal Federal poderá, por meio de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, e municipal.

Com o referido dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal passa, a partir do julgamento de diversos casos concretos sobre idêntica matéria, a poder editar uma súmula vinculante que obrigatoriamente deverá ser observada por todo o Poder Judiciário e pela

⁴⁹ MORAES, Alexandre de - **Op. Cit.** p. 689.

⁵⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da - **Op. Cit.** p. 176-177.

⁵¹ Idem - **Ibidem**.

⁵² SUPREMO Tribunal Federal – Plenário. Processo Reclamação n. 4.335-5/ACRE, Rel. Min Gilmar Ferreira Mendes, de 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

⁵³ MORAES, Alexandre de - **Op. Cit.** p. 690.

administração pública, resolvendo, com isso, uma multiplicidade de processos com idêntica questão.

Logo, surge hipótese legal onde o próprio Supremo Tribunal Federal pode editar uma súmula vinculante, que vinculará aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Outro aspecto interessante é que, normalmente, na decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em controle difuso, os atos inconstitucionais são nulos, com efeitos *ex tunc*.⁵⁴

Contudo, “com base nos princípios da segurança jurídica e na boa-fé, será possível, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*, desde que razões de ordem pública ou social exijam, conforme restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Processo Ação Cautelar nº 189-7/SP.”⁵⁵ É a aplicação analógica do artigo 27 da Lei 9.868/99, modulando-se os efeitos da decisão.⁵⁶

Importante mencionar que, no julgamento acima referido, no qual se fixou a produção de efeitos *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade incidental, o princípio da nulidade da norma inconstitucional foi considerada a regra no direito brasileiro, mas admitiu-se a possibilidade de afastamento desse princípio, quando em severo juízo de ponderação fundado no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob forma de interesse social.

Inclusive, Luís Roberto Barroso registra que, nos últimos anos diversos foram os processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal onde houve modulação dos efeitos temporais em sede de controle incidental, em vários deles se fazendo referência à invocação analógica do art. 27 da Lei 9.868/99.⁵⁷

Também a repercussão geral, introduzida como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, mediante a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que acresceu o parágrafo 3º no artigo 102 da Constituição Federal⁵⁸, gerou nos julgamentos em sede de recurso extraordinário (controle difuso e incidental) um efeito objetivo, “[...] se não formalmente *erga omnes* e vinculante, com uma carga normativa muito próxima disso, uma

⁵⁴ Idem - **Ibidem**.

⁵⁵ Idem - **Op. Cit.** p. 691.

⁵⁶ Nesse sentido é a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no autos do Processo Ação Cautelar nº 189-7/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Diário da Justiça, Seção I, 15 abr. 2004, p.14.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto – **Op. Cit.** p. 153.

⁵⁸ Parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição Federal – “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

vez que capaz de influenciar os pronunciamentos dos demais órgãos jurisdicionais e do próprio STF sobre a mesma matéria.”⁵⁹

Isso porque a legislação processual civil (artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil/1973 e o artigo 1.030 do Código de Processo Civil/2015) estabeleciam e estabelecem aplicação uniforme pelos demais órgãos jurisdicionais da tese fixada no processo em que decidida a repercussão geral, com técnicas voltadas a viabilizar a aplicação acelerada do entendimento.

Ainda tratando de questões referentes aos efeitos de decisão prolatada em sede de controle difuso, cumpre ressaltar que a Lei n. 13.300/2016, que disciplina o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, permite a atribuição de eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (parágrafo 1º do artigo 9º).

O parágrafo 2º do referido dispositivo legal faculta ao relator, após o trânsito em julgado da decisão, estender os efeitos aos casos análogos.

Nota-se, portanto, que os efeitos característicos da decisão em controle difuso de constitucionalidade (*ex tunc* e *inter partes*) não têm sido, em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e também por meio da legislação brasileira, adotados, possibilitando que em determinadas circunstâncias a decisão tenha efeitos *ex nunc* e/ou *erga omnes*.

Outro ponto que merece destaque é o relativo à ação civil pública, em razão dos efeitos *erga omnes* da decisão proferida, conforme previsão contida na Lei 7.347 de 1985. Isso porque, conforme tem decidido o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso não se admite a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e federais com efeitos *erga omnes*, por implicar em usurpação da competência do referido Tribunal.

Nesse contexto, vale transcrever trecho da obra de Alexandre de Moraes, diante da clareza de sua explicação:

“[...] o que se pretende vedar é a utilização da ação civil pública com sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a retirar do Supremo Tribunal Federal o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal. Essa vedação implica-se quando os efeitos da decisão da ação civil pública forem *erga omnes*, independentemente de tratar-se de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Por outro lado, não haverá qualquer vedação à declaração incidental de inconstitucionalidade (controle difuso) em sede de ação civil pública, quando, conforme salientado pelo próprio Pretório Excelso, ‘tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e

⁵⁹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte – **Efeitos Objetivos do Julgamento do Recurso Extraordinário**. p. 226.

perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo’.”⁶⁰

Não tendo a pretensão de esgotar as especificidades do controle de constitucionalidade incidental e difuso, os aspectos mencionados anteriormente parecem ser os principais que merecem ser destacados neste breve artigo.

CONCLUSÃO

No estudo apresentado neste trabalho demonstramos porque a norma constitucional tem supremacia dentro do ordenamento jurídico bem como a importância do sistema de garantias para o Estado constitucional democrático, inserindo-se o controle de constitucionalidade nesse sistema de garantias.

Tratamos da decisão proferida no famoso caso *Marbury v. Madison*, revelando sua importância para a origem dos sistemas de controle de constitucionalidade.

Conceituamos o que é controle de constitucionalidade bem como o classificamos, para, então, podermos discorrer sobre aspectos que entendemos relevantes no controle de constitucionalidade incidental e difuso no ordenamento jurídico brasileiro.

Destacamos que os efeitos característicos da decisão em controle difuso de constitucionalidade (*ex tunc* e *inter partes*) não têm sido, em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e também por meio da legislação brasileira, adotados, possibilitando que em determinadas circunstâncias a decisão tenha efeitos *ex nunc* e/ou *erga omnes*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15260-1.

BASTOS, Celso Ribeiro – **Curso de Direito Constitucional**. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001. ISBN 85-022-02173-7.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 30^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 978-85-392-0271-3.

CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CAPPELLETTI, Mauro – **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

⁶⁰ MORAES, Alexandre de – **Op. Cit.** p. 693.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controle de Constitucionalidade**. 6^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. 31^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 85-02-05173-3.

MALTA, Carolina Souza – **Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <<http://rehabjuridico.blogspot.com.br/2012/07/controle-de-constitucionalidade.html>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. Vol. III. 1^a ed. Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2273-9.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte – **Efeitos Objetivos do Julgamento do Recurso Extraordinário**. Disponível em: <<https://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/19-fabio-monnerat.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 21^a ed. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 978-85-224-4615-5.

SUPREMO Tribunal Federal – Plenário. Processo Reclamação n. 4.335-5/ACRE, Rel. Min Gilmar Ferreira Mendes, de 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 25 mar. 2017.