

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

DIOGO GUAGLIARDO NEVES

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

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

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Vladia Maria de Moura Soares; Diogo Guagliardo Neves; José Luiz Quadros de Magalhães– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-576-

8

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



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade Federal do Maranhão -
UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
[www.portais.ufma.br/PortalUfma/
index.jsf](http://www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf)

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Em novembro de 2017 abrem-se os trabalhos do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI Em São Luis do Maranhão com o tema Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça.

Refletindo sobre o eixo dos trabalhos que compõem o grupo de Teoria Constitucional é possível apontar os questionamentos sobre o sistema de governo presidencialista e a realidade brasileira conformações e dissensões, a atuação do judiciário e a hermenêutica constitucional, dentre os problemas suscitados a atribuição do efeito erga omnes em controle difuso de constitucionalidade nas decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como diagnóstico, todavia, os trabalhos procuraram mostrar uma série de deficiências existentes na participação democrática brasileira e na atuação legítima do Judiciário. Há problemas dos mais diversos. Viu-se o problema de inserção política das minorias, para não dizer, a incapacidade de uma efetiva democracia deliberativa em que todos tenham voz. Por outro lado, notou-se o ativismo judicial como um problema de interferência indevida do Judiciário nos assuntos dos outros Poderes.

Em vista de todo o exposto, convida-se a comunidade científica para que aprecie esta publicação, não sendo exagero dizer que os trabalhos do grupo de Teoria Constitucional têm o mérito de contribuir para a superação dos problemas apontados, procurando caminhos para a consolidação de teorias, de modo a que estas sirvam para iluminar outras possibilidades jurídicas na realidade brasileira dos nossos dias.

Dessa forma, a publicação apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que visam ao debate e o aperfeiçoamento das constituições. Assim, os trabalhos aqui publicados, contribuíram de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição acerca da sua temática.

Que todos possam ter uma excelente leitura.

Prof. Dr. Diogo Guagliardo Neves - UNICEUMA

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães - PUC/MG

Profa. Dra. Vladia Maria de Moura Soares - UFMT

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.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO DE NORMAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

CONTROL OF CONCENTRATED CONSTITUTIONALITY OF STANDARDS IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988.

Diêgo José Arantes Salomé Gonçalves Leite ¹
Cleuber Lucio Santos Junior ²

Resumo

A Constituição da República de 1988, fonte principal de todas as demais espécies normativas, é a base de todo o arcabouço jurídico nacional, de onde todas as outras “espécies” de leis tiram sua existência e validade. Todavia, algumas espécies normativas já nascem inconstitucionais, sejam em seu aspecto formal ou material. O desiderato deste trabalho é demonstrar a importância do controle dos atos normativos primários e secundários emanados pelo Poder Público frente à Lei Maior, considerando a necessidade de tutelar os direitos dos cidadãos frente aos atos inconstitucionais que acabam por criar transtornos na ordem social.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade concentrado de normas, Constituição da república, Direito constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitution of the Republic of 1988, the main source of all other normative species, is the basis of the entire national juridical framework, from which all other "species" of laws derive their existence and validity. However, some normative species are already born unconstitutional, in their formal or material aspect. The purpose of this paper is to demonstrate the importance of controlling the primary and secondary normative acts emanated by the Public Power in relation to the Major Law, considering the need to protect the rights of citizens against unconstitutional acts that end up creating disruptions in the social order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control of concentrated constitutionality of standards, Constitution of the republic, Constitutional right

¹ Graduado pela Faculdade de Direito de Varginha. Mestrando em Direito Público pela FUMEC. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pelo Damásio de Jesus. Pós-graduado em Direito Público pela FUMEC.

² Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela mesma ESDHC e integrante do Grupo de Pesquisa Tutela Penal do Meio Ambiente.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é um dos pressupostos básicos para a formação do Estados Democráticos, pois nesses Estados a supremacia da Constituição perante as outras normas jurídicas é de essencial necessidade.

Nos países que adotam o controle de constitucionalidade, este configura-se como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, estabelecendo assim a perenidade dos mesmos.

Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, define *Controle de Constitucionalidade* como “*é a verificação da compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, bem como a busca pela eficácia plena aos dispositivos constitucionais, tendo em vista a inconstitucionalidade por omissão*”.

Assim, 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, previstos na Constituição Federal em seu artigo 59.

Para Alexandre de Moraes (2005), 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.

O controle de Constitucionalidade Concentrado no Brasil, ocorreu pela primeira vez em 1965, através da Emenda n.º 16/65 de 26.11.1965, com exclusiva legitimidade ativa para ajuizamento da Ação em um único Órgão, ou seja, O procurador Geral da República, era o representante do Ministério Público e não mais ninguém que possui a legitimidade ativa *ad causam* para o ajuizamento perante o Supremo Tribunal Federal da referida ação.

A origem deste controle é dúbia, seguindo tanto o modelo norte-americano quanto o austríaco do controle concentrado. Muito embora o modelo difuso seja americano alicerçado no celebre caso *Marbury versus Madison*, em 1803, no qual o juiz Marshall decidiu que nenhuma lei deveria estar “acima” da Constituição. Em outra vertente o controle austríaco em nada se assemelha ao controle difuso, tanto em relação à legitimidade, quanto ao órgão designado para controlar a Constituição.

Vale ressaltar que ao tratar do tema é necessário leva em conta a pertinência para a compreensão dos mecanismos envolvendo a sistemática do controle constitucional, essencial em uma sociedade com inúmeros diplomas legais e com a voracidade do Poder Executivo, que muitas vezes pode usurpar a competência do Poder Legislativo, como ocorre com as medidas provisórias.

Quanto à validade das normas, Kelsen (2009) dispõe que:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior.

Portanto, as normas inferiores só são válidas na medida em que forem produzidas de acordo com o determinado pelas normas superiores, e assim sucessivamente, até se chegar à Constituição Federal, que é o fundamento último de validade das demais normas. As normas infraconstitucionais, estando em consonância com a Constituição, reputam-se válidas e condizentes com a ordem jurídica estatal; do contrário, seriam consideradas inconstitucionais e nulas.

Deste mesmo modo, em relação à supremacia das normas, anota-se que todas as normas são dotadas de imperatividade e que, na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma maneira peculiar, reforçada e superlativa, ou seja, de supremacia em relação às demais normas, que deverão estar em conformidade com a Constituição quanto ao modo de sua elaboração e quanto à matéria de que tratam. (CUNHA JÚNIOR, 2012).

O sistema jurídico existe a chamada hierarquia de normas. Sendo que na lição de BASTOS (1997):

as normas de direito encontram sempre seu fundamento em outras normas jurídicas". Assim as normas inferiores encontram seu fundamento de validade em outras normas de escalão superior. Desde a norma mais simples até à própria Constituição ocorre o fenômeno da "pirâmide jurídica". O problema reside na adequação de todas as normas de caráter inferior, com a própria Constituição a qual seria a topo da pirâmide.

Assim, como será demonstrado, tal providência se mostra salutar diante de um Estado Democrático de Direito, Estado este que se submete ao império das leis, devendo haver garantias para a rígida separação dos poderes, além da observância estrita à existência de direitos e garantias fundamentais.

1 DO CONTROLE CONCENTRADO DAS NORMAS

Controlar a Constituição significar verificar a compatibilidade material e formal dos atos normativos dispostos no artigo 59 da Magna Carta, além dos atos dotados de generalidade, impessoalidade e abstração passíveis de controle.

Passando deste prisma podemos afirmar que controle concentrado é aquele realizado exclusivamente pelo órgão de cúpula, entenda-se órgão máximo do Poder Judiciário Nacional, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, que poderá verificar a compatibilidade dos atos já mencionados.

Diferentemente da espécie de controle de normas de maneira difusa, em que qualquer órgão do Poder Judiciário, poderá declarar a inconstitucionalidade. Todavia, já no âmbito do Controle Concentrado essa ideia é inexistente, só havendo declaração de inconstitucionalidade por apenas um único órgão, qual seja, a corte máxima de justiça brasileira.

No controle concentrado mister se faz ressaltar que não se esta julgando relação jurídica específica, mas a validade da norma em abstrato, objetivando tão somente a regra jurídica, não se considerando a sua aplicação a um caso concreto. Ademais, é importante lembrar que para que haja controle de constitucionalidade requisitos da seguinte ordem: A Constituição deve possuir a característica de ser formal, ou seja, ser rígida, e a existência de um órgão controlador com competência exclusiva, para o processo e julgamento dessas ações.

Para Moraes (2001), apesar da doutrina apontar as diferenças entre interpretação conforme a Constituição, que consiste na técnica interpretativa, e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – que delimita técnica de decisão judicial - ambas as hipóteses se completam, de modo que diversas vezes para se atingir uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete deve declarar a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem contudo alterá-lo gramaticalmente.

Ressalta o mencionado autor ainda que o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como instrumento decisório para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição, de modo a salvar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo sem, contudo, alterar seu texto.

Tratando da natureza política das normas constitucionais, Bonavides (1996) destaca:

“dois aspectos de capital importância assomam de imediato à reflexão do intérprete em se tratando de normas constitucionais, sendo o primeiro, o fato de que as mesmas são de superior categoria hierárquica em face das normas da legislação ordinária; em segundo lugar, o seu conteúdo não é sempre o mesmo, seja pela natureza de que

algumas se revestem é (constitucionalidade material), seja em razão do instrumento a que se vinculam ou aderem (constitucionalidade formal).

A posição do citado autor é a de que o jurista, ao interpretar a norma constitucional, não poderá afastá-la de sua origem política e ideológica, proveniente da vontade política fundamental. Assim, em matéria constitucional, é quase impossível apegar-se a critérios absolutos de interpretação, como pode acontecer no que se refere à interpretação realizada para outros ramos do Direito.

No mesmo diapasão Mendes (1999) vai dizer que a via concentrada é um instrumento de retificação da via difusa. Segundo ele:

Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

2 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: REQUISITOS, LEGITIMIDADE PARA AJUIZAMENTO E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Preliminarmente, é de se ressaltar que o primeiro requisito é que a lei ou ato normativo deve ser emanado do Poder Público. Só os atos do Poder Público podem ser objeto de ação direta. A lei ou ato normativo deve ser posterior à Constituição Federal de 1988. A lei ou ato normativo deve ter caráter de abstração, geral e impessoal.

Desse modo, uma lei ou ato normativo deve ofender diretamente a Constituição Federal e, por último, a lei ou ato normativo deve estar em pleno vigor, não se ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), leis ou atos normativos já revogados.

Quanto à legitimidade para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, antes da Constituição Federal de 1988, a legitimidade ativa cabia apenas ao Procurador Geral da República. Com a manifestação do Poder Constituinte Originário em 1988, essa legitimidade fora alargada, competindo aos outros órgãos a legitimidade ativa.

No artigo 103 da Constituição Federal, em seus incisos I a IX, enumera-se os legitimados e órgãos responsáveis pelo ajuizamento da ação. Assim são legitimados ativos para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado e do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical ou entidade de Classe de Âmbito Nacional.

Ressalta-se que não são apenas esses os legitimados para propor as ações em sede de controle concentrado, o próprio Procurador Geral da República possui legitimidade exclusiva para propor ação de inconstitucionalidade interventiva, no que for pertinente à violação dos princípios constitucionais sensíveis previstos no artigo 37, inciso VI da CF de 1988.

De par com essa afirmação, a doutrina nacional na voz abalizada de Moraes (2001):

os legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade pode ser ativos e universais e não universais, necessitando para este último a pertinência temática.

Desse modo, são legitimados ativos universais: o Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, Partido Político com Representação no Congresso Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Por exclusão, os demais são legitimados não universais, necessitando para o ajuizamento da ação o vínculo de pertinência temática.

Ainda no que tange a legitimidade ativa *ad causam* para o ajuizamento das ações direta de inconstitucionalidade, percebe-se que existem legitimados ativos universais e especiais.

Veja-se o conceito adotado por André Ramos Tavares (2009):

A pertinência temática refere-se à necessidade de demonstração, por alguns legitimados, como as entidades de classe e as confederações sindicais, de que o objeto da instituição guarda relação (pertinência) com o pedido da ação direta proposta por referida entidade.

Os universais não precisam de quaisquer requisitos, para o ajuizamento da referida ação. Dentre os legitimados ativos especiais, destacam-se: a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou Distrito Federal e Confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, exigindo a jurisprudência do Pretório Excelsior a pertinência temática que, segundo Moraes (2001), consiste em relação do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação.

Quanto à pertinência temática, destaca MENDES (2008):

(...) A relação de pertinência temática assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha a natureza do processo de controle de normas.

Em outro conceito, pertinência é “a demonstração de um vínculo entre a matéria impugnada na lei e as suas finalidades específicas” (HOLTHER, 2006). Sem a relação de pertinência não há como se conhecer da nenhuma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelos legitimados ativos especiais.

Nesse sentido, TAVARES (2009) pondera:

“Dúvida não pode haver de que a pertinência temática é um sucedâneo do interesse de agir do processo subjetivo”.

3 DAS AÇÕES PERTINENTES AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO DE NORMAS

A Constituição Federal contempla várias espécies de controle concentrado. A primeira a ser destacada, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica ou ADIN (artigo 102, I, “a”, CF/1988), orientada contra o ato normativo já em vigor. O objeto da ação direta genérica é a lei (estadual ou distrital) ou ato normativo contrário materialmente ao conteúdo da constituição. Visa esta ação a retirada da lei ou ato normativo em vigor.

O Supremo Tribunal Federal é o único órgão competente para processo e julgamento deste tipo de ação. Verificado ato incompatível com a CF/88, cabe a ação direta, para manter o equilíbrio dos atos normativos com Constituição (compatibilidade vertical). Uma vez ajuizada ADIN não se admite pedido de desistência da ação, em respeito ao princípio da indisponibilidade da instância.

Tema importante é o quorum de instalação da sessão de Julgamento e o número de votos necessários para declaração de inconstitucionalidade. Quanto à instalação da Sessão, são necessários, no mínimo, oito Ministros, e para a declaração de inconstitucionalidade, é requerida a maioria absoluta dos membros presentes a sessão, ou seja, seis ministros se posicionando pela inconstitucionalidade. Essa é a redação da lei 9882/99, que dispõem sobre a ação direta de inconstitucionalidade.

Admite-se ainda em sede de ação direta de inconstitucionalidade o pedido de medida cautelar artigo 102, I a ser concedida pela maioria absoluta dos membros do tribunal, com eficácia *ex nunc*, salvo se o STF expressamente conceder eficácia retroativa (*ex tunc*) para que os tribunais e órgãos jurisdicionais ordinárias se abstenham de aplicação da lei objeto do exame da inconstitucionalidade.

Quanto aos efeitos de mérito da declaração de inconstitucionalidade, os efeitos em geral se considera *ex tunc, erga omnes*, ou seja, retroativos, valendo para todos, órgãos da administração pública e para Poder Judiciário.

O artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 admite eficácia *ex nunc* ou até para o futuro. O ato se considera inconstitucional desde o nascimento, não havendo com se convalidar. De outro lado, não há prazo específico para propositura desta ação, não se sujeitando a qualquer prazo de decadência ou prescrição.

Com relação ao caráter dúplice ou ambivalente, observa-se que tanto a ADIN quanto a ADECON possuem o caráter dúplice ou ambivalente, ou seja, se julgada improcedente, se transforma numa ADC (ação declaratória de constitucionalidade), com todos os seus efeitos.

Essa é a redação do artigo 24 da Lei n.º 9.868/99:

Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente ação direta ou improcedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

Por último o mencionado diploma de regência admite a citação do Advogado-Geral da União, que terá o dever de defender o ato impugnado e do Procurador-Geral da República, que se manifestara em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

No que tange à ação direta de inconstitucionalidade interventiva: (artigo 36, III da CF/88), destaca-se que a Constituição Federal, como regra basilar, abriga em seu artigo 18, a autonomia dos entes da federação, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porém, de forma excepcional, permite a intervenção federal da União nos Estados e no Distrito Federal, fundamentando-se na tutela dos chamados princípios sensíveis: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Desta forma, toda vez que qualquer lei ou ato normativo emanado pelo Poder Público, Estado-Membro ou Distrito Federal, no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, adentrar em nosso ordenamento jurídico acabando por ferir os princípios sensíveis, poderá este, sofrer sanção grave, por meio de intervenção em sua autonomia política.

Tal intervenção é passível de controle concentrado de constitucionalidade, pela via da ação interventiva, porém a chamada intervenção normativa dependerá de provimento pelo STF, da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, que possui dupla finalidade, pois declara a inconstitucionalidade material e formal da lei ou ato normativo estadual, e com finalidade política, decreta a intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal, acabando por gerar um controle direto, para fins concretos, tornando inviável a concessão de liminar.

No tocante à legitimidade para propor a ação, esta deverá ser proposta pelo Procurador-Geral da República, detentor da legitimação exclusiva, no entanto, é de ressaltar que o Procurador-Geral da República, no exercício de suas atribuições e baseado na independência funcional do Ministério Público, age discricionariamente, não estando adstrito e nem compelido a interpor a ação perante o STF.

Quanto à Ação Declaratória de Constitucionalidade criada pela Emenda Constitucional n.º 03/93 e inserta no texto constitucional (artigo 102, I “a”), prevê com fundamento a Declaração de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de Lei ou ato Normativo proveniente do Poder Público Federal (MORAES, 2001).

A EC n.º 03/93 prevê ad instar das opiniões em sentido contrário que o STF declare a Constitucionalidade através de uma ação sem contraditório e sem partes, e que o órgão de cúpula do Judiciário, transforme a incerteza em certeza a constitucionalidade de ato emanado do Poder Público.

A própria EC n.º 03/93 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF, não qual se questionava diversos dispositivos violados do nosso sistema constitucional, entre eles o Contraditório e princípio do Juiz Natural. Entretanto, tais argumentos foram rechaçados pelo Egrégio Tribunal, que entendeu constitucional a referida emenda.

Antes da EC n.º 45/04, a legitimação para propor a referida ação se resumiu em outros legitimados eram eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e Procurador Geral da República.

Atualmente, esse posicionamento foi ampliado com a EC 45/04, que aumentou significativamente os legitimados ativos para propositura da ação. Os mesmos legitimados ativos para ação Direta de Inconstitucionalidade genérica e omissiva, e ainda ação por ocasião de Descumprimento de Preceito Fundamental o são para a Ação Declaratória de Constitucionalidade, não se faz mas a distinção anteriormente realizada antes da EC 45/04.

É possível também o provimento jurisdicional a ser efetivado através de medida cautelar, que será concedida por maioria absoluta dos membros presentes na sessão de

juízo, ou seja, oito ministros, e com efeitos *ex nunc*, de caráter obrigatório e permanente para os órgãos da Administração Pública e Órgãos do Poder Judiciário ou outro efeito que o Tribunal assim o desejar, sempre havendo é claro reserva legal para tanto.

Para se manter o respeito as suas manifestações, prevê o STF o ajuizamento de reclamação, para o STF sem prazo definido, com o objetivo de zelar por suas decisões em sede de Controle Concentrado.

Ressalta-se o caráter duplice da ação declaratória de constitucionalidade, pois no mesmo sentido que declara a procedência da ação, se declara a viabilidade do ato normativo, superando qualquer crise ou incerteza que possa haver no ato normativo a ser impugnado. Em outro sentido quando se declara a improcedência da ação, esta se declarando que aquela norma é eivada de inconstitucionalidade. Cabe mencionar em que, em todos os processos de competência do STF, é obrigatória a audição do Procurador Geral da República e em sede de controle concentrado não é diferente.

Com relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, visa conceder eficácia plena as normas constitucionais de eficácia limitada. A ADI por omissão é cabível “quando uma norma constitucional, para ter plena eficácia, precisa ser complementada total ou parcialmente pelo legislador ou pelo administrador e este não cumpre o seu dever constitucional” (HOLTHE, 2006, p. 159).

A inconstitucionalidade por omissão é tema referente ao silêncio do legislador que não edita as leis necessárias para conferir imperatividade às normas constitucionais não exequíveis.

Daí a ação de inconstitucionalidade por omissão, que visa obter do Poder Judiciário declaração no sentido de que da inércia decorre a inconstitucionalidade. A dificuldade (e neste ponto é que o tema se relaciona com o processo legislativo) está nos efeitos práticos da sentença que acolhe a inconstitucionalidade por omissão (SILVA, 1999).

Se a omissão for de medida administrativa, a Constituição estabelece o prazo de trinta dias para sua concretização. Se, no entanto, for do legislador, dá-se apenas ciência ao Poder Legislativo da decisão, pois, em razão do princípio da separação dos Poderes (artigo 2.º), não há como compelir ao Legislativo a criar a lei, desde que nada se pode contra a inércia do legislador (VELOSO, 2003).

Consiste justamente esta ação na conduta negativa do legislador, que não elabora a norma legislativa no tempo oportuno e impede que os destinatários da norma possam obter a fruição de seus direitos adstritos na norma constitucional. De outro lado, configura-se a inconstitucionalidade por omissão justamente na conduta positiva e conduta negativa do

Poder Público queda-se inerte. A esta situação fática, nomenclatura a inconstitucionalidade por omissão.

Quanto à legitimidade para o ajuizamento da ação em comento, cumpre aos mesmos legitimados para ADIN genérica disposta no artigo 103, incisos I a IX da CF de 1988. Nesta situação não há que se falar em participação do Advogado-Geral da União, como defensor da norma impugnada, pois não há norma a ser objeto de impugnação. Apenas o Procurador-Geral da República deverá ser ouvido previamente em todos os processos de competência do STF (MORAES, 2001).

Importante ressaltar a ausência de cabimento de medida liminar em sede de ADI por Omissão, não há ato normativo a ser objeto de impugnação. A decisão do STF em sede de ação direta por omissão e em se tratando de órgão administrativo fixa-se prazo de 30 dias, sob pena de responsabilidade. No tocante ao órgão legislativo não há essa fixação de prazo por se tratar de órgão do poder legislativo.

A eventual fixação de prazo esbarraria no princípio da separação dos poderes, disposto no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Entretanto fixada a ocorrência de omissão, com efeitos retroativos e *ex tunc*, permite-se a responsabilização por perdas e danos da pessoa jurídica de direito público.

Importante ressaltar as diferenças que possam haver entre o Mandado de Injunção e a Adin por Omissão: nesta última, verifica-se a hipótese de controle abstrato e concentrado CF art. 103, parágrafo 2º, no Mandado de Injunção, a hipótese de controle difuso de constitucionalidade, nos termos da Constituição Federal, art. 5, inciso LXXI.

Na Adin por Omissão, se declara a mora do órgão competente e exige a elaboração da norma regulamentadora e a competência cabe ao STF. De outro lado na Mandado de Injunção, o direito constitucional ainda não está regulamentado, quanto aos órgãos de competência, cabe ao STF, STJ, TSE e TJS estaduais, dependendo da norma a ser regulamentada (MORAES, 2001).

Quanto à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, trata-se de inovação introduzida pela lei 9869/99. A lei possibilita a ação de descumprimento de preceito fundamental em algumas hipóteses são elas: para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, para reparar lesão a preceito fundamental e por último quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal incluído os anteriores a constituição.

Segundo Veloso (2003), a ação em comento deverá ser proposta contra atos do poder público já concretizados, não se encontra apta a realizar atos de caráter preventivo. A doutrina

nacional não é uniforme no que tange a critério definição do seja preceito fundamental, parte-se do prisma que preceito fundamental seja a lesão os direitos e garantias fundamentais do texto constitucional. A competência para processo e julgamento cabe ao Supremo Tribunal Federal, em face do controle concentrado e abstrato de normas.

Quanto à legitimidade, é a mesma ativa ad causam para o ajuizamento da ação, destacando-se que são os mesmos para ação direta de inconstitucionalidade genérica prevista no texto da lei maior artigo 103, incisos I a IX. Vale ressaltar que só é cabível ação de descumprimento de preceito fundamental, quando não houve outro meio capaz de cessar a lesão resultante de ato do poder público.

No tocante à forma procedimental, caberá medida cautelar para sanar a lesão a preceito oriundo da Constituição Federal, que tem como desiderato a paralisação e consequente suspensão dos processos em andamento. Seus efeitos são erga omnes e efeito vinculante aos demais órgãos do poder público.

Outro ponto importante é presença do *amicus curiae* (aplicação analógica do art. 7º, parágrafo 2º, da Lei 9868/99), ou amigos da corte, que poderão auxiliar os julgadores com a participação de elementos técnicos. Das decisões proferidas em sede ADPF não caberá quaisquer recursos, nem ação rescisória, exceção de embargos declaratórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas constitucionais, pela sua supremacia dentro da organização jurídica de um Estado e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Poder Público competente exigem que na função hermenêutica de interpretação da ordem jurídica sejam sempre atendidas as preferências ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal.

No que tange às formas de controle da constitucionalidade das normas ordinárias e da própria atuação política do Estado na vida social, o constitucionalismo tornou função essencial da Corte Suprema a interpretação da Constituição e das leis, com a finalidade de garantir e fiscalizar a boa aplicação das normas jurídicas, pelos tribunais inferiores, assegurando com isso a necessária unidade do Direito.

A Constituição, independente da natureza específica de suas normas, é um instrumento unitário em seus efeitos para a configuração dos princípios elementares da ordem jurídico-política do País.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade constitui um instrumento fundamental para exercício de garantias fundamentais ao cidadão, pois através dela organismos e entidades podem questionar, diretamente junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), a constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais.

Por esse meio (chamado de controle concentrado de constitucionalidade) o STF, quando reconhece a inconstitucionalidade da norma federal ou estadual, suspende sua vigência, de modo que a decisão é aplicável para toda a sociedade.

Trata-se nesse sentido de mecanismo com alcance muito mais amplo do que aquele tradicionalmente utilizado para acesso ao Judiciário, que se opera pelo chamado controle difuso de constitucionalidade, em que cada parte que se sinta prejudicada por norma inconstitucional deve percorrer as várias instâncias do Poder Judiciário até obter uma decisão irreversível, cujo alcance ficará restrito às partes envolvidas no processo.

Manifestando-se o Supremo Tribunal Federal pelo descabimento de controle abstrato de normas, via ADIN ou ADECON, do chamado direito pré-constitucional, esse Tribunal entende que a validade de uma norma anterior à Constituição não está sujeita ao controle de constitucionalidade, mas sim ao chamado conflito de leis no tempo, devendo ser examinada no âmbito do Direito Intertemporal.

Trata-se de uma importante evolução, no sentido de um aperfeiçoamento da interpretação e maior precisão na aplicação do controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro, ampliando ou revendo aspectos pouco definidos durante a elaboração da Constituição, aprimorando assim o sentido e âmbito dos propósitos básicos ali firmados quanto às garantias de direitos dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 15, n. 57, jan-mar. 1978.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVES, José Carlos Moreira. *Carta não autoriza STF a criar normas, diz Moreira Alves*. São Paulo, 2011. Valor Econômico, São Paulo, 23 ago. 2011.

AVARES, André Ramos. *Curso De Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso De Direito Constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARBOSA, Leonardo. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Edições Câmara, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTENCOURT, Marcos Vinícius Corrêa. *Curso de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas de Comissões. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Ata da 2ª Reunião Extraordinária, realizada no dia 14.04.1987 – notas taquigráficas. Brasília, Câmara dos Deputados, 297p, 1987a

BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Constituição de República Federativa do Brasil de 1988*. In: Vade mecum Saraiva. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Suspensão julgamento de MS que questiona projeto de lei sobre novos partidos*. Portal STF, Brasília, 5 jun. 2013a. Disponível em: Acesso em: 6 jun. 2013.

CABRAL, Bernardo. *A palavra do relator. Ontem, há vinte anos*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 45, n. 179, jul.-set. 2008.

CARVALHO, Alexandre. *Efeito vinculante e concentração da jurisdição constitucional no Brasil*. Brasília: Consulex, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*. 14 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2008.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues. *A ampliação dos legitimados na Constituinte de 1988: revisão judicial e judicialização da política*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 96, p. 293- 325, jul-dez. 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

COSTA, Alexandre Araújo. *O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada*. Teoria & Sociedade, Belo Horizonte, UFMG, v. 19, p. 198-227, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 6. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

DANTAS, Ivo. *Novo processo constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Constituição & processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

GOMES, Sandra. *O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo de caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)*. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 193-224, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle de Constitucionalidade*. Revista de Processo v. 23, nº. 90, abr./jun. 1998. São Paulo. pp. 11-21.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. São Paulo: JusPodivm, 2006.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lúcia. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. v. 2. (Série Arquivos do Ministério da Justiça).

MARTINS, Leonardo. *A retórica do processo constitucional objetivo no Brasil*. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodium, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas*. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Revista Jurídica Virtual, 10, Brasília, v. 1, n. 4, ago. 1999.

_____; Inocêncio Coelho; Paulo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1434p.

_____. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. Ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.