

Controle de Constitucionalidade – Visão Geral

Heloísa Sanches Querino Chehoud¹

Sumário: Introdução. 1 Controle de constitucionalidade: surgimento e histórico (difuso ou americano x concentrado ou austríaco). 2 Modelos peculiares: francês, alemão e português. 3 O sistema brasileiro. 3.1 O controle preventivo. 3.2 O controle repressivo. 3.2.1 O controle difuso 3.2.2 O controle concentrado 3.2.2.1 A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 3.2.2.2 A ação declaratória de constitucionalidade (ADC). 3.2.2.3 A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). 3.2.2.4 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). 3.2.2.5 O controle de constitucionalidade de âmbito estadual. Conclusão. Referências.

Introdução

Considera-se a primeira Constituição escrita a que foi promulgada em 16 de dezembro de 1653 por Oliver Cromwell, na Inglaterra. Denominada *Instrument of government*, era composta por 42 artigos. O governante morreu em 1658, foi sucedido pelo filho, que porém não conseguiu se manter no governo, com o que a Constituição perdeu eficácia. Como se nota, ela teve vida efêmera.

As Constituições escritas em um corpo único, nacionais e limitativas das competências, só apareceram de forma duradoura com o advento das ideias liberais do século XVIII, que culminaram na Independência Americana e na Revolução Francesa.

A Independência Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) – e as Constituições delas resultantes – são o marco histórico do fim da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea, em que vigorou o Estado Liberal.

Nesse período, os sujeitos de poder passaram a submeter-se às normas jurídicas, cuja finalidade maior era impor limites ao poder estatal.

Surgiu assim o Estado de Direito, ou seja, o Estado que realiza as suas atividades submetendo-se a uma ordem jurídica, em contraposição ao superado Estado de Polícia, predominantemente absolutista, em que os governantes detinham poderes ilimitados.

¹ Procuradora do Estado classificada na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Por ter nascido como resposta ao absolutismo, o Estado Liberal não contava com mecanismos de controle do Poder Legislativo, já que o Parlamento representava a vitória do povo sobre o governo despótico. Assim, o Parlamento e o seu produto, a lei, eram supremos.

Não se pensava então em controle de constitucionalidade, que só viria a surgir no fim do século XIX.

Com isso, o Executivo dependia integralmente do Parlamento. A lei e o direito se confundiam: o direito era o que o Parlamento entendia como tal.

As primeiras Constituições escritas, americana e francesa, nasceram influenciadas pelo princípio da distinção entre lei constitucional e lei ordinária, implicando a superioridade daquela em relação a esta.²

Da diferenciação entre lei constitucional e lei ordinária – que implica a consideração da superioridade daquela sobre esta – nasceram as Constituições rígidas, aquelas cujo procedimento de reforma é especial e solene em relação às leis ordinárias. São Constituições escritas em um corpo único, que determinam a competência dos vários ramos do governo e, portanto, limitam os poderes de cada qual. Pretendem, com isso, gozar de especial estabilidade.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “O fundamento destas Constituições rígidas é, como escreve Borgeaud, serem leis de proteção política, leis de garantia.”³

A Constituição Federal norte-americana de 1787 dispunha expressamente: “*This Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)*.”

No sistema das Constituições rígidas, a Constituição é a autoridade mais alta e deriva de um poder superior à legislatura. Ela situa-se no ápice da pirâmide kelseniana⁴: “O Poder Legislativo, como os outros poderes, lhe são subalternos, tendo as suas fronteiras demarcadas por ele, e, por isso, não podem agir senão dentro dessas normas.”⁵

Hans Kelsen esclarece: “Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo

² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 37.

³ “A Lei Fundamental de um Estado é, na frase de Bouvier, a que estabelece os princípios sobre os quais o governo está assentado, e regula a atividade dos poderes soberanos, determinando a que corpos ou pessoas tais poderes devem ser confiados e o modo dos seus respectivos exercícios.” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *A teoria das constituições rígidas*, cit., p. 38).

⁴ “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247).

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., p. 48.

legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional.”⁶

Sendo assim, a Constituição é rígida porque não pode ser alterada senão por procedimento legislativo solene e mais dificultoso que o da lei ordinária. Com isso se garante a superioridade hierárquica – e a estabilidade – da Constituição.

A Constituição rígida “restringe a atividade dos representantes, não os autorizando a tocar nas disposições constitucionais e subordinando-os a elas. Restringe-se a si própria, exigindo, para a sua reforma, formalidades especiais e majorias tão amplas que impossibilitem exprimir situações efêmeras”.⁷

O surgimento do controle de constitucionalidade só se tornou possível nesse cenário de Constituição rígida, pois só nele existe a *supremacia da Constituição*.

De acordo com José Afonso da Silva, “a *rigidez constitucional* decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição (...)”.⁸

E esclarece que a supremacia da Constituição se justifica porque ela “é, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.⁹

Em consequência da rigidez constitucional, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição.

Em suma, a rigidez constitucional, que é a dificuldade de alteração da Constituição pela legislatura ordinária, sempre existiu para proteger a lei fundamental do Estado, e tem como consequência – e também causa – a supremacia da Constituição. E no intuito de se *garantir* essa supremacia, mais adiante foram criados os métodos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como se verá a seguir.

1. Controle de constitucionalidade: surgimento e histórico

O controle de constitucionalidade surgiu diante da necessidade de se impor limites ao próprio legislador, e de torná-los efetivos através de um controle judicial.

⁶ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 249.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *A teoria das constituições rígidas*, cit., p. 48.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 45.

⁹ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 45.

O controle jurisdicional das leis foi uma ideia posta em prática pela primeira vez nos Estados Unidos, no século XVIII, e difundida depois, no curso do século XIX, em outros países.

Em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte norte-americana, presidida pelo Chief Justice John Marshall, houve por bem *desaplicar* uma lei que se mostrou contrária à Constituição, pondo em prática a supremacia da Constituição.

A partir desse julgamento, estipulou-se o poder e o dever de os juízes negarem aplicação às leis, nos casos sujeitos a seu julgamento, sempre que conflitarem com a Constituição.

Devido ao efeito do *stare decisis* existente nos Estados Unidos em interpretação constitucional (*stare decisis et non quieta movere*), que significa “aderir a decisões e não mudar o que está pacificado”, os juízes das cortes inferiores restaram autorizados a seguir o precedente da Suprema Corte, desaplicando a lei contrária à Constituição.

Stare decisis é a política que requer que as Cortes americanas, inferiores e superiores, todas subordinadas à Suprema Corte que estabeleceu o precedente, sigam-no e que não perturbem um ponto estabelecido.

Esse é o marco inicial dos modernos sistemas de controle de constitucionalidade.

No que concerne ao aspecto subjetivo ou orgânico, há dois grandes grupos de sistemas de controle judicial da legitimidade constitucional das leis: (i) o sistema difuso, em que todos os órgãos judiciários o exercitam incidentalmente, na ocasião das causas de sua competência; e (ii) o sistema concentrado, em que o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário.

Enquanto o arquétipo difuso foi posto em prática pelos Estados Unidos em 1803, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, o modelo de controle concentrado foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1920, cujo projeto foi elaborado por Hans Kelsen, a pedido do governo.

O sistema difuso, também chamado de “americano”, de *judicial review* encontra-se em muitas das ex-colônias inglesas, como Canadá, Austrália e Índia.

Já o sistema concentrado ou “austríaco” foi adotado, entre outros, na Itália, na Turquia e na Alemanha.

O sistema difuso é o mais antigo e sua doutrina consiste na premissa de que lei superior prevalece sobre lei inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), ou seja, a norma constitucional, quando a Constituição for rígida e não flexível, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, o que pode e deve ser reconhecido por todos os juízes, diante de um caso concreto submetido ao seu julgamento.

O risco desse sistema é a insegurança jurídica, principalmente nos países em que vigora a *civil law*, em que cada pessoa terá de entrar com a sua ação para que a lei lhe seja desaplicada, em favor da norma constitucional, havendo risco de decisões conflitantes. Isso não se faz necessário nos países de *common law*, pois, em decorrência do *stare decisis*, o precedente deve ser obedecido.

Devido ao *stare decisis*, quando a questão for decidida pela Suprema Corte, ela passará a ser, dali em diante, vinculante para todos os órgãos judiciários, de modo que o julgamento acaba tendo eficácia *erga omnes*, e não se limita a trazer consigo puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto, com possibilidade de a lei ser novamente aplicada em outros casos, por outros juízes. Há, assim, verdadeira eliminação da lei final e definitiva – após o julgamento pela Suprema Corte –, com efeito em geral retroativo. Ela torna-se uma *dead law*, uma lei morta.

No intuito de criar um adequado substituto da Suprema Corte norte-americana, elaborou-se o sistema concentrado: tentava-se “encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir a questão da constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito, de que se falou antes”.¹⁰

A Constituição austríaca criou então uma corte constitucional especial, o que foi posteriormente seguido pela Espanha, Itália e Alemanha.

No sistema concentrado, em que existe uma corte constitucional, vale a doutrina da supremacia da lei e da nítida separação dos poderes, com exclusão de um poder de controle das leis por parte dos juízes comuns.

Assim, no modelo concentrado, os juízes comuns são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum*, e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis em conflito com a Constituição.

Eles devem sempre ter como boas as leis, salvo seu poder de suspender o processo diante deles pendente, a fim de arguir perante o tribunal especial constitucional a questão da constitucionalidade surgida naquele caso.

As cortes constitucionais têm funções exclusivamente constitucionais, e não julgam casos concretos.

Optou-se por criar uma corte exclusivamente constitucional para fugir do padrão de julgamento comum dos juízes de carreira “amadurecido nas salas fechadas dos tribunais”¹¹. A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional é uma atividade acentuadamente discricionária e equitativa. Ela é mais próxima da atividade legislativa e administrativa que dos juízes comuns.

Vistas as bases dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, interessante analisar alguns modelos peculiares.

2 Modelos peculiares: francês, alemão e português

Na França, o controle de constitucionalidade de leis é *puramente político e preventivo*, não havendo controle jurisdicional. Uma vez promulgada a lei, ela é reputada constitucional e não há instrumento para se anulá-la.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 83.

¹¹ *Ibidem*, p. 89.

A Constituição da V República, de 4 de outubro de 1958, hoje em vigor, confia o controle de constitucionalidade, sempre apenas preventivamente, ao Conseil Constitutionnel.

Esse sistema se justifica por três principais fatores: (i) o histórico de abusos cometidos pelos juízes franceses antes da Revolução; (ii) a doutrina de Montesquieu sobre a absoluta separação de poderes; e (iii) o entendimento de que a lei é direta manifestação da soberania popular, conforme Rousseau.

Em suma, o modelo francês é apenas político, além de prévio e sempre abstrato, cujo parâmetro é o *bloco de constitucionalidade* formado pela Constituição de 1958, a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República anteriores a 1946.

O modelo alemão, por sua vez, segue o austríaco, ou seja, é apenas concentrado. Não há controle difuso. Há, portanto, um Tribunal Constitucional (TCFA – Tribunal Constitucional da Federação Alemã), órgão idealizado e criado para essa função de controle normativo. O Tribunal Constitucional tem função exclusivamente de controle de constitucionalidade, que pode ser abstrato (ação de controle abstrato), ou concreto (recurso de amparo, que é o último recurso de um caso concreto).

Na Alemanha, não há controle preventivo, apenas repressivo.

Além da ação de controle abstrato e do recurso de amparo, a Alemanha tem um terceiro tipo de controle, chamado “questão constitucional”. Nesse, quando no curso de uma lide interpartes surge uma questão constitucional, abre-se um incidente, e só ele, abstrato, vai ao Tribunal Constitucional; depois de julgada a questão, volta ao juiz da causa. Vale sublinhar que o juiz da causa não pode desaplicar a lei para aplicar a Constituição, como no sistema difuso.

Já em Portugal, o controle de constitucionalidade tal como é hoje foi instituído pela Revisão Constitucional de 1982. Ele é chamado de misto complexo, pois pode ser tanto difuso quanto concentrado. O difuso cabe a todo e qualquer tribunal, enquanto o concentrado cabe ao Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional português é, na fiscalização concreta, a última instância de decisão e, na fiscalização abstrata, é o único órgão do poder com competência para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos, com força obrigatória geral.

Portugal, juntamente com o Brasil, a Hungria e a Costa Rica, consagrou o controle da constitucionalidade da omissão, sendo um controle desprovido de sanção que recai sobre o legislador.

Portugal tem também o controle preventivo, a par do sucessivo. Vê-se assim que esse sistema é bem semelhante ao brasileiro, visto a seguir.

3 O sistema brasileiro

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, responsável pela implantação definitiva da república federativa no país, foi a que primeiro previu o controle de constitucionalidade brasileiro.

Sob influência do constitucionalismo norte-americano, ela acolheu o sistema difuso, que perdurou até a Constituição vigente.

As Constituições brasileiras subsequentes foram introduzindo novos elementos, até que se chegou ao sistema atual, a seguir exposto.

3.1 O controle preventivo

Num primeiro momento, o controle de constitucionalidade tem por objetivo impedir que uma norma jurídica inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico. Por isso existe de início o controle preventivo.

Ele ocorre antes ou durante o próprio processo legislativo, sobre o ainda projeto de lei, em especial nos seguintes momentos: (i) na iniciativa do projeto de lei, por aqueles que têm a competência de deflagrar o processo legislativo; (ii) nas Comissões legislativas, em especial nas de Constituição, Justiça e Redação de cada uma das Casas do Congresso Nacional; e (iii) no momento da sanção ou veto do presidente da República, já que o veto pode ser por contrariedade ao interesse público ou por inconstitucionalidade do projeto. O veto se mostra bastante eficaz, pois exige para sua derrubada voto da maioria absoluta dos membros de cada Casa Legislativa.

O controle preventivo é político, e não jurisdicional. Discute-se se um parlamentar poderia recorrer já nesse momento ao Supremo Tribunal Federal, para impugnar projeto de lei que seria inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o controle preventivo só poderia ocorrer na via jurisdicional quando houvesse vedação ao trâmite da espécie normativa na própria Constituição, pois o parlamentar tem o direito de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. O parlamentar poderia, nesse caso, impetrar mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, visto que tem o direito líquido e certo de que o processo legislativo da Constituição seja respeitado.

3.2 O controle repressivo

Cumprido o processo legislativo, promulgada, publicada e entrando em vigor a lei, o seu controle de constitucionalidade será sempre jurisdicional. Esse é o controle repressivo.

O controle repressivo no Brasil pode ser difuso (modelo americano) ou concentrado (modelo austríaco).

3.2.1 O controle difuso

O sistema difuso é também denominado “via indireta, de exceção ou de defesa”, já que se dá incidentalmente, dentro de um processo judicial comum, num caso concreto.

No Brasil, o controle difuso em primeira instância é feito por todo e qualquer juiz, diante de um caso concreto.

No entanto, em segunda instância e nos Tribunais Superiores, existe uma formalidade a ser respeitada, que é a *reserva de plenário*, determinada pelo artigo 97 da Constituição Federal.

De acordo com tal dispositivo, nos Tribunais, somente com o voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial pode haver a declaração de inconstitucionalidade da lei.

Os artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil dispõem sobre como deve ser esse procedimento: sendo a arguição de inconstitucionalidade acolhida pela turma ou câmara, ela lavra o acórdão e submete a questão ao Tribunal Pleno, que decidirá sobre a alegada inconstitucionalidade da lei, lembrando que a decisão terá efeitos apenas interpartes.

Se houver recurso, em especial o *extraordinário*, e a declaração de inconstitucionalidade transitar em julgado no Supremo Tribunal Federal, ele pode cientificar o Senado Federal para que, *querendo*, suspenda a execução da lei, dando à decisão, que até então tinha eficácia apenas *interpartes*, os efeitos *erga omnes*.

Cabe lembrar que essa atribuição do Senado Federal, constante do artigo 52 da Constituição Federal, é discricionária, ou seja, depende de uma análise própria de conveniência e oportunidade, não sendo vinculada pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

3.2.2 O controle concentrado

Já a forma concentrada de controle de constitucionalidade é também denominada “via de ação ou abstrato”, já que versa somente a inconstitucionalidade, sem um caso subjacente.

Esse é o controle em tese do ato normativo, que se dá por meio das seguintes ações: (i) ação direta de inconstitucionalidade – ADI; (ii) ação declaratória de constitucionalidade – ADC; (iii) arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; (iv) ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO; e (v) controle de constitucionalidade de âmbito estadual.

3.2.2.1 A ação direta de inconstitucionalidade (ADI)

A ação direta de inconstitucionalidade está prevista no artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal. O rol de pessoas com legitimidade ativa consta do artigo 103 da Constituição Federal. A ação deve ser ajuizada para que

seja declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Tal decisão “produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 102, § 2º, da CF).

Tal dispositivo foi incluído pela Emenda Constitucional n. 45. Hoje não mais se questiona se os juízes ficam vinculados ao precedente do Supremo Tribunal Federal, pois a Constituição é expressa nesse sentido.

Entretanto, segundo entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, “os efeitos não alcançam o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão”.¹²

Caso haja descumprimento da decisão de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública, qualquer pessoa poderá ajuizar reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, para que ele casse a decisão que vai contra a autoridade de seu julgado (art. 102, I, “I”).

O procurador geral da República será ouvido previamente à decisão e o advogado geral da União será citado para defender a norma impugnada.

Somente serão questionados na ação direta de inconstitucionalidade *lei ou ato normativo*, ou seja, atos dotados de generalidade e abstração. Generalidade é a capacidade de afetar um número indeterminado de pessoas, e abstração é a capacidade de isso acontecer reiteradamente.

Cada espécie normativa do artigo 59 da Constituição Federal, *desde que genérica e abstrata*, pode em tese ter a sua constitucionalidade questionada via ação direta.

Mesmo os atos normativos não elencados no art. 59 da Constituição Federal, como os regimentos internos dos Tribunais e os atos normativos do Poder Executivo, desde que genéricos e abstratos, podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Somente serão questionadas via ação direta de inconstitucionalidade lei ou ato normativo federal ou estadual, excluindo-se o municipal, que hoje pode ser questionado via arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O silêncio constitucional quanto ao controle via ação direta da lei municipal em face da Constituição Federal é denominado “silêncio eloquente” pelo Supremo Tribunal Federal, que entende tratar-se de uma omissão proposital do constituinte, não permitindo interpretação que a inclua nessa sistemática de controle.

Ademais, a lei ou ato normativo questionado deve ser posterior à Constituição Federal, pois se for anterior, o caso é de não recepção, e não de inconstitucionalidade. Não tendo sido recepcionado pela Constituição Federal, o ato normativo dispensa sentença para declará-lo inconstitucional.

¹² STF – AgR Rcl n. 2.617/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJU, de 20.05.2005, p. 7.

A Lei n. 9.868, de 10.11.1999, dispõe sobre o processo e julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, lembrando que as principais características são as que constam da Constituição Federal, tais como a legitimidade ativa e os efeitos da decisão.

Quanto à legitimidade ativa, cabe esclarecer que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que alguns dos legitimados constantes do artigo 103 devem comprovar a *pertinência temática* entre a causa e a sua finalidade institucional, como, por exemplo, a entidade de classe de âmbito nacional.

Outros, no entanto, são neutros ou universais, estando dispensados da prova de pertinência temática, como o presidente da República.

Repita-se que a decisão da ação direta de inconstitucionalidade terá efeitos *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*, já que se trata de um vício de origem do ato normativo.

No entanto, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, modular os efeitos da decisão, para que só produza efeitos a partir do seu trânsito em julgado ou de algum outro momento que venha a ser fixado (art. 27 da Lei n. 9.868).

Diferentes declarações de nulidade de lei podem ser proclamadas pelo Supremo Tribunal Federal: (i) a lei é totalmente inconstitucional, sendo inteiramente nula; (ii) a lei é apenas parcialmente inconstitucional, sendo declarada a nulidade apenas dos dispositivos que o sejam; (iii) a inconstitucionalidade está apenas em algumas hipóteses de aplicação da lei, rendendo ensejo à “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”; e (iv) existe uma forma de interpretar aquele ato normativo que não ofende a Constituição Federal, e então ele deve ser usado, presumindo-se que a intenção do legislador foi a de prestigiar a vontade da Constituição Federal (“interpretação conforme à Constituição”).

3.2.2.2 A ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

A ação declaratória de constitucionalidade, assim como a ação direta de inconstitucionalidade, está prevista no artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal. A legitimidade ativa também consta do artigo 103 da Constituição Federal, que prevê os mesmos entes da ação direta de inconstitucionalidade. A ação é ajuizada para que seja declarada a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Tal decisão “produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, tal como na ação direta de inconstitucionalidade.

O procurador geral da República será ouvido previamente, mas o advogado geral da União não será citado.

Somente serão questionadas via ação declaratória de constitucionalidade lei ou ato normativo federal – excluindo-se o estadual e o municipal.

Para o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, há que se demonstrar *controvérsia jurisprudencial* a ensejar o pleito perante o Supremo Tribunal Federal, já que as leis são presumivelmente constitucionais e não seria necessário o ajuizamento de ação para se declarar essa condição.

Como dito acima, a Lei n. 9.868, de 10.11.1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

As duas ações (direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade) são chamadas de “ações de sinais trocados”, porque a improcedência de uma equivale à procedência da outra, e vice versa (art. 24 da Lei n. 9.868).

Tal como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, a decisão terá efeitos *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*, sendo que, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, modular os efeitos da decisão, para que só produza efeitos a partir do seu trânsito em julgado ou de algum outro momento que venha a ser fixado (art. 27).

3.2.2.3 A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal tinha entendimento de que esse dispositivo não seria autoaplicável, necessitando de lei que o regulamentasse (norma de eficácia limitada), sendo que “enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o Supremo Tribunal Federal não poderá apreciá-la”.¹³

Sobreveio a Lei n. 9.882, de 03.12.1999, que dispõe sobre o seu processo e julgamento.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é proposta perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de evitar ou reparar lesão a *preceito fundamental* resultante de ato do Poder Público. O ato impugnado não tem de ser normativo, como na ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que é possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental para o controle da elaboração e realização de políticas públicas ligadas ao mínimo existencial.¹⁴

Ela é ação subsidiária (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882), pois sua admissão está vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato atacado.

¹³ STF – Pet n. 1.140, rel. Min. Sydney Sanches, DJU, de 31.05.1996.

¹⁴ STF – ADPF n. 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJU, de 29.04.2004, p. 12.

Por meio dela, se questiona lei ou ato normativo federal, estadual ou *municipal*, incluídos os anteriores à Constituição Federal, conforme autorizou expressamente o artigo 1º, inciso I, da Lei n. 9.882/99, desde que haja *relevante* controvérsia constitucional, a critério do próprio Supremo Tribunal Federal.

Os legitimados à propositura são os mesmos das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (art. 2º).

A lesão deve ser a preceito constitucional *fundamental*.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal compete a ele próprio o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.¹⁵

No entanto, sabe-se que os preceitos fundamentais são aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, são os valores superiores, conferindo-lhe identidade e se apresentando como o sustentáculo da própria Constituição.

A decisão também terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, § 3º). O efeito *ex tunc* poderá ser modulado, tal como nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

3.2.2.4 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

A omissão torna-se relevante a partir do dever previsível dos poderes e das autoridades de disciplinar determinada matéria. O processamento, o foro (STF) e a legitimidade ativa são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade.

Ela é cabível “se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição Federal, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”.¹⁶

A diferença em relação à ação direta de inconstitucionalidade está nos efeitos da decisão. Na ação direta de inconstitucionalidade, o ato é reconhecido como nulo, mas na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Constituição Federal manda dar ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias. Se for órgão administrativo, terá prazo de 30 dias. Devido ao

¹⁵ STF – ADPF n. 1-7/RJ, rel. Min Neri da Silveira, DJU, de 07.11.2003.

¹⁶ STF – ADI n. 1.458/DF, rel. Min. Celso de Mello.

princípio da separação de poderes, o Judiciário não tem competência para fixar prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.

Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é forma de controle concentrado, abstrato, o *mandado de injunção* é a forma de impugnar uma omissão com base em um *caso concreto*.

O mandado de injunção está previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal. É o remédio constitucional que tem por objetivo suprir norma regulamentadora, cuja ausência inviabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Somente aquela pessoa que figurar como titular do direito ou da liberdade poderá valer-se desse remédio constitucional, ao invés dos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A competência para julgar o mandado de injunção é estabelecida em razão da entidade estatal da qual se exige a regulamentação inexistente: ao Supremo Tribunal Federal, quando for de atribuição do Congresso Nacional; ao Tribunal de Justiça de São Paulo, quando a norma for de atribuição do Estado ou de Município de São Paulo (art. 74, V, da Constituição do Estado de São Paulo).

Aqui, diferentemente do que ocorre na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a decisão não deve ser a de simplesmente se dar ciência ao poder responsável pela edição da norma, apesar de essa ter sido a posição majoritária adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Critica-se tal solução (apenas ciência ao poder omissor), pois restaria ao titular do direito apenas a eventual apuração das perdas e danos havidos pela omissão do poder regulamentar.

Defende-se neste trabalho a posição sustentada por José Afonso da Silva¹⁷ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸, segundo a qual o mandado de injunção tem por finalidade realizar *concretamente* em favor do *impetrante* o direito, liberdade ou prerrogativa. O mandado de injunção exige uma solução para o caso concreto, e não uma decisão com efeito *erga omnes*. O Judiciário deve decidir dizendo o conteúdo da norma que se aplicará ao caso concreto e que fará a coisa julgada, insuscetível de ser alterada por norma legal ou regulamentar posterior. Esclarece a autora acerca do mandado de injunção:

“Não há fundamento constitucional para concluir que o Judiciário apenas daria ciência ao poder que se omitiu, ou que determinaria a edição da norma regulamentadora, pois aí sim haveria interferência indevida de um poder em outro em hipótese não expressamente prevista na Constituição Federal, com ofensa ao princípio da separação de poderes.”¹⁹

¹⁷ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 448.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 610.

¹⁹ *Ibidem*, mesma página.

Acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal mostra que está havendo uma mudança de posição no Tribunal, que até então apenas dava ciência ao poder omissivo, nos julgamentos dos mandados de injunção.²⁰

Nesse julgamento, fica clara a nova tendência do Supremo Tribunal Federal em admitir uma solução normativa ao caso concreto. Em vista das inúmeras científicas que o Supremo Tribunal Federal havia feito ao Poder Legislativo acerca da falta de lei regulamentadora do direito de greve dos funcionários públicos, estava mais do que evidente a mora legislativa. Decidiu o Tribunal, então, que deveria incidir para essa categoria a disciplina do direito de greve dos trabalhadores em geral. Com isso, conferiu uma *solução normativa ao caso concreto*, evoluindo a forma pela qual vinha decidindo os mandados de injunção.

3.2.2.5 O controle de constitucionalidade de âmbito estadual

O controle de constitucionalidade dos atos normativos em face da Constituição Estadual vem previsto no artigo 125, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Sua competência é do Tribunal de Justiça de cada Estado, sendo que a Constituição Estadual deve especificar o processamento, observados os parâmetros constitucionais. Assim, não pode haver um único legitimado ativo, pois a Constituição Federal o vedou. O campo material é composto pelas normas estaduais e municipais. O parâmetro é a Constituição Estadual.

Mesmo em se tratando de norma da Constituição Estadual repetida da Constituição Federal, é cabível a ação direta perante o Tribunal de Justiça do Estado respectivo, com possibilidade de recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, conforme julgado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.²¹

Conclusão

Como visto, a noção de Constituição rígida surgiu como resposta aos anseios da sociedade, para que o conjunto de leis fundamentais do Estado fosse amparado por uma peculiar estabilidade.

A Constituição rígida posiciona-se no ápice do ordenamento jurídico, irradiando os seus efeitos por toda a pirâmide normativa subjacente, sendo que todas as leis infraconstitucionais devem estar em sua conformidade.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis foram criados para garantir essa conformidade, conferindo ao sistema um mínimo de ordenação e unidade.

De uma forma ou de outra, o que pretendem os Estados no controle de constitucionalidade é manter a estabilidade da forma de poder (agora limitado) desenhado na Constituição, que não poderia ficar sujeita a interesses efêmeros.

²⁰ STF – MI n. 670-9/ES, Pleno, j. 25.10.2007.

²¹ STF – Rcl n. 383-3/SP, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 11.06.1992, DJU, de 21.05.1993, p. 9.765.

O que se verifica, na verdade, em todos os modelos de controle de constitucionalidade, é a tentativa de conciliar o princípio da tripartição dos poderes – pelo qual um poder não pode interferir excessivamente na função típica do outro – com a necessidade premente de fiscalizar o respeito à Constituição Federal, lei suprema da nação.

O Brasil, não diferente, persegue esse mesmo intento, evoluindo gradualmente os seus mecanismos de controle de constitucionalidade, seja pela via legislativa (novas leis e emendas constitucionais), seja pelos novos entendimentos dos Tribunais, e assim avança, ou busca avançar, rumo à efetivação da supremacia da Constituição.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. A crise no entendimento clássico do princípio da legalidade administrativa e temas correlatos. In: FIGUEIREDO, Marcelo et al. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANCHEZ, José Acosta. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

