

PDFFull



REVISÃO

ENSINO JURÍDICO



DIREITO CONSTITUCIONAL

Revisou,
passou!





Sobre a Matéria:

O Direito Constitucional é de extrema importância nos concursos de Procuradorias! A Constituição é Lei Fundamental que estabelece os princípios e diretrizes do Estado e dos direitos dos cidadãos. Os candidatos devem ter um amplo conhecimento dos dispositivos constitucionais, sua interpretação e a jurisprudência relacionada. Além disso, esse conhecimento é essencial para o exercício da função dos Procuradores, permitindo a análise da constitucionalidade de leis, regulamentos e atos governamentais, bem como a defesa dos direitos dos cidadãos.

*O sucesso é
a soma de pequenos esforços
repetidos dia após dia.*



Aviso de Direitos Autorais

Prezado aluno, antes de iniciarmos nossos estudos de hoje, precisamos ter uma conversa séria. Trata-se do respeito aos nossos esforços na produção deste curso, a que temos dedicado todas nossas energias nos últimos meses.

Saiba que nosso objetivo é sempre oferecer o melhor produto possível e que realmente faça a diferença na sua caminhada rumo à aprovação. Mas, para que nós consigamos atingir essa meta, sua ajuda é imprescindível.

Então, sempre que algum amigo ou conhecido falar “será que você passa para mim aquele material do REJUS que você tem?”, lembre desta nossa conversa. Todos os nossos produtos são tutelados pela legislação civil (como a Lei 9.610/98 e o Código Civil) e pela legislação penal (especialmente pelo art. 184 do Código Penal).

Para que não reste dúvida: este curso se destina ao uso exclusivo do aluno que o adquirir em nosso site, e sua aquisição não autoriza sua reprodução. Ok?

Sabemos que falar isso parece pouco amigável, mas só estamos tendo este “papo reto” porque queremos de você justamente um ato de amizade: não participar, de forma alguma, da pirataria deste curso. Se isso acontecer, o fornecimento das aulas a você será interrompido e nenhum valor pago será restituído, sem prejuízo, evidentemente, de toda a responsabilização cabível nos âmbitos civil e penal.

Bem, o recado era esse. Agora podemos voltar às boas e meter a cara nos livros! Ops... nos PDFs!

*Ele vê tudo...
Não compartilhe!*

DIREITO CONSTITUCIONAL

AULA 4 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (PARTE 1)

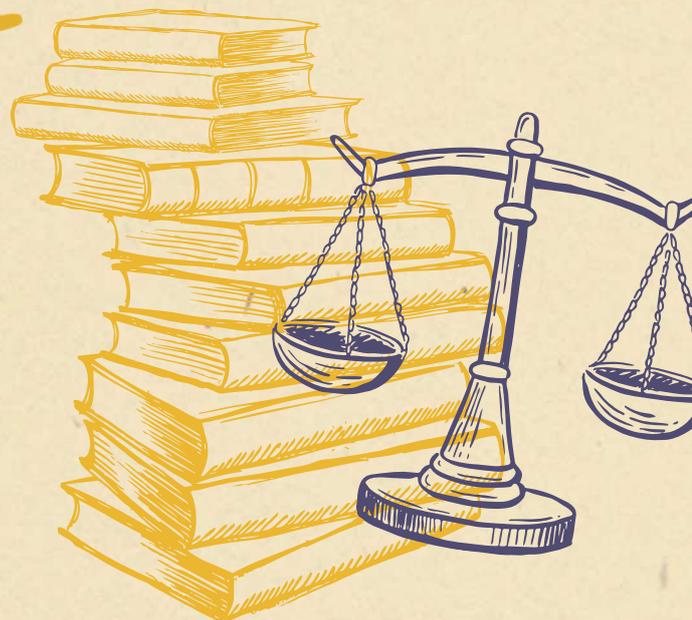
ASPECTOS HISTÓRICOS _____	7
Caso Marbury Vs. Madison _____	10
Modelo austríaco (Hans Kelsen) _____	12
EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL _____	13
FUNÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL _____	17
Função clássica _____	17
Funções básicas _____	17
ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE _____	18
Quanto ao objeto _____	18
Quanto à natureza do vício _____	18
QUANTO à extensão do vício _____	21
Quanto ao momento do vício _____	21
Quanto à forma de incidência do vício _____	33
TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE _____	34
Quanto ao momento/oportunidade do controle _____	34
Quanto à concentração _____	34
Quanto à natureza _____	34
SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE _____	35
Controle Político _____	35
Controle Jurisdicional _____	35
Controle Misto (ou híbrido) _____	35
NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL _____	35
PARÂMETROS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE _____	36
Controle de constitucionalidade realizado com base em parâmetros estrangeiros _____	40
SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE _____	41
MECANISMOS DE CONTROLE PREVENTIVO POLÍTICO _____	42
MECANISMOS DE CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL _____	42
MECANISMOS DE CONTROLE REPRESSIVO POLÍTICO _____	46

Art. 49, V, CF/88 _____	46
Art. 52, X, CF/88 _____	47
Art. 62, § 5º, CF/88 _____	48
(Im)Possibilidade de o Tribunal de Contas da União reconhecer a inconstitucionalidade _____	49
Ajuizamento de ADI _____	51
Revogação, pelo Poder Legislativo, de lei tida como inconstitucional _____	51
“Revogação”, pelo Poder Executivo, de atos normativos próprios tidos como inconstitucionais _____	52
Não aplicação, pelo Poder Executivo, de lei tida como inconstitucional _____	52

Novidades desta Versão:

Seja bem-vindo ao
REVISÃO!

A aprovação é possível para quem
não tem medo de sair da sua zona
de conforto e dar o seu melhor.



CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

(PARTE I)

Esse é o tema de direito constitucional mais importante (e mais cobrado) para provas de concursos em geral, e será o objeto desta e de mais algumas aulas do curso.

ASPECTOS HISTÓRICOS

Normalmente, quando se faz uma abordagem dos aspectos históricos do controle de constitucionalidade, é comum mencionar, de imediato, o caso *Marbury Vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1803, sendo o marco do judicial review, especialmente por conta do voto do famoso juiz Marshall.

Mas, antes de abordar esse caso, é necessário estudar dois outros antecedentes do controle de constitucionalidade.

A doutrina costuma apontar antecedentes do controle de constitucionalidade desde a Antiguidade Clássica, entendendo-se por antecedentes alguns aspectos históricos que estão ligados aos marcos do controle de constitucionalidade, aos princípios que regem a ideia do controle de constitucionalidade, como, por exemplo, a hierarquia das leis.

Assim, embora o controle de constitucionalidade na forma como se conhece hoje seja algo que deva ser debatido a partir do século XVIII (no qual se encontra a primeira constituição escrita em sentido moderno, que é Constituição dos EUA, ocorrendo o caso *Marbury Vs. Madison* logo no início do século XIX), há antecedentes históricos desde a Antiguidade Clássica, os quais são marcos que dizem respeito aos princípios que regem o controle de constitucionalidade.

Aqui serão abordados apenas DOIS dos antecedentes remotos apontados pela doutrina. Esses dois antecedentes remotos que são interessantes para o presente estudo são os seguintes:

1) **GRÉCIA** (entre os séculos V e IV a.c.): havia o instituto da *Graphé Paranomón*, que era o antecedente grego (da Grécia Antiga) do controle de constitucionalidade pelo qual, acaso fosse aprovada na Assembleia do Povo (a *Bulé*) uma lei comum que fosse contrária às chamadas leis

fundamentais (que eram leis ancestrais, divinas, imutáveis), qualquer do povo (qualquer cidadão) poderia acusar o proponente daquela norma e os que a aprovaram perante um tribunal de, no mínimo, mil jurados. Assim, haveria um julgamento da lei comum que era acusada de violar uma lei fundamental. Nesse procedimento, poderia haver a suspensão da norma atacada até o julgamento final. E, se o julgamento fosse no sentido da procedência da acusação, a norma era anulada retroativamente (efeitos ex tunc) e os que haviam proposto e aprovado essa norma eram responsabilizados pessoalmente. Cuidava-se, portanto, de um mecanismo que, guardadas as devidas proporções, tinha alguma similitude com a atual ADI.

2) **PORTUGAL** (em 1603): havia um instituto do Código Filipino. O Código Filipino, nessa época, previa que o Corregedor das Comarcas poderia declarar nula uma lei municipal, se essa lei fosse contrária a uma Ordenação do Reino. Aqui, portanto, há também uma ideia de hierarquia de leis (assim como havia no Graphé Paranomón), além de haver, no Código Filipino, a previsão de competência JUDICIAL para declarar nula uma lei local contrária às Ordenações do Reino. Esse antecedente histórico é muito importante para a realidade brasileira, pois o Código Filipino foi aplicado em nossas terras na época do Brasil Colônia, havendo, portanto, uma ligação histórica.

Mas foi a Constituição norte-americana de 1787 que trouxe para o mundo a ideia de constituição escrita em sentido moderno, a ideia de constituição escrita que garante direitos, que organiza os Poderes etc. E essa constituição teve, dentre as diversas ideias que foram utilizadas em sua concepção, uma que nos interessa mais, qual seja: as decisões raras do povo que formam a Constituição, quando estão em choque com as decisões cotidianas dos governantes (dentre elas, as leis comuns), prevalecem. Inclusive, isso era entendido como uma proteção do povo em face de uma possível tirania da maioria: a maioria parlamentar poderia se tornar tirana, e uma proteção do povo era o fato de essa maioria parlamentar não poder deliberar de forma contrária às decisões raras do povo (os norte-americanos estavam apreensivos com isso, porque eles tinham sido colônia da Inglaterra e o parlamento inglês havia legislado, no entender deles, de forma tirânica contra os colonos da América, e foi daí que veio o desejo por essa proteção especial).

Como se nota, há aqui (no fato de que, em havendo choque, as decisões raras do povo devem prevalecer sobre as decisões cotidianas dos governantes) a ideia de hierarquia de normas

(hierarquia superior da Constituição – que é o conjunto de decisões raras do povo – em relação à lei comum). Tudo isso, então, estava presente nos debates sobre a Constituição dos EUA.

Porém, a Constituição dos EUA, ela própria, não trouxe nenhum dispositivo expresso de controle de constitucionalidade, não estando ele escrito expressamente e “com todas as letras” nessa constituição, sendo eu fruto de uma construção da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA com base em ideias doutrinárias e em mecanismos de checks and balances (freios e contrapesos).

Na doutrina, há um marco muito importante desse debate: a Constituição dos EUA foi aprovada em 1787, mas ela passou por um processo de ratificação nos Estados que durou 4 (quatro) anos. Nesse processo, havia os que queriam que a Constituição fosse ratificada e os que queriam o seu abandono. Os que queriam a ratificação eram **os federalistas**, que defendiam o modelo federal, introduzido pela Constituição dos EUA; os que não queriam a ratificação desejavam o retorno do modelo antigo, em que havia Estados soberanos unidos em uma confederação (esses eram os **anti-federalistas**).

Nesse jogo de ideias (isto é, no debate sobre a ratificação ou não da Constituição dos EUA), os federalistas publicaram vários artigos defendendo a ratificação da Constituição, artigos esses que depois foram reunidos com o nome de “**Os Artigos Federalistas**” (1787-1788) e foram escritos por “Publius”, que era um pseudônimo de três autores: James Madison; Alexander Hamilton; e John Jay.

Hamilton, principalmente em dois dos Artigos Federalistas, quais sejam LXXVIII e LXXXI, coloca as **bases teóricas do controle de constitucionalidade**, os conceitos teóricos do controle de constitucionalidade. Esse autor defende, por exemplo, que nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido; e, além disso, ele diz que é missão do Poder Judiciário (isto é, dos juízes e dos tribunais) declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição. Por isso, Hamilton já preconizava doutrinariamente, nos mencionados artigos, o controle de constitucionalidade.

Mas a utilização desse instrumento (chamado de judicial review) pela Suprema Corte dos EUA para invalidar (declarando ser nula) uma lei do Congresso Norte-Americano (antes disso, houve alguns precedentes de leis estaduais sendo apreciadas pelos tribunais estaduais) ocorreu, pela primeira vez, no chamado caso Marbury Vs. Madison, de 1803, que é o marco encontrado em praticamente todos os livros que tratam do tema.

Pergunta: afinal de contas, sobre que tratou o caso Marbury Vs. Madison? Essa pergunta já foi feita até mesmo em provas orais de concursos. Vejamos, então, o que foi realmente o referido caso, questão, aliás, que é pouco abordada em livros.

CASO MARBURY VS. MADISON

John Adams, na época, era o Presidente dos EUA, sendo ele do Partido Federalista. O seu Secretário de Estado era John Marshall, que, depois, tornou-se juiz da Suprema Corte, sendo dele o voto que levou à decisão no caso Marbury Vs. Madison.

Ocorre que o Partido Federalista perdeu as eleições seguintes, sendo eleito Thomas Jefferson (do Partido Republicano) para o cargo de Presidente dos EUA, com posse marcada para o dia 04/03/1801.

Antes da posse, literalmente no último dia, Adams conseguiu aprovar, no Congresso dos EUA, uma lei criando cargos de juiz de paz, que eram cargos de livre Nomeação. Dentre os nomeados para esses cargos, encontrava-se William Marbury (foi nomeado juiz de paz no distrito de Wash, Columbia).

Os juízes de paz eram chamados de juízes da meia-noite (“midnight judges”), porque, como a lei foi aprovada no último dia de mandato, houve um “corre-corre” para a nomeação dessas pessoas, que tinham de receber em mãos a carta de nomeação. Nesse contexto, Adams determinou ao seu Secretário de Estado (Marshall) que entregasse essas cartas de nomeações, para que os juízes simpatizantes do Partido Federalista tomassem posse em cargos da magistratura. Marshall, nessa tarefa, não conseguiu entregar todas essas cartas, e um dos juízes que não a recebeu foi justamente Marbury.

Em sequência, ocorreu a posse de Thomas Jefferson, saindo de cena Adams e Marshall, e assumindo James Madison como novo Secretário de Estado.

Thomas Jefferson, então, ordenou ao seu Secretário de Estado que não entregasse as cartas de nomeação a quem não as recebeu antes. Diante disso, Marbury ajuíza uma ação contra Madison (daí chamar-se o caso Marbury Vs. Madison). Essa ação foi um writ of mandamus, proposto perante a Suprema Corte dos EUA (ele foi ajuizado perante a Suprema Corte porque uma lei havia determinado que o writ of mandamus, quando proposto em face de ato de Secretário de Estado, deveria ser ajuizado perante esse tribunal, tratando-se, portanto, de uma lei que previa um foro especial no âmbito cível para os Secretários de Estado, e foi justamente

isso que foi apreciado pela Suprema Corte dos EUA, presidida, na época, por John Marshall, que foi o Secretário de Estado que deixou de entregar a Marbury a sua carta de nomeação).

Thomas Jefferson, nesse contexto, enviou o seguinte recado a Marshall: se o caso fosse julgado contra o seu Secretário de Estado, ele iniciaria um período de complicada relação com a Suprema Corte, inclusive defendendo o impeachment de seus juízes, no que ele seria bem-sucedido, por ter o apoio da maioria do Congresso.

Diante disso, Marshall, após postergar a solução do caso por 1 (um) ano, proferiu seu célebre voto, nos seguintes termos: primeiramente, quanto à questão de fundo, ele decidiu que Marbury tinha direito à nomeação; em seguida, passando ao que seria uma preliminar, asseverou que, embora houvesse direito à nomeação, a ação (writ of mandamus) utilizada por Marbury apresentava um problema, qual seja, a lei que criou o writ of mandamus e deu à Suprema Corte a competência para julgá-lo contrariava a Constituição, porque só a Constituição pode estabelecer competência para a Suprema Corte, não podendo fazê-lo a lei comum; logo, a lei em questão era inconstitucional e, por conseguinte, nula, de modo que, embora Marbury tivesse direito, ele não tinha uma ação correspondente a esse direito, o que o faria ficar sem a nomeação, não sendo possível obrigar Madison a lhe entregar a carta de nomeação.

Esse, então, foi o voto (proferido por John Marshall) que ficou na história como o marco inaugural do controle de constitucionalidade no modelo atualmente adotado.

Dentre outros aspectos, Marshall asseverou, em seu voto, que é princípio de todas as constituições escritas que uma lei contrária à constituição é NULA, e que, quando há um conflito entre a lei e a Constituição, é o Poder Judiciário que deve resolvê-lo, deixando de aplicar a lei ao caso concreto.

A propósito, transcreve-se a seguir um **trecho do voto de Marshall** no caso em questão (Marbury Vs. Madison):

“A fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que deve ser essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual uma lei contrária à constituição é nula; e que os tribunais, bem como todos os outros departamentos [ou Secretarias de Estado], estão vinculados a esse instrumento.”

Foi assim, então, que teve início o judicial review, que é o mecanismo de controle de constitucionalidade chamado de modelo norte-americano, o qual **é judicial, repressivo e difuso**. Por esse mecanismo, uma inconstitucionalidade é DECLARADA por qualquer membro do Poder Judiciário ao decidir um caso concreto, e essa decisão produz efeitos entre as partes do caso concreto julgado, efeitos esses que retroagem (são ex tunc).

OBS.: aqui ainda não é momento para tecer considerações acerca da mudança de entendimento pelo STF quanto aos efeitos do controle incidental de constitucionalidade (Informativo 886). Isso será tratado em momento específico. Até lá, estudaremos o controle de constitucionalidade tendo como base a sistemática tradicional, especialmente neste momento inicial, em que o que interessa é conhecer as bases históricas do instituto.

Esse modelo (o norte-americano) se espalhou por diversos países (inclusive o Brasil), tendo por **características principais** as seguintes:

1 – O caso Marbury vs. Madison (1803) foi o seu marco inicial, tendo ele sido apreciado pela Suprema Corte dos EUA, com destaque para o voto do Juiz Marshall. Esse caso foi um CASO CONCRETO (isto é, uma demanda proposta por uma pessoa em face de outra, uma situação em que há autor e réu).

2 – Pelo Judicial Review, a lei inconstitucional é **nula** (“null and void”).

3 – O controle é **judicial, repressivo** (isto é, feito depois que a norma já existe no ordenamento jurídico, e não na fase de elaboração legislativa), **concreto** (isto é, exercido em um caso concreto), **declaratório** (apenas declara uma nulidade que já existe) e **difuso** (isto é, cabe a qualquer membro do Poder Judiciário, ao decidir um caso concreto entre as partes [por isso, os efeitos da decisão são “inter partes”, isto é, atingem apenas autor e réu], declarar essa nulidade, com efeitos retroativos [“ex tunc”]); e

4 – É um poder implícito (ora, conforme visto acima, esse controle não estava clara e expressamente previsto na Constituição dos EUA de 1787).

MODELO AUSTRIACO (HANS KELSEN)

Essa ideia de controle de constitucionalidade vista acima foi difundida e, depois, aprimorada, dando ensejo a um outro modelo de controle de constitucionalidade sob a influência de vários autores, especialmente Hans Kelsen, que – notadamente à luz dos ensinamentos contidos em sua obra “Teoria Pura do Direito” –, na contribuição que deu para a Constituição da Áustria (de 1920, tendo ocorrido uma reforma em 1929), introduziu um **outro modelo de**

controle de constitucionalidade: um modelo de **controle abstrato** (isto é, analisado sem um caso concreto subjacente), **concentrado** (isto é, exercido por um único tribunal – que seria um tribunal constitucional –, e não por todos os juízes), sendo a lei inconstitucional meramente anulável (e não nula) e produzindo a decisão de inconstitucionalidade efeitos erga omnes (porque não há caso concreto, sendo a lei examinada em abstrato) e, em regra, não retroativos (ex nunc) ou produzidos no futuro (a partir de um determinado prazo, que não poderia ser superior a seis meses, diferentemente do que ocorre atualmente no Brasil, em que a modulação dos efeitos pode ser feita para prazos muito superiores a esse). O acórdão do tribunal constitucional, no modelo proposto por Kelsen, tem natureza constitutiva negativa (e não declaratória), porque ele anula a lei a partir da decisão (não se tratando de uma declaração de nulidade).

Esse modelo (chamado de kelseniano ou austríaco) possui, portanto, as seguintes características:

- 1 – Influência de Hans Kelsen na elaboração da Constituição austríaca de 1920 (e na reforma de 1929).
- 2 – O controle, nesse modelo, é concentrado (entregue a um órgão determinado, mais precisamente, a um tribunal constitucional).
- 3 – Não há caso concreto (a lei é examinada em abstrato).
- 4 – Os efeitos são “erga omnes” (isto é, atingem todas as pessoas).
- 5 – A lei inconstitucional é apenas anulável (ela não é nula).
- 6 – A decisão que anula a lei inconstitucional possui natureza constitutiva negativa ou desconstitutiva (não é uma decisão declaratória).
- 7 – Os efeitos da decisão são “ex nunc” (não retroativos) ou “pro futuro”.

EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição brasileira de 1824 surgiu mais de 20 (vinte) anos depois do caso Marbury Vs. Madison (que é de 1803). Essa constituição NÃO trouxe mecanismo de controle de constitucionalidade; ela foi influenciada não pelo constitucionalismo norte-americano, mas sim pelo constitucionalismo francês, tendo como figura central o Imperador, o qual, inclusive, exercia não apenas o Poder Executivo, mas também o chamado Poder Moderador, que foi uma ideia elaborada por Benjamin Constant.

Nesse quadro de monarquia, com poderes muito fortes reservados ao Imperador, não havia ambiente propício para o controle de constitucionalidade. Lembre-se que a Constituição

dos EUA não era uma constituição monárquica, de um Estado unitário, sob a égide de um Imperador, mas sim uma constituição republicana e que trazia o presidencialismo, estabelecendo um Estado Federal.

O modelo americano do judicial review apenas foi adotado no Brasil com a proclamação da república, especialmente em virtude da influência de Rui Barbosa e de Campos Sales. **E os documentos (no Brasil) que introduziram o judicial review (controle difuso concreto de constitucionalidade) no nosso sistema foram os seguintes:**

1) **Decreto nº 510**, de 22 de junho de 1890, que veiculou uma Constituição Provisória (no Brasil, houve uma constituição provisória trazida pelo referido decreto, embora poucos façam referência a isso).

2) **Decreto nº 848**, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal.

3) **Constituição de 1891** (foi a primeira constituição da República).

4) **Lei nº 221**, de 20 de novembro de 1894, que dispôs sobre a Justiça Federal.

Esses, então, foram os documentos responsáveis pela introdução, no Brasil, do controle difuso de constitucionalidade (judicial review à modelo norte-americano), inclusive com a previsão do que hoje se chama de recurso extraordinário.

Já o modelo concentrado (o modelo kelseniano ou austríaco), segundo a doutrina, foi introduzido no Brasil pela EC 16 de 1965, sob a égide, portanto, da CF/46. A referida emenda trouxe a Representação de Inconstitucionalidade, que foi a precursora da atual ADI genérica. Essa Representação de Inconstitucionalidade, portanto, foi admitida na CF de 1946 através da EC 16/65, cujo art. 2º modificou o art. 101, I, alínea “k” do texto constitucional então em vigor.

Mais. O controle concentrado no Brasil, embora tenha tido a EC 16/65 como marco da ADI genérica (na época, Representação de Inconstitucionalidade), teve um outro marco, às vezes esquecido pelos autores. Como assim? É que a CF/34 já havia introduzido a Representação Interventiva (art. 12, §§ 1º e 2º, CF/34), a qual era necessária para a intervenção federal (da União nos Estados). E qual era o modelo/sistemática? O PGR apresentava, perante o STF, a Representação Interventiva com o objetivo da declaração de CONSTITUCIONALIDADE da lei do Congresso Nacional que decretava a intervenção; e somente depois de o STF apreciar a constitucionalidade dessa lei é que era permitida a efetivação da intervenção pelo Presidente da República. Portanto, havia na CF/34 uma espécie de ação declaratória de CONSTITUCIONALIDADE, mas com objeto restrito, pois o objeto dessa ação só podia ser a lei de intervenção (o Congresso Nacional editava uma lei de intervenção, a qual era levada ao STF pelo

PGR, através de uma representação interventiva, e o STF tinha de apreciar a constitucionalidade ou não dessa lei). Cuidava-se, portanto, de uma espécie de controle concentrado de constitucionalidade (que se dava nos moldes da atual ADC, mas tendo como objeto apenas leis de intervenção).

A **CF/88** formatou o atual sistema de controle de constitucionalidade (o qual é um **sistema misto**, pois reúne mecanismos do controle difuso e do controle concentrado) com inspiração, entre outras, na Constituição Portuguesa de 1976. A CF/88, assim, fez uma série de inovações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, sendo as principais as seguintes:

- 1 – **Ampliação do leque de legitimados** para a propositura de ADI (art. 103, I a IX). Antes, a representação de inconstitucionalidade (trazida pela EC 16/65) só podia ser movida pelo PGR, tendo a CF/88 ampliado o leque de legitimados ativos.
- 2 – Introdução da **ADI por Omissão** (art. 103, § 2º).
- 3 – Introdução da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** (art. 102, caput, renumerado para § 1º pela EC 3/93);
- 4 – Introdução do **mandado de injunção** (art. 5º, LXXI);
- 5 – Introdução do **mandado de segurança coletivo** (art. 5º, LXX).

Além dessas inovações, há outros aspectos da CF/88 que merecem referência e destaque. Assim, por exemplo, a CF/88 continuou dispondo que o Senado Federal poderia suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF (art. 52, X, CF/88), o que já existia antes da CF/88. Além disso, a CF/88 prevê a oitiva prévia do PGR em todas as ações de inconstitucionalidade, a participação do AGU para realizar a defesa do ato impugnado etc.

Depois da CF/88, alguns documentos também modificaram o nosso sistema de controle de constitucionalidade, documentos esses que merecem menção. Assim, os principais documentos normativos sobre o tema pós CF/88 são os seguintes:

- 1 – **Emenda Constitucional nº 3/93**, que introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com a previsão de efeito vinculante (art. 102, I, a, § 2º, CF/88) e – inicialmente – com legitimidade restrita (art. 103, § 4º, CF/88). Mas, atualmente, a legitimidade para a ADC é a mesma prevista para a ADI.
- 2 – **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), perante o Supremo Tribunal Federal.

3 – **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**, que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

4 – **Emenda Constitucional nº 45/2004**, que, dentre outros aspectos, estendeu expressamente o efeito vinculante (que era previsto apenas para a ADC) para a ADI (art. 102, § 2º); igualou a legitimidade para a propositura da ADC e da ADI (ou seja, revogou o § 4º do art. 103 da CF/88); introduziu a exigência da demonstração da **repercussão geral** da questão constitucional nos recursos extraordinários (art. 102, § 3º, CF/88); e criou a súmula vinculante, que passou a poder ser editada pelo STF (art. 103-A, CF/88).

5 – **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**, que disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

6 – **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006**, que acrescentou à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/73) dispositivos que regulamentaram o § 3º do art. 102 da Constituição Federal (**repercussão geral**). **ATENÇÃO!** Tais dispositivos veiculados pela Lei 11.418/2006 foram revogados pelo CPC/15 (Lei nº 13.105/2015, vide seu art. 1.035, que cuida da repercussão geral).

7 – **Lei nº 12.063, de 27/10/2009**, que acrescentou à Lei nº 9.868/99 o Capítulo II-A, o qual estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

8 – **Lei nº 12.562, de 23/12/2011**, que regulamentou o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, dispondo sobre o processo e julgamento da **representação interventiva** perante o Supremo Tribunal Federal.

Esses, então, são os documentos normativos que formatam o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual possui diversas funções.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS?

(FUNESP – Juiz TJ/MG – 2012 – adaptada) julgue as afirmativas a seguir.

I. O sistema judicial de controle de constitucionalidade brasileiro foi alterado pela Emenda n.º 16/65 à Constituição Federal brasileira de 1946, uma vez que introduziu o controle judicial abstrato.

II. O sistema judicial de controle de constitucionalidade brasileiro até a introdução do controle concentrado, por modificação operada na Constituição Federal de 1946, seguia o modelo norteamericano, sendo que, a partir daí, recepcionou a concepção “austríaco-kelseniana”, sem, contudo, abandonar a fiscalização judicial difusa.

COMENTÁRIOS:

Item I: **CERTO**. A EC 16/65 introduziu no sistema brasileiro o controle judicial

Abstrato através da Representação de Inconstitucionalidade (precursora da atual ADI

Genérica). Além disso, conforme visto, a CF/34 previu a representação interventiva.

Item II: **CERTO**. O Brasil seguia o modelo norte-americano desde o início da república (Constituição Provisória – Decreto nº 510/1890; Decreto nº 848/1890; Constituição De 1891; Lei nº 221/1894). Após a EC 16/65, os dois modelos passaram a conviver no Nosso sistema.

GABARITO: CERTO / CERTO

FUNÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

FUNÇÃO CLÁSSICA

A função CLÁSSICA do controle de constitucionalidade é a salvaguarda da Constituição, para retirar do sistema (do direito positivo) todas as leis e atos normativos que violem a supremacia/soberania da Constituição. Ou seja, essa função clássica é uma atividade legislativa NEGATIVA: se as normas criadas pelo legislador (em atividade legislativa positiva) violam a Constituição, o Poder Judiciário (em controle abstrato e em controle concreto) exerce uma função em sentido oposto, uma função legislativa negativa, qual seja, a de retirar do sistema (“jogar fora”) as normas que violam a Constituição.

FUNÇÕES BÁSICAS

O nosso sistema é um sistema complexo, é um sistema que não se resume à função clássica. Além dessa função clássica, há outras funções do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro atual. **As funções básicas do controle de constitucionalidade atual no Brasil são, portanto, as seguintes:**

1 – Impedir a subsistência no sistema de uma norma que viola a constituição (é a atividade legislativa negativa), sendo o mecanismo principal dessa função a ADI (que exerce a função

clássica do controle de constitucionalidade). Portanto, a função clássica do controle de constitucionalidade é uma de suas funções básicas.

2 – Declarar a constitucionalidade de uma norma, para o que há a ADC (que se presta a reforçar a presunção de constitucionalidade de uma norma, a qual, quando nasce, presume-se relativamente constitucional, passando essa presunção a ser absoluta se o STF declarar a constitucionalidade no controle abstrato).

3 – Conferir aplicabilidade (“eficácia plena”) a todas as normas constitucionais. Para essa finalidade, existe a ADI por omissão.

4 – Assegurar o cumprimento de um preceito fundamental, o que é feito por meio da ADPF.

ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Há uma série de classificações possíveis para as inconstitucionalidades, sendo aqui abordadas as mais importantes para provas. Vejamos.

QUANTO AO OBJETO

Quanto ao objeto, a inconstitucionalidade pode ser:

1 – Por **AÇÃO** (isto é, um fazer inconstitucional). Nesse caso, há um fazer, há algo comissivo que viola a Constituição, como, por exemplo, a edição de uma lei que viola a Constituição, que é um agir inconstitucional.

2 – Por **OMISSÃO** (isto é, um não fazer inconstitucional). Nesse caso, há um ato omissivo, um não fazer que viola a Constituição.

QUANTO À NATUREZA DO VÍCIO

Quanto à natureza do vício, a inconstitucionalidade POR AÇÃO pode ser:

1 – **Material** (também chamada de nomoestática): é a inconstitucionalidade que viola o CONTEÚDO da Constituição, como, por exemplo, uma lei que diz que a autoridade administrativa pode determinar a prisão de um servidor público como forma de punição.

2 – **Formal** (também chamada de nomodinâmica): é a inconstitucionalidade em que a norma tem um conteúdo compatível com a Constituição (por exemplo, uma lei que diz que o consumidor deve ser protegido nas relações de consumo), mas desrespeitou a sua forma de elaboração (por

exemplo, o caso de uma lei que é aprovada apenas na Câmara, não contando com a aprovação do Senado).

Ademais, a **inconstitucionalidade FORMAL** pode ser subdividida em algumas espécies, podendo ela ser:

1) **orgânica**: é aquela que deriva da incompetência do órgão legislativo que edita a norma. Nesse caso, o órgão que produz a norma não tem competência constitucional para fazê-lo (por exemplo, quando a competência para legislar é da União, através do Congresso Nacional, mas um Estado, através de sua Assembleia Legislativa, cria a lei).

2) **propriamente dita**: é a que decorre de violação ao procedimento legislativo constitucional. Ela pode ser:

a) **SUBJETIVA**: é aquela em que a inconstitucionalidade consiste em um vício de iniciativa.
b) **OBJETIVA**: é aquela em que algum dos demais vícios (que não o de iniciativa) ligados ao procedimento legislativo se verifica no caso concreto.

3) por violação a pressupostos objetivos do ato: é o que se verifica, por exemplo, na decretação de estado de sítio sem autorização do Congresso (pois, como se sabe, a autorização do Congresso Nacional é o pressuposto objetivo para o ato de decretação de estado de sítio, e, não havendo essa autorização, configura-se vício formal).

Em relação à inconstitucionalidade formal, surge o seguinte questionamento: eventual vício na vontade dos parlamentares que participaram do processo legislativo de aprovação da norma impugnada permite o reconhecimento dessa espécie de inconstitucionalidade? Por exemplo, um esquema de corrupção de “compra” de votos dos integrantes do Poder Legislativo, para que aprovem propostas apresentadas pelo Poder Executivo é apto a caracterizar a inconstitucionalidade formal das normas aprovadas pelas Casas Legislativas?

Esse debate foi travado em relação às EC 41/03 e 47/05, que implementaram uma reforma previdenciária e foram votadas na época em que ocorreu (e foi, posteriormente, comprovado, tendo havido, inclusive, a condenação criminal de Diversos envolvidos) o esquema de corrupção e “compra” de votos parlamentares popularmente conhecido como mensalão.

STF

Sob a alegação de que essas emendas foram aprovadas mediante votos “comprados” pelo Poder Executivo, foi alegada, nas ADIs 4887, 4888 e 4889, a inconstitucionalidade dessas normas, e o STF, ao julgar essas ações (em 10/11/2020), firmou o entendimento de que um esquema de

“compra” de votos dos Parlamentares é apto a gerar a inconstitucionalidade formal da norma, por violação ao devido processo legislativo constitucional, pois este, que deve ser observado na elaboração de todas as espécies normativas (inclusive, evidentemente, das emendas constitucionais), compreende a observância dos princípios da moralidade e da probidade. 

Porém, no caso julgado, o STF não declarou a inconstitucionalidade das normas impugnadas (as ECs 41/03 e 47/05), pois, segundo afirmou a Corte, para que essa inconstitucionalidade seja reconhecida, é necessário que que fique demonstrado de forma inequívoca que, sem os votos viciados pela ilicitude praticada, o resultado do processo legislativo teria sido outro, o que não ocorreu na hipótese, pois, no esquema do “mensalão”, apenas 7 (sete) Deputados Federais tiveram sua participação comprovada e foram condenados criminalmente (na Ação Penal nº 470, julgada pelo STF).

Segundo o STF, como o número de Parlamentares comprovadamente envolvidos no esquema de corrupção não foi suficiente para se concluir que, sem os seus votos, a maioria de 3/5 (três quintos) exigida pelo art. 60, § 2º, da CF/88 para a aprovação de uma emenda constitucional não teria sido atingida, a inconstitucionalidade das normas não pode ser reconhecida.

Nos termos que constaram do acórdão lavrado no julgamento, “o vício que corrompe a vontade do parlamentar **ofende o devido processo constituinte reformador ou legislativo contrariando o princípio democrático e a moralidade administrativa.** (...) Quebra do decoro parlamentar pela conduta ilegítima de malversação do uso da prerrogativa do voto pelo parlamentar configura crise de representação. (...) no caso, **o número alegado de votos comprados não se comprova suficiente para comprometer o resultado das votações** ocorridas na aprovação das emendas constitucionais n. 41//2003 e n. 47/2005. (...)”.

Por fim, é interessante registrar que essa inconstitucionalidade que o STF enquadrado como um vício formal ao julgar ADIs 4887, 4888 e 4889 já vinha, há muito tempo, sendo abordada por Pedro Lenza, mas como uma terceira categoria, ao lado das inconstitucionalidades formal e material. Lenza chama essa espécie de inconstitucionalidade de inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar, mas o raciocínio jurídico envolvido é o mesmo que foi adotado pelo STF nas ADIs mencionadas, ou seja, a Corte, ao julgar essas ações, adotou a tese defendida por Lenza no sentido de que o vício da vontade parlamentar vicia a própria norma aprovada, tornando-a inconstitucional.

QUANTO À EXTENSÃO DO VÍCIO

Quanto à extensão do vício, a inconstitucionalidade POR AÇÃO pode ser uma inconstitucionalidade:

1 – **Total**: é aquela em que toda a lei/ato é inconstitucional.

2 – **Parcial**: é aquela em que apenas um artigo, inciso ou alínea (ou alguns, mas não todos) é inconstitucional.

ATENÇÃO! Nos termos do art. 12-B da Lei 9.868/99, a inconstitucionalidade por omissão também pode ser total ou parcial. Ela será total quando o ato necessário para dar efetividade à norma constitucional não for editado; e será formal quando o ato houver sido editado, mas for insuficiente para a salvaguarda do direito constitucionalmente tutelado.

“Art. 12-B, Lei 9.868/99. A petição indicará: I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao Cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; II - o pedido, com suas especificações. ”

QUANTO AO MOMENTO DO VÍCIO

Quanto ao momento do vício, a inconstitucionalidade POR AÇÃO normativa pode ser:

1 – **Originária** (que pode ocorrer por vício formal ou material): é aquela que se encontra na origem da norma, isto é, no momento em que a lei nasce, ela já é viciada, ela já nasce viciada, podendo o vício ser formal ou material.

2 – **Superveniente** (que somente pode ocorrer por vício material): é aquela em que a lei/norma nasce sem vício algum, mas, depois, por algum motivo, ela se torna inconstitucional, o que só pode ocorrer por vício material (pois, em tal hipótese, a norma deixa de ter um conteúdo compatível com a Constituição). Há três hipóteses (causas) de inconstitucionalidade superveniente discutidas na doutrina, a saber:

a) Inconstitucionalidade superveniente **por alteração formal da Constituição** (ou seja, por uma emenda ou mesmo por uma nova Constituição). Nesse caso, portanto, a Constituição é modificada formalmente e, por conta disso, a lei que não tinha vício se torna viciada.

- b) Inconstitucionalidade superveniente **por alteração informal da Constituição** (é a hipótese da mutação, da mudança hermenêutica): nesse caso, a lei nasce e, nesse momento, ela é compatível com o significado da Constituição, mas essa compreensão da Constituição muda (há uma mudança hermenêutica, há uma mutação da Constituição), o que torna a lei incompatível com o conteúdo da Constituição.
- c) Inconstitucionalidade superveniente **por alteração da realidade fática**: nesse caso, a lei nasce, havendo, em tal momento, uma determinada realidade fática (e, como se sabe, a realidade fática é considerada no juízo de controle de constitucionalidade), à luz da qual a lei não é viciada; mas, depois, essa realidade fática muda e, por conta disso, a lei passa a violar o conteúdo da Constituição.

ATENÇÃO !

A hipótese de inconstitucionalidade superveniente por alteração formal da Constituição, de acordo com a jurisprudência do STF, **NÃO CONFIGURA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE**, mas sim não recepção (a lei nasce sem vício, mas a nova Constituição ou emenda não recebe essa lei anterior, por incompatibilidade de conteúdo). Portanto, para o STF, essa hipótese é de revogação ou não recepção da lei ou ato normativo anterior, e não de inconstitucionalidade superveniente (o STF não reconhece essa inconstitucionalidade superveniente no Brasil).

E há importantes consequências práticas disso, justamente porque o caso é de não recepção/revogação, e não de inconstitucionalidade. Assim, nessa hipótese, por exemplo, **NÃO SE APLICA O ART. 97 DA CF/88** (regra da reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade), pois não se trata de inconstitucionalidade, mas sim – repito – de revogação por não recepção.

STF

Perceba, no entanto, que, muito embora a não recepção de uma norma não se confunda com a sua inconstitucionalidade, o STF admite que, por analogia, aplique-se a modulação de efeitos (instituto previsto no nosso ordenamento jurídico para casos de reconhecimento de inconstitucionalidade) à decisão de não recepção. Isso foi decidido, por exemplo, no RE 600885, julgado em 09/02/2011.

Ainda, em relação a revogação/não recepção, não cabe ADI. Pode até caber ADPF, mas não ADI. O cabimento da ADPF se deve ao parágrafo único, I, da Lei 9.882/99, que permite a discussão, em sede de ADPF, de recepção/não recepção (revogação/não revogação)

“Art. 1º, parágrafo único, Lei 9.882/99. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:
I - Quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **incluídos os anteriores à Constituição; (...)**”

Há, portanto, reflexos práticos do fato de que a alteração formal posterior da Constituição gera não a inconstitucionalidade, mas sim o fenômeno da não recepção ou revogação.

ATENÇÃO! Na jurisprudência do STF é comum encontrar-se a afirmação peremptória de que o STF não admite a inconstitucionalidade superveniente. E, muitas vezes, as questões de concursos dizem que isso é verdade. Mas perceba que isso é verdadeiro apenas para a primeira hipótese discutida na doutrina: o STF diz que, no caso da alteração FORMAL da Constituição (nova Constituição ou emenda), o vício daí decorrente não é de inconstitucionalidade (superveniente), consubstanciando, na verdade, revogação/não recepção.

Porém, em relação à mutação constitucional (mudança hermenêutica) e à alteração da realidade fática, a afirmação de que o STF não reconhece a inconstitucionalidade superveniente não é verdadeira, porque o STF tem falado em inconstitucionalidade superveniente ou progressiva nessas duas hipóteses (é a chamada inconstitucionalidade superveniente material ou inconstitucionalidade superveniente sob a ótica material). A Corte, assim, tem reconhecido expressamente, em algumas hipóteses, a existência de um processo de inconstitucionalização progressiva da lei ou ato normativo, inclusive mesmo depois de ele (STF) ter declarado a constitucionalidade dessa lei ou ato normativo (o STF tem dito que, se a constitucionalidade é declarada, isso não o impede de, depois, dizer que a lei se tornou inconstitucional em um processo de inconstitucionalização progressiva decorrente de mudanças fáticas ou jurídicas no campo da hermenêutica). Veja alguns casos em que isso ocorreu:

- a) RE 567985, Rel. p/Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 18/04/2013;
- b) RE 580963, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 18/04/2013; e
- c) Rcl 4374, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 18/04/2013.

Essas decisões acima referidas cuidam do benefício assistencial (previsto na CF/88 e na LOAS), que é pago a pessoas idosas ou com deficiência que integram família considerada hipossuficiente economicamente (ou seja, miserável). Nesse contexto, a lei criou um critério para dizer quando a família é miserável, e esse critério é o seguinte: possuir renda per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Em relação a esse critério, o STF, inicialmente, disse ser constitucional, mas, depois, mudou seu entendimento, passando a dizer que houve uma inconstitucionalidade progressiva e que, assim, mesmo em situações em que a renda per capita familiar é maior que 1/4 do salário mínimo, é possível que a pessoa seja considerada miserável e, por consequência, tenha direito ao benefício assistencial da LOAS.

No mesmo sentido, o STF, julgando a ADI 3937 (Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 24/08/2017), reconheceu a inconstitucionalidade superveniente sob a ótica material do art. 2º da Lei Federal 9.055/99, que permitia o uso de amianto na construção civil. No caso, a própria Suprema Corte, ao noticiar em seu sítio eletrônico a tomada dessa decisão, explicou que “o dispositivo em questão, diante da alteração dos fatos e conhecimento científico sobre o tema, passou por um processo de inconstitucionalização e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição Federal de 1988.”

Inclusive, no julgamento desse caso (ADI 3937) o Supremo Tribunal Federal já deu sinais de modificação de seu entendimento acerca dos efeitos da decisão em controle incidental de constitucionalidade, tema que será melhor estudado futuramente.

É possível, portanto, que uma lei anterior à CF/88 seja recepcionada por ela, mas, depois, por força de mudanças fáticas ou jurídicas (informais), venha a se tornar inconstitucional. Igualmente, é possível que uma lei surja já sob a égide da CF/88 e perfeitamente compatível com ela, mas, depois, pelos mesmos motivos referidos, torne-se inconstitucional.

Quanto ao caso de a lei anterior à CF/88, recepcionada por ela e, depois, tornada inconstitucional por conta de mudanças fáticas e jurídicas, pode-se citar como exemplo o art. 68 do CPP, segundo o qual, o Ministério Público pode propor ação civil ex delicto em favor da vítima pobre (apesar de esse dispositivo ter sido recepcionado pela CF/88, o STF tem afirmado que ele se encontra em um processo de inconstitucionalização progressiva, porque, hoje, a defesa dos considerados pobres é atribuição da Defensoria Pública; porém, no momento da promulgação da CF/88, a Defensoria não estava estruturada [essa era a realidade fática na época] e, por esse motivo, era constitucional que o MP continuasse com essa atribuição, mas apenas até o momento em que a Defensoria Pública ficasse estruturada/organizada, quando então a lei

passaria a ser inconstitucional). Esse entendimento foi adotado pelo STF, por exemplo, no RE 135.328, no RE 147.776 e no RE 341.717 AgR.

Portanto, enquanto a Defensoria Pública não estiver bem estruturada, permanece em vigor o art. 68 do CPP. A expressão carrega consigo a ideia de tempo (é, portanto, uma mudança fática que ocorre no tempo), mas, nesse caso, também deve ser utilizada a expressão “onde”, que se refere a lugar. Portanto, a inconstitucionalidade/constitucionalidade de uma lei pode variar no TEMPO e no LUGAR. Logo, no mesmo dia (mesmo momento temporal), o art. 68 do CPP pode ser constitucional em um lugar (onde a Defensoria não esteja estruturada) e inconstitucional em outro lugar (onde a Defensoria já se encontre bem aparelhada e estruturada).

Fato é que, conforme visto, pela jurisprudência do STF, uma lei que hoje é constitucional pode ir se tornando inconstitucional amanhã por conta de mudança na realidade fática. Esse é o fenômeno chamado inconstitucionalidade progressiva, é o Processo de inconstitucionalização, que pode ser reconhecido pelo Poder Judiciário, especialmente pelo STF, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso.

A propósito, quando o STF julgou questão de ordem na ADC nº 1, o Min. Carlos Veloso asseverou que o julgamento da procedência da ADC (isto é, o fato de o STF dizer que a lei é constitucional) não impediria, em sua visão, que, no futuro, a mesma lei fosse objeto de ADI, por ter ela se tornado inconstitucional. Lembre-se, ainda, que os efeitos vinculantes da decisão do STF na ADC não atingem o próprio Plenário do STF, mas apenas os outros órgãos do Poder Judiciário (incluindo-se aí as Turmas do Supremo Tribunal Federal) e a Administração Pública de todas as esferas da Federação.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(CESPE – Promotor MP/AC – 2014 – adaptada) A respeito do controle de Constitucionalidade, julgue:

- I – A inconstitucionalidade formal de uma lei somente pode ser aferida de acordo com as regras constitucionais vigentes no momento de sua elaboração, e não em razão da mudança posterior do parâmetro constitucional.
- II – A sanção presidencial tem o condão de sanar vício de inconstitucionalidade formal relativo à competência para iniciar o processo legislativo.

COMENTÁRIOS:

Item I: **CERTO**. Não se admite inconstitucionalidade formal superveniente. A Inconstitucionalidade superveniente, nas hipóteses em que é admitida, é MATERIAL, E não formal.

Item II: **ERRADO**. A sanção presidencial não sana o vício da violação à iniciativa privativa do presidente da república (STF, ADIs 3627, 2113, 2867).

GABARITO: CERTO / ERRADO

(FCC – Juiz TJ/PI – 2015) “A teoria da inconstitucionalidade supõe, sempre e necessariamente, que a legislação, sobre cuja constitucionalidade se questiona, seja posterior à Constituição. Porque tudo estará em saber se o legislador ordinário agiu dentro de sua esfera de competência ou fora dela, se era competente ou incompetente para editar a lei que tenha editado” (STF – ADI 2, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 21/11/1997). Do trecho acima transcrito depreende-se a rejeição, por parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da teoria da:

- A) repriminção.
- B) inconstitucionalidade formal.
- C) recepção.
- D) desconstitucionalização.
- E) inconstitucionalidade superveniente

COMENTÁRIOS:

A resposta correta é a alternativa “e”. Lembre-se, porém, que a inconstitucionalidade superveniente é rejeitada pelo STF no que diz respeito a alteração FORMAL da Constituição (por meio de emenda ou por meio de uma nova constituição). Por outro lado, a inconstitucionalidade superveniente decorrente de alteração fática ou de modificação hermenêutica é admitida pela Suprema Corte.

GABARITO: E

A questão da constitucionalidade superveniente e a convalidação de atos inconstitucionais por emendas à Constituição

Vimos, acima, que o Supremo Tribunal Federal admite que uma norma nascida válida pode, posteriormente, tornar-se inconstitucional do ponto de vista material.

E quanto ao caminho inverso? Admite-se que uma norma nascida inconstitucional torne-se, em momento posterior, compatível com a Constituição? Em outras palavras, **é admitido o fenômeno da constitucionalização superveniente?**

Considerando que o direito brasileiro adota, como regra, a teoria da nulidade do ato inconstitucional, de modo que a norma que é criada em desconformidade com a Constituição é nula, ou seja, inválida desde sua origem, sendo imprestável, desde seu nascedouro, para a produção de efeitos no mundo jurídico, parece ser bastante tranquilo afirmar que não se pode cogitar a possibilidade de ocorrência da constitucionalidade superveniente. Isso porque, se o ato inconstitucional é nulo, a sua invalidade se opera de pleno direito já no momento em que ele é inserido no ordenamento jurídico, sendo inviável, em momento posterior, torna-lo compatível com a ordem constitucional.

Inclusive, nesse contexto, a decisão que reconhece uma inconstitucionalidade tem, em regra, natureza meramente declaratória, ou seja, ela tão somente reconhece uma invalidade já existente, uma invalidade que se faz presente de forma automática pelo simples fato de se verificar uma incompatibilidade entre um determinado ato e a Constituição.

A nulidade do ato inconstitucional, portanto, é um fenômeno involuntário, é algo que está fora do alcance dos desígnios do legislador e mesmo do Poder Judiciário, a quem cabe, tão somente, declarar essa invalidade, e não constitui-la (exceto no caso de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que, como se sabe, não é a regra em nosso sistema jurídico).

Mas, se essa questão é tão simples assim, por que motivo estou falando tanto sobre ela aqui? Porque o tema já foi objeto de prova, mais precisamente, da prova do concurso de residência jurídica da PGE/AM aplicada em 2020, e, nela, a abordagem não foi tão tranquila. Nessa prova, o examinador entendeu que, como o Supremo Tribunal Federal admitiu a convalidação de atos inconstitucionais por emendas à Constituição, ele teria reconhecido a possibilidade do fenômeno da constitucionalidade superveniente.

Essa convalidação ocorreu, por exemplo, nas ECs 42/2003 e 57/2008.

A EC 42/2003, em seu art. 4º, convalidou a criação, pelos Estados e Distrito Federal, de adicionais de ICMS com o objetivo de alimentar seus Fundos de Combate à Pobreza que haviam

sido instituídos até então em desacordo com as disposições constitucionais. Essa emenda, permitiu, ainda, que esses adicionais inconstitucionais permanecessem vigentes até o ano 2010, que foi o prazo previsto no art. 79 do ADCT para a vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza na esfera federal.

Já EC 57/2008 convalidou os atos de criação de Municípios verificados até 31 de dezembro de 2006 sem a observância dos requisitos da Constituição da República, desde que houvessem observado as exigências previstas na legislação do respectivo Estado.

E o que o Supremo Tribunal Federal entendeu a respeito dessas emendas constitucionais?

Na **ADI 2869**, houve a impugnação de normas do Estado do Rio de Janeiro que instituíram o Fundo de Combate à Pobreza nesse Estado e criaram adicionais de ICMS para financiar esse fundo. O requerente alegou que tais normas teriam inobservado a disciplina prevista na Constituição Federal sobre o tema.

E o que o STF disse a respeito?

Em virtude da entrada em vigor da EC 42/2003, que, conforme registrei acima, determinou, expressamente, fossem mantidas hígidas a instituição e a cobrança desses adicionais de ICMS que até então haviam sido criados em desacordo com as exigências constitucionais, o Ministro Carlos Ayres Britto, em decisão monocrática de 04/05/2004, reconheceu que essa emenda convalidou os atos impugnados e, assim, julgou prejudicada a ação e a extinguiu sem resolução do mérito por conta da perda do seu objeto.

A decisão do Ministro, no caso, teve conteúdo unicamente processual, ela se fundamentou no desaparecimento dos pressupostos para o julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade. Em momento algum na decisão houve a afirmação do reconhecimento de uma constitucionalidade superveniente.

E há outro detalhe: a decisão em questão foi monocrática, não foi proferida por nenhum órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal.

Nessa decisão, o mais próximo que o Ministro chegou de se manifestar sobre a constitucionalidade dos atos impugnados foi afirmar, obter dictum, que a EC 42/2003 teria afastado eventual dúvida sobre a constitucionalidade dessas normas estaduais. Isso, porém, não significa afirmar a ocorrência de uma constitucionalidade Superveniente, mas apenas consubstancia a natural aplicação da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, o que é princípio norteador da hermenêutica constitucional.

E exatamente a mesma coisa ocorreu na ADI 2381, envolvendo ato de criação de Município em desconformidade com a CF/88 e sua convalidação pela superveniente EC 57/2008. Essa ação foi relatada pela Ministra Cármen Lúcia, que, também em decisão monocrática (de 30/06/2010), reconheceu a perda do seu objeto e a extinguiu sem resolução do mérito, **sem afirmar qualquer constitucionalização superveniente.**

Essa decisão foi atacada por meio de agravo regimental, ao qual, em 24/03/2011, foi negado provimento pelo Plenário do STF, que, ao apreciar esse recurso, tão somente confirmou a decisão da Ministra Relatora, sem falar em constitucionalidade superveniente.

Não houve – repito – afirmação do reconhecimento de uma constitucionalidade superveniente, o que, inclusive, a meu sentir, sequer seria possível, tendo em vista a lógica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, em especial, a adoção da teoria da nulidade.

Na verdade, o que temos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de forma bastante clara e tranquila é justamente **a rejeição da constitucionalidade superveniente.** Em outras palavras: a Suprema Corte, em mais de uma oportunidade, afirmou expressamente não ser admissível o fenômeno da constitucionalização superveniente de um ato que nasceu incompatível com a Constituição.

Nesse sentido, por exemplo, o STF já acolheu recurso de agravo (**RE 592152 AgR**, julgado em 18/04/2017) para dar seguimento a recurso extraordinário que havia sido julgado prejudicado por conta da modificação do parâmetro constitucional de controle e fez isso justamente para evitar que, ficando prejudicado o recurso extraordinário, o resultado fosse a constitucionalidade superveniente do ato impugnado na ação. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal determinou o prosseguimento do recurso extraordinário para que o caso fosse julgado à luz do parâmetro constitucional em vigor no momento da prática do ato impugnado, de modo que a validade deste pudesse ser aferida e se evitasse, com isso, o fenômeno da constitucionalização superveniente.

Além disso, em sede de ADI, mais de uma vez, o Supremo Tribunal Federal determinou o prosseguimento do feito, apesar da alteração ou revogação do parâmetro constitucional de controle no curso do processo, com o objetivo expresso na decisão de evitar que a prejudicialidade da ação acarretasse a constitucionalização superveniente do ato impugnado que havia nascido claramente inconstitucional. Isso ocorreu, por exemplo, nas ADIs **2189 e 2158.**

Ou seja, apesar do entendimento existente no âmbito da Suprema Corte no sentido de que a alteração ou revogação do paradigma constitucional de controle no curso do processo prejudica a ADI, esse entendimento fica afastado e o feito tem prosseguimento sempre que se verifica o risco de a prejudicialidade da ação acarretar a constitucionalidade superveniente do ato impugnado.

E por que as ADIs 2869 e 2381, analisadas acima, foram jugadas prejudicadas, em vez de terem prosseguimento para se evitar possível constitucionalidade superveniente? Porque, nesses casos, a alteração do paradigma constitucional de controle foi implementada por uma norma constitucional que determinou expressamente a manutenção dos atos impugnados nas ações (ou seja, as emendas constitucionais, na verdade, consubstanciaram novas normas determinando a observância de situações jurídicas consolidadas no passado) e essa alteração do texto constitucional teve o efeito de confirmar a presunção de constitucionalidade que as leis e os atos normativos do poder público naturalmente possuem.

Mas o fato é que, quando se fala expressamente em constitucionalidade superveniente, o que se tem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (inclusive, em precedentes do Plenário posteriores às ADIs 2869 e 2381) é, invariavelmente, a rejeição a esse fenômeno. Isso ocorreu, por exemplo, nas ADIs 2189 e 2158 e no RE 592152 AgR.

É interessante perceber que a rejeição à constitucionalidade superveniente é tão forte no Supremo Tribunal Federal que, no caso do RE 592152 AgR (transcrito logo Acima), a condução do julgamento foi feita pela divergência aberta pelo Ministro Marco Aurélio, que costuma ter posicionamentos vencidos em muitos dos casos julgados pela Suprema Corte.

Portanto, o reconhecimento da convalidação de atos do poder público por emendas constitucionais supervenientes não é o mesmo que constitucionalização superveniente. Não se pode afirmar que o STF, por haver reconhecido a perda do objeto em ações de controle de constitucionalidade em virtude da superveniência de emendas constitucionais que alteraram o paradigma constitucional de controle e determinaram a manutenção dos atos impugnados na ação, admite a constitucionalidade superveniente. Mesmo porque, conforme acabamos de ver, sempre que a Suprema Corte se refere, de forma literal e expressa, ao fenômeno da constitucionalidade superveniente, ela o faz, invariavelmente, para rejeitá-lo.

Na verdade, o que ocorre é que a convalidação de atos por meio de emenda constitucional e a constitucionalização superveniente possuem o mesmo efeito prático, que é a

manutenção no ordenamento jurídico do ato viciado. Mas isso não faz com que esses fenômenos seja a mesma coisa, pois eles operam por mecanismos diferentes.

A constitucionalidade ou inconstitucionalidade é um fenômeno automático, ela se opera de pleno direito, pelo simples conflito entre o ato editado pelo poder público e a Constituição. Já a convalidação é um fenômeno expresso em norma constitucional superveniente. É como se a nova norma trazida por uma emenda constitucional estivesse, ela mesma, constituindo uma nova situação jurídica, porém, com efeitos retroativos. E o interessante é que, ao operar efeitos retroativos, ela não fere direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada, pois está justamente mantendo no mundo jurídico situações que já existiam e tal qual existiam, sem modificar os fatos já consumados.

Portanto, enquanto a constitucionalidade superveniente, acaso fosse admitida, seria um fenômeno implícito e automático, a convalidação depende de previsão expressa na norma constitucional. É o mesmo que ocorre na prorrogação, por uma nova Constituição, de disposições da Constituição anterior.

Para enriquecer a compreensão da questão, pode-se fazer a seguinte análise: a comparação entre convalidação e constitucionalização superveniente é semelhante à comparação entre repristinação e efeito repristinatório.

A repristinação é um fenômeno tratado no art. 2º, § 3º, da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e ocorre quando uma nova lei prevê, expressamente, que uma lei anterior que havia sido revogada pela lei que essa nova lei está agora revogando, volta a ter vigência. Na verdade, é como se a nova lei estivesse, ela mesma, inserindo no ordenamento jurídico disposições idênticas às contidas na lei que havia sido revogada pela lei que está agora sendo revogada.

A repristinação, portanto, é um fenômeno legislativo que envolve três normas diferentes: a nova norma, a norma que está sendo revogada pela nova norma e a norma que havia sido revogada pela norma que está agora sendo revogada. Além disso, ela não é automática, mas sim depende de previsão expressa na lei e não opera no campo da validade da norma, e sim no campo de sua vigência, conforme decorre do art. 2º da LINDB, que diz a lei tem vigência até que outra a modifique ou revogue.

Já o efeito repristinatório é um efeito automático (e implícito) da decisão de declaração de inconstitucionalidade e opera no campo da validade das normas.

O efeito repristinatório consiste no seguinte: quando uma decisão reconhece a inconstitucionalidade de uma determinada norma, isso faz com que a norma que havia sido revogada por essa norma declarada inconstitucional volte a ser aplicável. Isso ocorre por conta da adoção da teoria da nulidade como regra em nosso sistema de controle de constitucionalidade, pois, se o ato inconstitucional é nulo, ele é inválido desde a sua origem, de modo que não se pode reconhecer a ele a aptidão de produzir efeitos jurídicos, dentre os quais, a possibilidade de revogar normas anteriores a ele.

Portanto, enquanto a repristinação é um fenômeno legislativo, o efeito repristinatório é um fenômeno que ocorre no contexto do controle de constitucionalidade.

O efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, porém, pode ser afastado pela modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pois nesse caso, a teoria da nulidade é temperada pela teoria da anulabilidade do ato inconstitucional.

Grosso modo, o reconhecimento da nulidade do ato inconstitucional acarreta um efeito prático semelhante a nunca ter esse ato existido no mundo jurídico. Conseqüentemente, as normas que ele pretendeu revogar são tidas como se nunca houvessem deixado de produzir seus efeitos próprios.

Como se pode perceber, o efeito repristinatório, ao contrário da repristinação, é automático (e, por isso, alguns o chamam de efeito repristinatório tácito) e envolve apenas duas normas: a norma inconstitucional e a norma que havia sido revogada por essa norma cuja inconstitucionalidade foi reconhecida. Além disso, em vez de operar no campo da vigência das normas, opera no campo da validade delas.

É interessante registrar, também, que, apesar de o efeito repristinatório decorrer naturalmente da eficácia ex tunc (retroativa) da declaração de inconstitucionalidade, o art. 11, §2º, da Lei 9.868/99 o prevê, igualmente, para a medida cautelar em ADI, apesar de essa decisão cautelar ter eficácia ex nunc (não retroativa).

“Art. 11, Lei 9.868/99. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato,

observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, Será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. ”

Finalmente, qual posicionamento deve ser adotado nas provas?

Considerando tudo que expus acima, principalmente, o fato de que o Supremo Tribunal Federal, sempre que se refere expressamente à constitucionalidade superveniente, faz isso para rejeitá-la, o mais seguro, em provas de concursos, é sustentar a impossibilidade desse fenômeno.

Nesse exato sentido, inclusive, posicionou-se o CESPE na prova objetiva do concurso para o cargo de Defensor Público do Estado de Alagoas realizado em 2017 (portanto, posteriormente aos precedentes do Supremo Tribunal Federal que envolveram convalidações de atos inválidos por emendas constitucionais), no qual, foi considerada incorreta a assertiva segundo a qual o STF admite a “constitucionalidade superveniente de lei ordinária originalmente inconstitucional, por meio de emenda constitucional posterior”.

Mas fica o **ALERTA**: quando você souber que o examinador da prova específica à qual você vai se submeter tem posicionamento no sentido de que a convalidação dos atos do poder público por emendas constitucionais caracteriza constitucionalização superveniente (como ocorreu na prova da residência jurídica da PGE/AM 2020), siga a orientação do examinador, para evitar sua eliminação do concurso.

QUANTO À FORMA DE INCIDÊNCIA DO VÍCIO

Quanto à forma de incidência do vício, a inconstitucionalidade POR AÇÃO pode ser:

1 – **Antecedente** (ou imediata): é aquela que incide diretamente no dispositivo legal que viola a Constituição.

2 – **Consequente** (ou derivada ou consequencial): é o caso da inconstitucionalidade “por arrastamento” ou “por atração”. Cuida-se da inconstitucionalidade que ocorre quando uma determinada norma não é inconstitucional à primeira vista, mas ela está vinculada a uma outra

norma (também infraconstitucional) que tem um vício claro. Nesse caso, a primeira norma não tem sentido de existir se for declarada a inconstitucionalidade da segunda norma, de modo que a inconstitucionalidade da segunda norma é arrastada para a primeira norma e ambas são extirpadas do ordenamento jurídico.

Portanto, na inconstitucionalidade por arrastamento, há duas normas envolvidas, sendo uma norma o fundamento de validade do outro preceito normativo. Assim, se a norma que é fundamento de validade de outra norma é inconstitucional, essa outra norma também o é (portanto, arrasta-se, da primeira norma para a segunda, a inconstitucionalidade).

A inconstitucionalidade por arrastamento pode ocorrer entre dispositivos de um mesmo diploma normativo ou entre dispositivos de diplomas normativos diferentes. Exemplo: se é declarada a inconstitucionalidade da LEI, o regulamento dessa lei também deve ser retirado do mundo jurídico.

TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Vejamos, agora, os tipos de controle de constitucionalidade, apontados a seguir.

QUANTO AO MOMENTO/OPORTUNIDADE DO CONTROLE

Quanto ao momento/oportunidade do controle, ele pode ser:

- 1 – **Preventivo**: é aquele que incide ainda na FASE LEGISLATIVA, isto é, durante a produção/elaboração da norma. Aqui, fala-se ainda em projetos de lei, mas não em lei.
- 2 – **Repressivo**: é o que ocorre após a fase de elaboração da norma, isto é, quando ela já se encontra no direito positivo.

QUANTO À CONCENTRAÇÃO

Quanto à concentração, o controle pode ser:

- 1 – Controle **difuso**: é o que é exercido por vários juízes e tribunais.
- 2 – Controle **concentrado**: é o que é exercido por um único órgão (ele se concentra em um único órgão), como o STF, por exemplo.

QUANTO À NATUREZA

Quanto à natureza, o controle pode ser:

1 – Controle **concreto**: é aquele que é feito à luz de um CASO CONCRETO, envolvendo autor e réu (a exemplo do famoso caso Marbury Vs. Madison).

2 – Controle **abstrato**: é aquele em que não há um caso concreto, sendo o objeto do controle examinado EM TESE. Esse é o modelo austríaco.

SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os sistemas de controle de constitucionalidade são os seguintes: político; jurisdicional; misto.

CONTROLE POLÍTICO

É aquele exercido por um órgão de natureza política, que não é o Poder Judiciário.

CONTROLE JURISDICIONAL

É o controle exercido por um órgão judicial (isto é, pelo Poder Judiciário).

CONTROLE MISTO (OU HÍBRIDO)

O controle misto pode ser assim caracterizado em virtude de um de três motivos diferentes, a saber:

- a) pela **natureza da norma impugnada**: nesse caso, as normas gerais são entregues a um controle político e as normas locais são entregues a um controle judicial (configurando-se, assim, um sistema misto de controle de constitucionalidade).
- b) pela **composição do órgão de controle**: nesse caso, considera-se o controle misto quando o tribunal constitucional encarregado do controle tem uma COMPOSIÇÃO MISTA, sendo ele composto por juízes e por membros indicados por meio de um mecanismo político.
- c) pela **convivência de diversos tipos de controle**: é o caso, por exemplo, do modelo brasileiro, que conjuga mecanismos de controle político com mecanismos de controle judicial; mecanismos de controle preventivo com mecanismos de controle repressivo. No Brasil, portanto, o controle é misto sob esse ponto de vista.

NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL

Esse tema tem sido muito cobrado em provas de concursos.

Qual é, então, a **natureza jurídica** de uma norma inconstitucional? Há diversas correntes doutrinárias sobre isso. Para fins de provas de concursos, o que interessa são as seguintes correntes:

- 1 – O ato normativo inconstitucional é **NULO** (teoria adotada no constitucionalismo norte-americano);
- 2 – O ato normativo inconstitucional é **ANULÁVEL** (teoria adotada no constitucionalismo austríaco ou kelseniano); e
- 3 – O ato normativo inconstitucional é **INEXISTENTE**.

No Brasil, adota-se a teoria da NULIDADE como ponto de partida, mas essa teoria tem sofrido algumas exceções/temperamentos em direção à tese da anulabilidade, e o exemplo clássico dessa mitigação/flexibilização da teoria da nulidade é a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (esse tema será estudado à frente).

PARÂMETROS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Quais são os parâmetros utilizados no controle de constitucionalidade?

O controle de constitucionalidade é uma tarefa realizada a partir de DOIS PARÂMETROS, sendo um parâmetro superior e um parâmetro inferior. Esses parâmetros são os seguintes:

- 1 – Parâmetro **SUPERIOR**: é a Constituição.
- 2 – Parâmetro **INFERIOR**: pode ser uma AÇÃO (um fazer) ou uma OMISSÃO (um não fazer). Essa ação ou omissão pode ser algo normativo (isto é, do mundo do direito, como uma lei inconstitucional ou a ausência de elaboração de uma lei) ou algo material (isto é, uma atitude inconstitucional [como mandar prender alguém fora das hipóteses legais] ou algo que não foi feito e, por conta disso, viola a Constituição, isto é, uma omissão inconstitucional [como deixar de oferecer vagas no ensino fundamental]).

No que se refere aos aspectos puramente normativos (isto é, relativos às normas existentes no direito positivo), o parâmetro superior é a Constituição e o parâmetro inferior são as leis e demais atos normativos do poder público. Essa divisão entre parâmetro superior e parâmetro inferior, inclusive, consta da pirâmide normativa elaborada por Hans Kelsen para representar o ordenamento jurídico, na qual a Constituição ocupa o topo, estando as leis logo abaixo da Constituição e os demais atos normativos logo abaixo das leis (as normas superiores servem de fundamento de validade para as normas inferiores, que não podem violar/contrariar aquelas primeiras).

Assim, tudo que se encontra abaixo da Constituição tem de ostentar conformidade com ela (é o princípio da compatibilidade vertical).

Além disso, entende-se que, quando o controle de constitucionalidade é realizado, os parâmetros normativos superior e inferior devem estar, ambos, vigentes. Se, no momento do controle, um desses parâmetros não está mais em vigor, entende-se, por exemplo, que – no caso do controle concentrado – a ADI fica prejudicada (embora haja algumas exceções a isso, segundo o STF, conforme será estudado oportunamente).

Em relação ao parâmetro normativo superior, trata-se da Constituição, conforme visto acima. **Mas o que se deve entender como sendo CONSTITUIÇÃO?** É apenas o texto formal escrito ou há algo mais?

A doutrina e a jurisprudência vêm trabalhando com a ideia de que o parâmetro superior do controle de constitucionalidade (isto é, o que se chama de Constituição) projeta-se para além do mero texto escrito constitucional, abrangendo algo mais do que o texto escrito. Aqui entra o tema do “**bloco de constitucionalidade**”.

O chamado bloco de constitucionalidade é o catálogo de normas que podem ser utilizadas como parâmetro superior (ou paradigma normativo superior) para a aferição da constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo inferior.

A ideia de bloco de constitucionalidade é uma construção doutrinária, principalmente na França, onde surge, inclusive com a contribuição da jurisprudência (há uma decisão do Conselho Constitucional Francês datada de 1971 – sobre liberdade de associação – que é fundamental para a construção da ideia de bloco de constitucionalidade).

O bloco de constitucionalidade, portanto, não necessariamente se esgota nos dispositivos formais da parte dogmática da Constituição, ele não abrange apenas o texto escrito. O bloco de constitucionalidade, na verdade, além do texto escrito, abrange também o espírito, os princípios, os valores da Constituição.

Mas não há uma uniformidade doutrinária sobre qual é o preciso conteúdo do bloco de constitucionalidade. Inclusive, há quem negue a existência de bloco de constitucionalidade, há quem diga que o parâmetro superior se restringe ao texto escrito da Constituição, e nada mais. Há, portanto, uma discussão doutrinária sobre o tema.

No Brasil, é possível afirmar – conforme a doutrina, a jurisprudência dominante e as bancas de concurso – que o nosso bloco de constitucionalidade (isto é, o nosso parâmetro superior de controle de constitucionalidade) é formado por:

1 – **O texto vigente da CF/88:** são as normas originárias da CF/88 e que ainda estão em vigor; as normas que foram acrescentadas pelas emendas constitucionais; as normas que foram acrescentadas pelas emendas constitucionais de revisão.

2 – **As disposições autônomas das emendas constitucionais não incorporadas ao texto principal da Constituição:** há disposições constitucionais que não foram incluídas no texto principal da Constituição, permanecendo nas emendas constitucionais de forma autônoma (embora isso não ocorra em todas as emendas, há algumas em que é possível verificar a existência dessas normas não incorporadas ao texto principal da Constituição).

3 – **Os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do art. 5, § 3º, da CF/88 (os quais são equivalentes às emendas constitucionais):** também integram o bloco de constitucionalidade.

4 – **Os princípios, direitos e garantias fundamentais implícitos (mencionados no art. 5º, § 2º, da CF/88):** segundo o art. 5º, § 2º, da CF/88, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, e isso também integra o nosso bloco de constitucionalidade.

5 – **O espírito E os valores da CF/88:** isso consta da ADI 595, relatada pelo Min. Celso de Mello, que fez constar isso em sua decisão monocrática, datada de 2002. Note-se, a propósito, que esse espírito e esses valores podem, inclusive, estar referidos no preâmbulo da Constituição. **CUIDADO!** Lembre-se que o preâmbulo NÃO TEM FORÇA NORMATIVA POR SI SÓ, não pode ser fonte de declaração de inconstitucionalidade, não integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade. Porém, pode haver referência, no preâmbulo, a valores e ao espírito da CF/88, os quais integram o nosso bloco de constitucionalidade, conforme asseverou o Min. Celso de Mello em sua (já mencionada) decisão monocrática exarada no bojo da ADI 595.

Por outro lado, **não integram o nosso bloco de constitucionalidade** o que a doutrina chama de **NORMAS CONSTITUCIONAIS INTERPOSTAS**. O que são normas constitucionais interpostas? Isso foi explicado por Gilmar Mendes, ao proferir voto no julgamento da medida cautelar no MS 32033. Nas palavras do Ministro, “Zagrebelsky afirma, por outro lado, que, se as normas constitucionais fizerem referência expressa a outras disposições normativas, a violação constitucional pode advir da afronta a essas outras normas, as quais, muito embora não sejam formalmente constitucionais, vinculam os atos e procedimentos legislativos, constituindo-se

normas constitucionais interpostas (Zagrebelsky, Gustavo. La giustizia costituzionale. Bologna, Mulino, 1979, p.40-41) ”.

O que ocorre é que há ampla jurisprudência do STF em sentido contrário ao que defende o Min. Gilmar Mendes. Assim, a jurisprudência do STF entende ser incabível controle de constitucionalidade abstrato e concentrado (ADI), quando há violação apenas de norma interposta. Entende a jurisprudência do STF que, nesse caso, há violação meramente reflexa ou indireta à Constituição. Nesse sentido, podem ser citados os precedentes da ADI 2122 e da ADI 2344 QO.

Portanto, NORMAS CONSTITUCIONAIS INTERPOSTAS NÃO INTEGRAM O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(FUNDEP – Promotor de Justiça MP/MG – 2014 – adaptada) julgue as seguintes

Assertivas em relação ao controle de constitucionalidade:

- I. A inconstitucionalidade formal ocorre quando o conteúdo das leis ou atos emanados dos poderes públicos contraria uma norma constitucional de fundo, que estabelece direitos e deveres.
- II. Os Poderes Executivo e Legislativo exercem o controle de constitucionalidade preventivo e repressivo. Por seu turno, o Poder Judiciário exerce tão-somente o controle repressivo.
- III. A inconstitucionalidade reflexa ou por via oblíqua resulta da violação de uma norma infraconstitucional interposta entre o ato questionado e a Constituição.

COMENTÁRIOS:

Item I: **ERRADO**. A assertiva descreve a inconstitucionalidade material, não a formal. Perceba que a assertiva fala em contrariedade a uma norma constitucional em seu CONTEÚDO, enquanto a inconstitucionalidade formal, na verdade, viola algo relativo ao procedimento formal de elaboração da norma.

Item II: **ERRADO**. O STF admite, excepcionalmente, a possibilidade de mandado de segurança em face de tramitação de projetos de lei e de propostas de emenda. Portanto, o STF também exerce controle PREVENTIVO de constitucionalidade.

Item III: CERTO. A descrição corresponde à inconstitucionalidade reflexa. Cabe lembrar, porém, que o STF não admite o controle abstrato de inconstitucionalidade reflexa (STF, ADI 2122; STF, ADI 2344 QO).

GABARITO: ERRADO / ERRADO / CERTO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO COM BASE EM PARÂMETROS ESTRANGEIROS

É possível que o Poder Judiciário brasileiro realize controle de constitucionalidade com base em parâmetros estrangeiros? Em outras palavras: pode-se falar em controle de constitucionalidade exercido no Brasil a partir do confronto entre normas constitucionais e infraconstitucionais criadas por Estado estrangeiro?

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar uma hipótese excepcional de controle de constitucionalidade exercido a partir de normas estrangeiras. É uma situação em que tanto o parâmetro superior (o paradigma constitucional de controle) quanto o parâmetro inferior (o objeto) são oriundos de Estado estrangeiro, ou seja, são fruto do exercício da soberania de outro povo.

Essa situação excepcional ocorre em caso de extradição, que, nos termos da Lei de Migração (Lei 13.445/2017), exige, para que o pedido apresentado pelo país requerente seja acolhido, a prévia existência de um tratado de extradição entre os Estados envolvidos ou, acaso não haja um tratado de extradição, a apresentação de uma promessa de reciprocidade pelo Estado que solicita a extradição.

Dessa forma, nos casos em que não existe tratado de extradição entre os países envolvidos, o STF deve analisar a validade da promessa de reciprocidade apresentada pelo Estado requerente, e faz isso cotejando-a com a Constituição desse Estado, pois esta é o fundamento de validade dos atos estatais lá editados. Há, nessa situação, portanto, um controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal a partir de uma Constituição estrangeira e de uma norma infraconstitucional também estrangeira.

Esse cenário se verificou na década de 1990, em um pedido de extradição apresentado pelo Estado italiano ao Estado brasileiro (Ext 541, julgada pelo Pleno do STF em 07/11/1992). Nessa época, não havia em nosso ordenamento jurídico tratado de extradição entre Brasil e Itália (que apenas veio a ser incorporado posteriormente), e o Supremo Tribunal Federal, apreciando

o pedido de extradição, analisou a validade da promessa de reciprocidade apresentada pela Itália, cotejando-a com a Constituição Italiana. No caso, a Corte concluiu pela impossibilidade de se acolher o pedido, pois a promessa de reciprocidade não era válida, já que, a partir de uma análise da Constituição da Itália, acaso as posições fossem invertidas (o Brasil requerendo à Itália uma extradição nos mesmos termos), o pedido não poderia ser acolhido pelo Estado italiano.

Portanto, é possível, no Brasil, o controle de constitucionalidade de ato estatal estrangeiro em confronto com Constituição também estrangeira.

SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Atualmente, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade apresenta o seguinte panorama geral:

1 – Há mecanismos de **CONTROLE PREVENTIVO**; e

2 – Há mecanismos de **CONTROLE REPRESSIVO**.

Tanto no controle preventivo como no controle repressivo há mecanismos de **controle político** e de **controle judicial**.

Portanto, há, no Brasil:

- a) Controle de constitucionalidade preventivo e político;
- b) Controle de constitucionalidade preventivo e judicial;
- c) Controle de constitucionalidade repressivo e político; e
- d) Controle de constitucionalidade repressivo e judicial.

Logo, é incorreta a afirmativa segundo a qual o controle de constitucionalidade no Brasil é unicamente repressivo e judicial, porque, além desse mecanismo de controle (que talvez seja o mais importante e o mais debatido), há outros mecanismos de controle, como o repressivo político etc.

ATENÇÃO !

Enquanto se está exercendo controle PREVENTIVO (seja ele político ou judicial), não há presunção de constitucionalidade do objeto do controle, porque a presunção de constitucionalidade é da LEI, e não de projeto de lei. Logo, não há presunção de constitucionalidade de anteprojeto de lei, de projeto de lei, de anteprojeto de emenda ou de projeto de emenda. Repita-se: a presunção de constitucionalidade é da lei já formada, já

existente, de modo que ela só é considerada no controle repressivo, porque, por ocasião do controle preventivo, não há lei, mas apenas anteprojeto de lei ou projeto de lei.

MECANISMOS DE CONTROLE PREVENTIVO POLÍTICO

Os mecanismos de controle preventivo político são os seguintes:

- 1) **CCJs (Comissões de Constituição e Justiça) das Casas Legislativas:** elas examinam se o projeto de lei está ou não em conformidade com a Constituição.
- 2) **Veto por inconstitucionalidade:** o Poder Executivo, ao examinar o projeto, sanciona ou veta, podendo o veto se dar por contrariedade ao interesse público ou por inconstitucionalidade (mecanismo preventivo e político de controle de constitucionalidade).
- 3) **Análise do Legislativo sobre o veto por inconstitucionalidade:** se ocorre o veto por inconstitucionalidade, o Legislativo analisa esse veto, o que consubstancia outro mecanismo de controle preventivo político de constitucionalidade.
- 4) **Rejeição de projeto de lei delegada por motivo de inconstitucionalidade:** como se sabe, na lei delegada, o Presidente da República pede a delegação ao Legislativo, o qual pode condicionar essa lei delegada a um exame pelo Parlamento, situação em que o Presidente elabora o projeto de lei delegada e o remete ao Legislativo, o qual, ao examiná-lo, pode rejeitá-lo por motivo de inconstitucionalidade.

ATENÇÃO !

Lembre-se que, já que, no controle preventivo, não há presunção de constitucionalidade, em caso de dúvida sobre a compatibilidade com a Constituição, o projeto de lei deve, em um cenário ideal, ser rejeitado pela CCJ, deve ser vetado pelo Executivo e o Parlamento deve manter o veto, se este se der em razão de inconstitucionalidade (ou suspeita de inconstitucionalidade).

MECANISMOS DE CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL

Existe mecanismo de controle de constitucionalidade preventivo judicial?

Discutiu-se muito isso na constituinte de 87/88, tendo havido a sugestão de previsão de um instrumento específico para que o STF pudesse analisar projetos de lei, mas isso não foi

adiante. Portanto, **em regra**, não há controle de constitucionalidade preventivo e judicial, mas, mesmo assim, há, **excepcionalmente**, hipóteses de controle preventivo judicial admitas pelo STF.

É o caso do mandado de segurança impetrado por Parlamentar em face da tramitação de projeto de lei ou de proposta de emenda à Constituição em determinadas hipóteses. Isso é admitido pelo STF desde a década de 1980, e, já sob a égide da CF/88, houve vários casos de mandados de segurança impetrados por Parlamentares em face da tramitação de proposta de emenda ou de projeto de lei que foram admitidos pelo STF. Mas isso apenas é possível quando há um vício nos seguintes termos:

- 1 – Em caso de **proposta de emenda**, esse vício pode ser formal ou material (este, mais precisamente, tendente a abolir alguma cláusula pétrea, como prevê o art. 60, § 4º, da CF/88).
- 2 – Em caso de **projeto de lei**, apenas vício formal (violação do devido processo legislativo) permite a impetração de mandado de segurança como mecanismo de controle de constitucionalidade judicial preventivo.

ATENÇÃO !

Esse vício formal que permite o controle de constitucionalidade preventivo judicial, tanto na proposta de emenda quanto no projeto de lei, deve ser um vício formal ao devido processo legislativo constitucionalmente previsto, não podendo ser uma violação meramente regimental.

Um resumo de tudo quanto se expôs acima pode se encontrar no voto do Min. Teori Zavascki no MS 32033. Segundo o Ministro, “(...) É sabido que nosso sistema constitucional não prevê nem autoriza o controle de constitucionalidade de meros projetos normativos. A jurisprudência desta Corte Suprema está firmemente consolidada na orientação de que, em regra, devem ser rechaçadas as demandas judiciais com tal finalidade. (...) Somente em duas situações a jurisprudência do STF abre exceção a essa regra: a primeira, quando se trata de Proposta de Emenda à Constituição – PEC que seja manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e a segunda, em relação a projeto de lei ou de PEC em cuja tramitação for verificada manifesta ofensa a alguma das cláusulas constitucionais que disciplinam o correspondente processo legislativo. Nos dois casos, as justificativas para excepcionar a regra estão claramente definidas na jurisprudência do Tribunal: em ambos, o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa. (...)”.

Esse tema é muito cobrado em provas de concursos.

Outros aspectos importantes já decididos pelo STF acerca desse mandado de segurança (contra tramitação de PEC ou de projeto de lei) que pode servir como mecanismo de controle de constitucionalidade preventivo judicial são, resumidamente, os seguintes:

- 1 - Só pode ser impetrado **por parlamentar**, não por terceiro (MS 23328; MS 24667 AgR);
- 2 - Visa corrigir **violação do procedimento formal constitucionalmente previsto** para a elaboração de leis ou emendas (MS 24667 AgR);
- 3 - **Não cabe** se a violação é apenas de normas **regimentais** (MS 22503);
- 4 - Quando se trata de **projeto de lei o controle é apenas formal**, não material (MS 32033);
- 5 - No caso das **propostas de emenda, também é possível corrigir risco de violação a cláusula pétrea** (MS 20257; MS 24667 AgR); e
- 6 - Deve ser **extinto sem julgamento de mérito caso o impetrante deixe de ser parlamentar**, por qualquer motivo (MS 33.444).

Esses, então, são os aspectos principais que têm sido cobrados em provas de concurso.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(VUNESP – Promotor MP/SP – 2012 – adaptada) em relação ao controle de
Constitucionalidade no Brasil, julgue:

I – A ideia básica de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico interno, excetuando os Tratados Internacionais devidamente incorporados, e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.

II – O controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, por provocação do Presidente da República, Presidente do Senado Federal ou Presidente da Câmara dos Deputados, pretende impedir que proposta de emenda constitucional ou projeto de lei maculados pela eiva de inconstitucionalidade ingressem no ordenamento jurídico.

COMENTÁRIOS:

Item I: **ERRADO**. Os Tratados Internacionais incorporados também devem ter a sua Constitucionalidade controlada. Mas a primeira parte da assertiva está correta.

Item II: **ERRADO**. Não existe esse mecanismo na CF/88. O mandado de segurança excepcionalmente admitido pelo STF só pode ser impetrado por parlamentar.

Portanto, não existe esse controle preventivo no STF por provocação do Presidente da República do Presidente do Senado Federal ou do Presidente da Câmara dos Deputados.

GABARITO: ERRADO / ERRADO

(VUNESP – Juiz TJ/SP – 2015) por meio de mandado de segurança preventivo, Vereador pretende obter ordem judicial obstando a tramitação de projeto de lei Municipal que disciplina, no âmbito do Município, como deve ser ministrado o Ensino religioso. Adotando como referência o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 32033/DF, é correto afirmar que:

- A) se não cabe mandado de segurança contra lei em tese, a pretensão deveria ser expressa por meio de ação declaratória, com pedido de tutela antecipada.
- B) como a matéria é regulada pela Constituição e por lei federal, é cabível o controle preventivo do conteúdo material da norma proposta.
- C) não é cabível o controle preventivo de constitucionalidade material das normas em curso de formação.
- D) o parlamentar tem legitimidade para promover o controle abstrato repressivo, logo, nada obsta que seja aceita a pretensão exposta em Juízo.

COMENTÁRIOS:

Nesse caso, podemos ir direto ao ponto. Conforme visto, quando se trata de LEI não é cabível controle de constitucionalidade preventivo em relação ao conteúdo (isto é, não é cabível controle de constitucionalidade MATERIAL preventivo). O controle de constitucionalidade material preventivo é admitido pelo STF apenas em relação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétrea. Isso foi decidido pelo STF, em decisão vista nesta aula.

GABARITO: C

(CESPE – PGE/MS – 2021) no curso de determinado processo legislativo, cogitou-se impetrar mandado de segurança no STF, com o objetivo de paralisar o trâmite de proposta de emenda constitucional sob o argumento de haverem sido desrespeitadas normas da Constituição Federal de 1988 (CF) e do Regimento Interno do Senado Federal.

Nessa situação hipotética, conforme o disposto na CF e a jurisprudência do STF acerca da
acerca da separação dos poderes,

a) qualquer parlamentar federal teria legitimidade ativa para impetrar o mandado de segurança.

b) qualquer pessoa, física ou jurídica, que afirmasse ser titular de direito subjetivo teria legitimidade ativa para impetrar o mandado de segurança.

c) seria cabível o controle jurisdicional, ainda que, em lugar da proposta de emenda constitucional, o processo legislativo tratasse de um projeto de lei.

d) seria cabível o controle jurisdicional, desde que a argumentação do mandado de segurança questionasse o processo legislativo adotado na tramitação da proposta de emenda constitucional.

e) seria cabível o controle jurisdicional no tocante à ofensa a normas da CF, mas não relativamente ao desrespeito a normas do Regimento Interno do Senado Federal, por se tratar, neste caso, de assunto interna corporis.

COMENTÁRIOS:

Quanto à alternativa “a”, é importante registrar que apesar de somente o parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional, a legitimidade é sempre restrita aos membros do órgão legislativo perante o qual esteja em curso o projeto.

GABARITO: E

MECANISMOS DE CONTROLE REPRESSIVO POLÍTICO

O controle repressivo, como se sabe, pode ser político ou judicial. Iniciemos pelo controle repressivo político.

Primeiramente, observe-se que, no controle REPRESSIVO, incide a presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos, pois não se trata mais de mero projeto de lei ou de proposta de emenda, mas sim de lei ou emenda já existente. Ademais, essa presunção é RELATIVA, e não absoluta.

ART. 49, V, CF/88

O primeiro instrumento de controle repressivo e político encontra-se no art. 49, V, da CF/88, que diz o seguinte:

“Art. 49, CF/88. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
(...)
V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”

Portanto, se o Executivo edita um regulamento exorbitando dos limites de seu poder regulamentar, esse ato pode ser susgado pelo Congresso Nacional. Veja-se que não há dúvida de que esse dispositivo se refere a um controle REPRESSIVO, pois ele se refere a ATOS normativos, o que evidencia que se trata de atos já existentes, e não em mera fase de elaboração.

Da mesma forma, se o Presidente da República recebe delegação do Congresso Nacional para editar lei delegada, mas exorbita dos limites da delegação, esse ato normativo pode ser susgado pelo Congresso Nacional.

ART. 52, X, CF/88

O art. 52, X, da CF/88 também prevê mecanismo de controle de constitucionalidade repressivo e político, nos seguintes termos:

“Art. 52, CF/88. Compete privativamente ao Senado Federal:
(...)
X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

Essa competência do Senado Federal se verifica no controle DIFUSO CONCRETO, e não em caso de ADI e outros instrumentos de controle abstrato. Assim, se o STF, por exemplo em sede de recurso extraordinário, julga determinada lei ou ato normativo inconstitucional, essa decisão tem efeito meramente inter partes, mas o Senado Federal pode suspender a execução

dessa lei ou ato normativo declarado inconstitucional, e o fará para todo mundo (isto é, com eficácia erga omnes).

ATENÇÃO !

Atualmente, após o julgamento noticiado no Informativo 886/STF, a presente hipótese de controle repressivo político de constitucionalidade pode ter deixado de existir, mas essa questão será analisada em momento oportuno deste curso.

ART. 62, § 5º, CF/88

Também prevê mecanismo de controle de constitucionalidade repressivo e político o art. 62, § 5º, da CF/88, que diz o seguinte:

“Art. 62, § 5º, CF/88. A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. ” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Portanto, no exame da medida provisória pelo Legislativo, antes de apreciar o seu mérito, a Casa Legislativa fará juízo prévio do atendimento dos pressupostos constitucionais, o que consubstancia um controle de constitucionalidade repressivo e político. A doutrina assevera que se trata mesmo de um controle REPRESSIVO de constitucionalidade, porque a medida provisória, nesse caso, já se encontra em vigor.

ATENÇÃO !

Apesar de o art. 62, § 5º, da CF/88 ser tido como um controle repressivo, ele, na verdade, é um controle MISTO, porque, no caso da medida provisória, esse controle incide em dois aspectos diferentes: I) é certo que a medida provisória já está em vigor, o que caracteriza o controle como repressivo, conforme leciona a doutrina e conforme foi visto aqui; mas II) esse controle também é exercido em relação ao projeto de lei de conversão da medida provisória em lei, e, nesse aspecto, esse controle é preventivo

(ou seja, o controle, aqui, é repressivo em relação à medida provisória em si e preventivo em relação ao projeto de conversão da medida provisória em lei).

(IM)POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO RECONHECER A INCONSTITUCIONALIDADE

Essa é mais uma hipótese de controle de constitucionalidade repressivo e político apontada pela doutrina e que, por muito tempo foi admitida pelo STF, mas, recentemente, em uma guinada jurisprudencial, passou a ser inadmitida.

STF

A Súmula 347 do STF, de 13/12/1963, que ainda não foi revogada, diz o seguinte:

“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Por conta dessa súmula, sempre foi tido como certo, de maneira mais ou menos uniforme na doutrina, que o TCU não poderia exercer controle ABSTRATO de constitucionalidade (o que só pode ser feito pelo STF), mas poderia, nos casos submetidos ao seu julgamento, isto é, nas contas que estão sendo julgadas, realizar um controle CONCRETO de constitucionalidade. Ou seja, esse enunciado sumular sempre permitiu que, no desempenho de suas funções, o Tribunal de Contas realizasse controle concreto e incidental de constitucionalidade.

Esse controle, portanto, nos termos da Súmula 347/STF, permitia ao TCU julgar, incidentalmente, a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público. Para alguns autores, no entanto, o TCU não poderia apreciar a constitucionalidade de leis, mas apenas de atos e de contratos do poder público.

No entanto, apesar da existência e da permanência desse enunciado sumular até hoje, ele nunca esteve livre de críticas. O Min. Gilmar Mendes, por exemplo, entende que ele, editado anteriormente à CF/88, é ultrapassado e deve ser revogado. Mas o fato é que a Súmula 347/STF não foi revogada até hoje, o que fez com que sempre fosse cobrada em provas de concursos.

No entanto, nessa linha de pensamento crítico, o Supremo Tribunal Federal (mais precisamente, o Ministro Alexandre de Mores monocraticamente) veio, nos últimos anos, afastando a aplicação da sua Súmula 347, afirmando que ela, anterior à CF/88, não se

compatibiliza com a ordem constitucional em vigor, pois apenas ao Poder Judiciário (em especial, à Suprema Corte) se permite (com exclusividade) realizar controle de constitucionalidade, além de o exercício desse controle pelo Tribunal de Contas ferir a separação de Poderes e o sistema de checks and balances consagrado na Constituição da República. Esse entendimento foi adotado, liminarmente, por exemplo, nos Mandados de Segurança nºs 35410, 35490, 35494, 35500 e 35836.

Ocorre que, em 13/04/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento final de mérito desses casos e superou a sua Súmula 347, passando a entender, em verdadeira guinada jurisprudencial, que o Tribunal de Contas não pode realizar controle de constitucionalidade, ainda que no desempenho de suas atribuições.

Seguindo a linha de raciocínio inicialmente adotada (de forma monocrática) pelo Min. Alexandre de Moraes, o Plenário da Corte entendeu que a possibilidade de o Tribunal de Contas exercer controle de constitucionalidade usurpa atribuição do Poder Judiciário, em especial, do STF, pois, embora a decisão seja tomada em um caso concreto, leva a Administração a afastar a aplicação da lei em todos os demais casos, o que acaba conferindo à decisão da Corte de Contas contornos abstratos, vinculantes e erga omnes.

Além disso, segundo o Tribunal, a possibilidade consagrada na sua Súmula 347 fere a separação dos Poderes, haja vista permitir que um órgão de caráter administrativo acabe reconhecendo a invalidade de uma norma sem precisar observar as amarras às quais, na sistemática de freios e contrapesos, o Poder Judiciário está submetido, a exemplo da necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário, do rol restrito de legitimados para a instauração do controle concentrado abstrato de constitucionalidade etc.

Nesse contexto, foi destacado pelos Ministros, durante o julgamento, que a Súmula 347/STF foi editada antes da CF/88 e não se compatibiliza com a atual ordem constitucional.

Assim, atualmente, tendo em vista a adoção desse novo entendimento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, é seguro posicionar-se, em provas, no sentido da impossibilidade de Tribunal de Contas realizar controle de constitucionalidade. No entanto, é importante sempre ter em mente o teor da Súmula 347/STF, pois nada impede que as bancas examinadoras questionem a respeito desse enunciado ou mesmo exijam que o candidato aborde a evolução jurisprudencial nesse tema.

Por fim, cabe destacar o entendimento do STF no MS 25888, julgado em 22/08/2023, no qual restou esclarecido que a Súmula 347 não pode ser lida como uma licença para que os

Tribunais de Contas realizem controle abstrato de constitucionalidade. Na realidade, “o verbete confere aos Tribunais de Contas – caso imprescindível para o exercício do controle externo – a possibilidade de afastar (*incidenter tantum*) normas cuja aplicação no caso expressaria um resultado inconstitucional (seja por violação patente a dispositivo da Constituição ou por contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria)” (Min. Gilmar Mendes).

Sob essa compreensão, a Súmula 347 mostra-se compatível com a ordem constitucional de 1988, desde que se perceba que o tratamento de questões constitucionais por Tribunais de Contas observe “a finalidade de reforçar a normatividade constitucional”: “da Corte de Contas espera-se a postura de cobrar da administração pública a observância da Constituição, mormente mediante a aplicação dos entendimentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal em matérias relacionadas ao controle externo”.

AJUIZAMENTO DE ADI

Outro mecanismo de controle repressivo e político é a própria DECISÃO DE AJUIZAMENTO de uma ADI ou de uma ADC. Perceba-se que a ADI ou a ADC pode ser ajuizada pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, que são órgãos de natureza política. Assim, a ADI ou a ADC pode ser ajuizada:

- Pelo **Poder Executivo** (Presidente da República, Governador de Estados ou do Distrito Federal);
- ou
- Pelo **Poder Legislativo** (mesa do Senado, mesa da Câmara dos Deputados, mesa de Assembléia Legislativa de Estado e mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal).

Assim, a própria decisão de mover ADI/ADC consubstanciaria, em si mesma, uma decisão vinculada ao controle de constitucionalidade: o Executivo ou o Legislativo ajuíza ADI/ADC porque reputa inconstitucional o ato atacado.

REVOGAÇÃO, PELO PODER LEGISLATIVO, DE LEI TIDA COMO INCONSTITUCIONAL

Também é tida como mecanismo de controle de constitucionalidade repressivo e político a revogação, pelo Legislativo, de lei considerada inconstitucional.

Ora, o Poder Legislativo, se entende que uma lei é inconstitucional, pode aprovar um projeto de lei revogando-a.

“REVOGAÇÃO”, PELO PODER EXECUTIVO, DE ATOS NORMATIVOS PRÓPRIOS TIDOS COMO INCONSTITUCIONAIS

Essa hipótese também consubstancia controle de constitucionalidade repressivo e político.

Aqui, tem aplicação a Súmula 346 do STF, de 13/12/1963, que diz o seguinte:

“A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

Ora, se o Poder Executivo edita um ato normativo e entende que esse ato é inconstitucional, por força da teoria da nulidade do ato inconstitucional (que vigora no Brasil, embora com temperamentos), a Administração deve reconhecer essa inconstitucionalidade, pois, nos termos da Súmula 346/STF, a Administração pode (deve) declarar a nulidade dos seus próprios atos (e ato inconstitucional, como se sabe, é nulo, conforme preconiza a já referida teoria da nulidade). Um exemplo de ato do Executivo que pode ser declarado inconstitucional e/ou “revogado” pelo próprio Executivo é o regulamento autônomo, que, por ser um ato do Poder Executivo, atrai a incidência da Súmula 346/STF.

NÃO APLICAÇÃO, PELO PODER EXECUTIVO, DE LEI TIDA COMO INCONSTITUCIONAL

Essa não aplicação também consubstancia controle de constitucionalidade repressivo e político, e é uma hipótese que tem gerado várias discussões.

Pergunta-se: o Poder Executivo pode deixar de cumprir/aplicar uma lei, por reputá-la inconstitucional? O Executivo pode negar cumprimento a uma lei, acusando-a de ser inconstitucional? Isso é possível ou não? Essa pergunta já apareceu em várias provas de concursos, especialmente em discursivas e orais.

Vejamos.

Sob a égide da Constituição anterior (isto é, antes da CF/88), havia um entendimento muito claro, a saber: o Poder Executivo poderia determinar o não cumprimento (isto é, o descumprimento) de uma lei tida como inconstitucional. Esse entendimento era muito claro e tranquilo, porque, antes da CF/88, as autoridades do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores de Estado etc.) não tinham legitimidade para promover a representação de

inconstitucionalidade (que corresponde à atual ADI), sendo essa ação privativa do PGR. Portanto, se o Governador de um Estado ou o Presidente da República se deparasse com uma lei que entendia ser inconstitucional, ele não tinha o que fazer, pois não podia promover a representação de inconstitucionalidade, só lhe restando cumprir ou não cumprir a lei. E, nesse cenário, diante de uma lei considerada inconstitucional, admitia-se que a autoridade do Poder Executivo dissesse que não iria cumprir tal lei, por ser ela inconstitucional.

Que mudou com a entrada em vigor da CF/88?

A CF/88 ampliou o rol de legitimados para a propositura da ADI, que passou a poder ser proposta não apenas pelo PGR, passando o Presidente da República e os Governadores dos Estados a também poderem propor essa ação. A partir disso, quando o Governador de um Estado e o Presidente da República se deparassem com uma lei tida como inconstitucional, eles passariam a ter a possibilidade de mover a ADI, e, por conta disso, uma controvérsia se instalou: depois da CF/88, continua-se a entender que o Executivo pode deixar de cumprir uma lei tida como inconstitucional ou, a partir da CF/88, a atitude correta não é deixar de cumprir a lei (que tem, como se sabe, presunção de constitucionalidade), mas sim ajuizar uma ADI?

A **maioria da doutrina** continua a entender que é possível que o Poder Executivo deixe de aplicar uma lei que ele entenda ser inconstitucional. E, para sustentar esse entendimento, vários motivos são apontados, a saber:

1 – **Todos os Poderes estão obrigados a zelar pela guarda da Constituição**, função essa que não é um monopólio do Poder Judiciário. Na verdade, o Judiciário é importantíssimo na missão de guarda da Constituição (especialmente o STF, a quem compete PRECIPUAMENTE a guarda da Constituição, nos termos do art. 102 da CF/88), mas isso não significa que ele faz isso com exclusividade. Na verdade, todas as autoridades públicas (e toda a sociedade) têm obrigação de cumprir e zelar pela Constituição. Portanto, o primeiro compromisso do Administrador, o primeiro compromisso da autoridade pública do Poder Executivo é com a Constituição. Tanto é assim que o art. 78, caput, da CF/88 diz que o Presidente da República deve prestar o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição. Ora, se o Presidente da República, diante de uma lei inconstitucional, cumpre essa lei, ele viola o seu juramento do art. 78 da CF/88. Portanto, o Chefe do Executivo não pode ser compelido a cumprir uma lei que ele reputa ser inconstitucional. Além disso, quem ganhou legitimidade para propor ADI/ADC foram o Presidente da República e os Governadores dos Estados, mas o Poder Executivo compreende, ainda, os Prefeitos dos Municípios, os quais não possuem legitimidade para propor ADI no STF

(eles podem até ter legitimidade para propor ADI estadual em face da Constituição Estadual, mas não para propor controle abstrato de constitucionalidade perante o STF), de modo que não se lhes pode negar a possibilidade de afastar a aplicação de uma lei que repute ser inconstitucional.

“Art. 78, CF/88. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil. Parágrafo único. Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago.”

2 – A presunção de constitucionalidade das leis não pode ser tão forte a ponto de se sobrepor à supremacia da Constituição. Em outras palavras, aplicar uma lei que a autoridade entende ser inconstitucional por força da presunção (relativa) de constitucionalidade dessa lei pode equivaler a negar aplicação à própria Constituição. Ora, se há um impasse entre aplicar a lei ou a Constituição, é evidente que se deve optar por preservar a Constituição, e não a lei. A presunção de constitucionalidade da lei não pode ser suficientemente forte a ponto de se sobrepor ao princípio da supremacia da Constituição.

3 – No Brasil, adota-se a teoria da NULIDADE como regra. Assim, em regra, a lei inconstitucional é nula. Ora, se a lei inconstitucional é nula, ela não produz efeitos válidos, sendo, inclusive, a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade retroativa (ela opera efeitos ex tunc). Nesse contexto, não faz sentido a autoridade pública ser obrigada a produzir atos jurídicos inválidos, que serão apagados pela declaração de inconstitucionalidade. A lei inconstitucional é quase uma não lei, ela existe apenas formalmente, mas ela é algo inválido, tanto que a declaração de inconstitucionalidade deve retroagir para apagar todos os seus efeitos. A rigor, a lei inconstitucional não gera direitos nem obrigações, ela não obriga ninguém. Inclusive, conforme já referido anteriormente, há até mesmo alguns autores que abraçam a tese de que a lei

inconstitucional é inexistente. Então, realmente não faz sentido obrigar o Executivo a cumprir a lei inconstitucional.

4 – Não há sentido em obrigar o poder público a aplicar uma lei tida como inconstitucional, pois nem mesmo o particular está obrigado a cumprir uma lei que ele repute inconstitucional (diante de uma lei que considere ser inconstitucional, o particular tem a opção de se recusar a cumprir essa lei, sujeitando-se às consequências jurídicas que podem decorrer desse comportamento, inclusive defendendo-se na esfera judicial ou administrativa, se for o caso, alegando que deixou de cumprir a lei por ser ela inconstitucional). Ora, se nem mesmo o particular pode ser obrigado a cumprir uma lei inconstitucional, não há sentido em querer obrigar o Administrador a cumpri-la, especialmente considerando-se o interesse público consubstanciado na supremacia da Constituição. Nesse sentido, inclusive, posicionou-se o Min. Moreira Alves em seu voto proferido no julgamento da Representação 980, cuja leitura é recomendada.

Por todos esses motivos, a maioria da doutrina entende ser possível que o Poder Executivo deixe de cumprir/aplicar uma lei inconstitucional. Podem ser citados como exemplos Luís Roberto Barroso, Ronaldo Poletti, Clèmerson Merlin Clève, Gustavo Binbenbajm etc.

Note-se, porém, que esse descumprimento da lei pelo Poder Executivo deve ser **motivado**, inclusive para atenuar a possibilidade de impeachment. Isso porque, em tese, tanto o descumprimento da Constituição quanto o descumprimento da lei podem acarretar o impeachment, tendo em vista que o art. 85 da CF/88 prevê ser crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atente contra a Constituição (e cumprir uma lei inconstitucional é atentar contra a Constituição) e, nos termos do inciso VII desse artigo, contra o cumprimento das leis. Portanto, o Chefe do Executivo fica em uma “sinuca de bico”: deixar de cumprir uma lei considerada constitucional pode caracterizar ato atentatório à Constituição e cumprir uma lei que seja considerada inconstitucional também é atentatório à Constituição. Por esses motivos, se o Executivo vai deixar de cumprir uma lei por considerá-la inconstitucional, ele deve motivar essa decisão.

E qual é o entendimento do STF acerca desse tema? A posição clássica do STF diz que “a jurisprudência tem admitido que o Poder Executivo, também interessado no cumprimento da Constituição, goza da faculdade de não a executar, submetendo-se aos riscos daí decorrentes, inclusive o do ‘impeachment’”. Nesse caso, quem for prejudicado se socorrerá dos remédios judiciais ao seu alcance. Recusando cumprimento a lei havida como inconstitucional, o

governador se coloca na mesma posição do particular que se recusa, a seu risco, a desobedecer a lei, aguardando as ações e medidas de quem tiver interesse no cumprimento dela” (STF, RMS 14136/ES, Rel. Min. Antônio Villas Boas, Segunda Turma, j. em 14/06/1966).

Esse entendimento representa a posição clássica do STF, consagrada desde a década de 1960.

Já sob a égide da CF/88, não há uma posição clara do Plenário do STF, mas o Min. Moreira Alves, em um voto seu, asseverou que a posição clássica (retratada acima) deve permanecer mesmo após 05/10/1988. Nas palavras do Ministro, “os poderes executivo e legislativo, por sua chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais” (ADI-MC 221-DF, J. 29/03/1990).

Além de tudo isso, o fato de a Súmula 347 do STF (sobre o exercício do controle de constitucionalidade pelo TCU) ter sido aplicada durante vários anos mostra, ao menos implicitamente, que o Poder Executivo pode deixar de cumprir lei inconstitucional, já que inexistente qualquer lógica em forçar o executivo a aplicar uma lei que, posteriormente, seria reconhecida como inválida pela Corte de Contas.

No STJ, há uma decisão clara a respeito do tema, na qual se asseverou que “o Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional” (REsp 23.121, J. 06/10/1993, Primeira Turma).

Portanto, o STJ admite a negativa de aplicação, pelo Poder Executivo, de lei tida como inconstitucional.

Assim, **em resumo, o Poder Executivo pode deixar de cumprir lei inconstitucional?** Segundo a doutrina majoritária, SIM; segundo a posição clássica do STF, SIM; segundo voto de Ministro do STF proferido sob a égide da CF/88, SIM; e, segundo o STJ, SIM.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

FGV – Juiz TJ/MS – 2008 – adaptada) julgue:

- I – O controle concentrado de constitucionalidade, no Brasil, é feito privativamente pelo Supremo Tribunal Federal.
- II – No Brasil, o controle de constitucionalidade preventivo de projeto de lei é feito exclusivamente pelo Chefe do Poder Executivo, por intermédio do veto jurídico.

III – No sistema brasileiro, o controle repressivo de constitucionalidade é exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário.

COMENTÁRIOS:

Essa questão é antiga, mas traz conceitos ainda aplicáveis hoje e que foram bemcobrados, de modo que o estudo fica enriquecido. Vejamos.

Item I: **ERRADO.** Os Tribunais de Justiça também exercem controle concentrado de constitucionalidade, tomando como parâmetro superior a Constituição Estadual (não a CF). Portanto, no controle CONCENTRADO de constitucionalidade, o STF pode controlar a constitucionalidade em abstrato tendo como parâmetro a Constituição FEDERAL; e os Tribunais de Justiça podem controlar a constitucionalidade em abstrato (por meio de ADI estadual e/ou, se houver, ADC estadual) tendo como parâmetro de controle (também chamado de parâmetro superior) a Constituição ESTADUAL, e não a Constituição Federal.

Item II: **ERRADO.** A parte final da assertiva é verdadeira, porém, há outros mecanismos preventivos de controle de constitucionalidade de projeto de lei, como, por exemplo, a atuação das CCJs. Está errado, portanto, falar que o veto jurídico é o mecanismo exclusivo de controle preventivo de constitucionalidade de projeto de lei.

Item III: **ERRADO.** Há também mecanismos repressivos políticos de controle de constitucionalidade, como, por exemplo, a possibilidade de sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitam os limites do poder regulamentar.

GABARITO: ERRADO / ERRADO / ERRADO

(CESPE – Juiz TJ/MA – 2013 – adaptada) A respeito do controle de constitucionalidade, julgue:

I – O controle judicial preventivo de constitucionalidade é admitido no sistema brasileiro unicamente por meio do denominado controle in concreto, de modo incidental.

II – No Brasil, o denominado controle repressivo de constitucionalidade, também denominado sucessivo ou a posteriori, foi conferido com exclusividade ao Poder Judiciário.

COMENTÁRIOS:

Item I: **CERTO.** É o caso do mandado de segurança impetrado por parlamentar em face de proposta de emenda ou projeto de lei violadores do procedimento legislativo

constitucionalmente previsto, desde que presentes determinados requisitos (exemplo: STF, MS 32033), o que configura controle concreto, incidental, e não abstrato.

Item II: **ERRADO**. Há também mecanismos políticos de controle repressivo de constitucionalidade. Logo, não é correto dizer que se trata de exclusividade do Poder Judiciário, pois o controle REPRESSIVO de constitucionalidade também tem mecanismos políticos, conforme visto nesta aula.

GABARITO: CERTO / ERRADO

Bom, por hoje é só. Bons estudos e até a próxima aula!

Francisco Maia Braga