

Controle de Constitucionalidade

Abordagem sistemática no tocante aos temas centrais do controle de constitucionalidade: conceitos, modalidades, legitimidade e tipos de controle, por via incidental e ação direta.

Mariana de Moura A. A. Machado

18/02/2005

1) Conceito:

O objetivo maior do Direito Constitucional é o que se chama de “filtragem constitucional”. Isso quer dizer que todas as espécies normativas do ordenamento jurídico devem existir, ser consideradas como válidas e analisadas sempre sob à luz da Constituição Federal. Através dessa observância é que se afere se elas são ou não constitucionais. É nesse momento que entra o controle de constitucionalidade, para observar se as leis e normas estão compatíveis com a Carta Magna.

Chama-se de compatibilidade vertical, pois é a CF quem rege todas as outras espécies normativas de modo hierárquico, tanto do ponto de vista formal (procedimental), quanto material (conteúdo da norma).

Quando se tem a idéia de controle de constitucionalidade, significa dizer então que é feita uma verificação para saber se as leis ou atos normativos estão compatíveis com a Constituição Federal, tanto sob o ponto de vista formal, quanto o material.

2) Requisitos de constitucionalidade das espécies normativas:

Todas as espécies normativas prevista no artigo 59 da CF, devem ser comparadas com determinados requisitos formais e materiais.

Requisitos formais - existem regras do processo legislativo constitucional que devem ser obrigatoriamente seguidas, caso contrário terá como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo, possibilitando assim um controle repressivo por parte do Poder Judiciário através do método difuso ou concentrado.

a) Requisitos formais subjetivos - ainda na fase introdutória do processo legislativo, ou seja, quando o projeto de lei é encaminhado ao Congresso Nacional para análise, poderá ser identificado algum tipo de inobservância à CF. Caso aconteça, apresenta-se o flagrante vício de inconstitucionalidade.

b) Requisitos formais objetivos - esse tipo de requisito faz referência as outras duas fases do processo legislativo, a constitutiva e a complementar. Assim como na fase introdutória, nestas também poderá ser verificado a incompatibilidade com à CF.

Requisitos materiais- a obediência a esse tipo de requisito deve ser feita em relação a compatibilidade do objeto da lei ou ato normativo com a Constituição Federal.

3) Supremacia constitucional - rigidez (imutabilidade relativa):

Nos casos em que a constituição é rígida e formalmente escrita, tem-se como consequência a garantia da Supremacia da mesma, pois exige a criação de leis e atos normativos compatíveis com o que vem prescrito na constituição. Dessa forma poderá ser feito um controle de constitucionalidade em razão das espécies normativas que venham a confrontar a lei maior do país.

Existem constituições que não são escritas, nem flexíveis como é o caso da Inglaterra. Nessas circunstâncias não se admite o controle de constitucionalidade.

No Brasil a Constituição Federal é rígida e escrita, há portanto o controle da mesma.

4) O controle de constitucionalidade pode ser dividido:

Quanto ao momento:

Preventivo - aquele que tem por finalidade impedir que um projeto de lei inconstitucional venha a ser uma lei.

Repressivo - é utilizado quando a lei já está em vigor. Caso haja um erro do lado preventivo, pode se desfazer essa lei que escapou dos trâmites legais e passou a ser uma lei inconstitucional.

Quanto ao órgão que exerce o controle de constitucionalidade:

Político - ato de bem governar em prol do interesse público. É a corte constitucional, não integra a estrutura do Poder Judiciário.

Jurisdicional - é exercido por um órgão do Poder Judiciário. Só o juiz ou tribunal pode apreciar o controle constitucional sob o aspecto jurisdicional.

Misto - assim é porque é exercido tanto sob o âmbito difuso quanto pelo concentrado, tanto pelo órgão jurisdicional quanto pelo político (abstrato).

Em regra, cabe ao órgão jurisdicional o papel repressivo, já a prevenção ao órgão político, porém aos dois órgãos há exceções.

5) Sistemas de controle de constitucionalidade:

5.1.) Sistema Difuso

No Brasil o sistema é misto, ou seja, difuso e concentrado. Possui sua origem do modelo americano, criado em 1803, onde possuía como premissa a decisão arbitrária e inafastável.

Inspirado nesse modelo, a constituição de 1891 iniciou o controle de constitucionalidade. A partir daí qualquer juiz monocrático, ou tribunal (órgão jurisdicional colegiado), poderia deixar de aplicar a norma no caso concreto.

Esse sistema é exercido no âmbito do caso concreto tendo, portanto natureza subjetiva, por envolver interesses de autor e réu. Assim, permite a todo e qualquer juiz analisar o

controle de constitucionalidade. Este por sua vez, não julga a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, apenas aprecia a questão e deixa de aplicá-la por achar inconstitucional àquele caso específico que está julgando.

Exemplo: “A” entra com uma ação de pretensão contra o Estado em face de “B” de reintegração de posse, baseada em uma lei “x”, onde “B”, por sua vez entra com uma resistência alegando que aquela lei que “A” utilizou como recurso é considerada inconstitucional.

O juiz irá apreciar a questão pré-judicial, que é possessória, sem a qual não há como dá a sua sentença final. Assim, após essa fase, o juiz faz o julgamento do mérito do processo como procedente ou improcedente a ação. Caso entenda como improcedente, afasta a aplicação da lei por considerar inconstitucional no caso concreto e fundamenta a sua sentença sob a alegação de que a lei pela qual “A” utilizou não procede, a título de ser prejudicial na apreciação do mérito daquele caso específico.

Dessa forma, o juiz aplicou o Dogma da Nulidade da lei inconstitucional, a qual tem por base que, caso o juiz venha a reconhecer que uma lei é inconstitucional, não cria um novo Estado, apenas declara a inconstitucionalidade no caso concreto. A norma já é inconstitucional desde o início da sua criação e o juiz apenas irá deixar de aplicá-la.

O artigo 97 da CF consagra uma cláusula chamada de cláusula de reserva de plenário, onde nela especifica que ao ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, esta deve ser feita através da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal, sob pena de nulidade da decisão.

Deve ser observada também a regra do “Full Bench”, apenas nos casos de inconstitucionalidade da lei, onde toda vez que um tribunal observar a inconstitucionalidade da norma, se o órgão for colegiado, a decisão também será colegiada.

No sistema difuso, tanto autor quanto réu pode propor uma ação de inconstitucionalidade, pois o caso concreto é inter partes. Assim, a abrangência da decisão que será sentenciada pelo juiz, é apenas entre as partes envolvidas no processo. Conseqüentemente terá efeito retroativo, pois foi aplicado o dogma da nulidade.

Há a possibilidade de que a decisão proferida em um caso concreto tenha a sua abrangência ampliada, passando a ser oponível contra todos (eficácia erga omnes). A constituição prevê que poderá o Senado Federal suspender a execução de lei (municipal, estadual ou federal), declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal atribuição prevista no artigo 52, X, CF, permitirá, portanto, a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade originária de casos concretos (via difusa). A suspensão da execução será procedida por meio de resolução do Senado federal, que é provocado pelo STF, cujos efeitos vincularão a todos apenas após a publicação da resolução. Nesses casos o efeito é irretroativo, pois é para terceiros.

Cabe ressaltar que o Senado Federal entra nesses casos para tornar essas decisões ex nunc, ou seja, fazer com que seus efeitos passem a valer erga omnes, a partir de sua publicação.

A interpretação conforme a constituição, é uma técnica de interpretação das leis inconstitucionais, utilizada em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Este princípio faz com que a declaração de inconstitucionalidade seja uma medida excepcional, pois não cabe ao juiz deixar de aplicar uma lei por mera suspeita, sem que haja robusta comprovação de sua incompatibilidade vertical.

Portanto, antes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, deverá o julgador aferir se existe alguma forma de interpreta-la que seja compatível com a constituição. Para tanto deve existir o chamado “espaço de decisão”, ou seja, deve ser configurada a existência de mais de uma forma de interpretação do dispositivo legal e que uma delas seja compatível com a Carta Magna. Essa interpretação aplica-se tanto ao controle difuso, como ao concentrado.

5.2.) Sistema Concentrado

As ações diretas no sistema concentrado tem por mérito a questão da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos federais e estaduais.

Não se discute nenhum interesse subjetivo, por não haver partes (autor e réu) envolvidas no processo. Logo, ao contrário do sistema difuso, o sistema concentrado possui natureza objetiva, com interesse maior de propor uma ADIN para discutir se uma lei é ou não inconstitucional e na manutenção da supremacia constitucional.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o guardião da Constituição Federal, e o Superior Tribunal de Justiça é o guardião da Constituição Estadual, assim cada um julga a ADIN dentro do seu âmbito. Se houver violação da CF e CE, respectivamente, quem irá julgar é o STF e o STJ.

Só se propõe a inconstitucionalidade, quem tiver legitimidade para isso (art. 103, CF), quando a lei ou ato normativo violar diretamente a Constituição Federal, ou Estadual.

Casos em que não cabe a ADIN:

- Leis anteriores a atual constituição- se propõe em casos de leis contemporâneas a atual Constituição. É permitido a análise em cada caso concreto da compatibilidade ou não da norma editada antes da atual constituição com seu texto. É o fenômeno da recepção, quando se dá uma nova roupagem formal a uma lei do passado que está entrando na nova CF.
- Contra atos administrativos ou materiais.
- Contra leis municipais

Quem estiver com legitimidade para propor uma ADIN, não pode pedir a sua desistência, pois a mesma é regida pelo princípio da indisponibilidade, nem cabe a sua suspensão. No controle concentrado também não cabe a intervenção de terceiros.

O STF tem o feito da “Ampla Cognição”, ou seja, amplo conhecimento para julgar o processo. Não está limitado aos fundamentos do requerente (pedido mediato), está apenas ao pedido imediato.

Ações que fazem parte do Sistema Concentrado

1) Ação declaratória de inconstitucionalidade (ADIN):

a) Genérica

Tem por objetivo retirar do ordenamento jurídico a lei contemporânea estadual ou federal, que seja incompatível com a CF, com a finalidade de obter a invalidade dessa lei, pois relações jurídicas não podem se basear em normas inconstitucionais. Dessa maneira fica garantida a segurança das relações.

Fica a cargo do Supremo Tribunal Federal, a função de processar e julgar, originariamente, a ADIN de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Tem legitimidade para propor uma ADIN, todos aqueles que estão prescritos no artigo 103 CF. O STF exige a chamada “Relação de Pertinência Temática”, que nada mais é do que a demonstração da utilidade na propositura daquela ação, interesse, utilidade e legitimidade para propô-la. Isso é usado nos casos em que os legitimados não são universais, que estão no artigo 103, incisos IV, V e IX.

Não é a mesa do Congresso Nacional quem propõe a ADIN, e sim a Mesa da Câmara e do Senado.

A propositura de uma ação desse tipo, não está sujeita a nenhum prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, pois de acordo com o vício imprescritível, os atos constitucionais não se invalidam com o passar do tempo.

O procedimento que uma ação direta de inconstitucionalidade deve seguir está prescrito na Lei No 9.868/99.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em discussão, a decisão terá os seguintes efeitos:

- Ex tunc, retroativo como consequência do dogma da nulidade, que por ser inconstitucional, torna-se nula, por isso perde seus efeitos jurídicos.
- Erga omnes, será assim oponível contra todos.
- Vinculante, relaciona-se aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal. Uma vez decida procedente a ação dada pelo STF, sua vinculação será obrigatória em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e do Judiciário, que daí por diante deverá exercer as suas funções de acordo com a interpretação dada pelo STF. Esse efeito vinculante aplica-se também ao legislador, pois esse não poderá mais editar nova norma com preceito igual ao declarado inconstitucional.
- Represtitatório, em princípio vai ser restaurada uma lei que poderia ser revogada.

São relacionada com a matéria que foi discutida a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei. O STF não pode ir além da matéria discutida. Logo, todo julgado está limitado ao pedido que foi feito ao juiz. Dessa maneira, a decisão irá versar

apenas sobre a ADIN. Essa decisão poderá ser através de sentença (decisão de um juiz onocrático), ou acórdão (decisão do tribunal colegiado).

Quem será atingido pela decisão do STF são aqueles que participaram da relação jurídica processual: o Poder Executivo, legislativo, Judiciário, STF e também toda a sociedade.

Depois de formada a decisão da coisa julgada, sua eficácia será preclusiva, ou seja, aquela questão uma vez decidida não poderá ser mais discutida. A decisão judicial é uma lei entre as partes.

O juiz não pode desconsiderar a decisão dada como inconstitucional pelo STF, e sim passar a cumpri-la deixando de aplicar. Quando o juiz insistir em aplicar a lei já decidida como inconstitucional, ocorrerá a reclamação constitucional, que é um instrumento que busca a preservação da competência e garantir a autoridade da decisão do STF (art.102 CF I).

Conseqüências da declaração de inconstitucionalidade de uma lei nos casos julgados: ocorre o ajuizamento de ação decisória, dentro do prazo de dois anos. Após esse período se dá a coisa soberanamente julgada (pretensão bem maior de imutabilidade da decisão). Após ter o título judicial, as partes podem ajuizar outro processo embargando (contestando) a decisão.

Artigo 26 lei 9868/99 - Embargo declaratório é um meio de impugnação de decisão judicial “endo processual” (dentro do processo). Não tem a finalidade de reformar ou invalidar a decisão judicial de um julgado, e sim buscar esclarecer algo que não decisão dada pelo STF ficou omissa, contraditório ou obscuro. Poderá ter um efeito modificativo (infringente), quando for o caso de omissão que possa resultar na modificação de um julgado.

b) Por omissão

A Constituição Federal determinou que o Poder Público competente adotasse as providências necessárias em relação a efetividade de uma determinada norma constitucional. Dessa maneira, quando esse poder cumpre com a obrigação que lhe foi atribuída pela CF, está tendo uma conduta positiva, garantindo a sua finalidade que é a de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional.

Assim, quando o Poder Público deixa de regulamentar ou criar uma nova lei ou ato normativo, ocorre uma inconstitucionalidade por omissão. Resulta então, da inércia do legislador, falta de ação para regulamentar uma lei inconstitucional. Essa conduta é tida como negativa. E é a incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder público omissa, que resulta na chamada inconstitucionalidade por omissão.

Os mecanismos usados para evitar a inércia do Poder Público são o Mandado de Injunção na via difusa e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão na via concentrada.

Os legitimados para esse tipo de ADIN são os mesmos da ADIN genérica e o procedimento a ser seguido também.

Ao declarar a ADIN por omissão, o STF deverá dar ciência ao Poder ou órgão competente para, se for um órgão administrativo, adotar as providências necessárias em 30 dias. Caso seja o Poder Legislativo, deverá fazer a mesma coisa do órgão administrativo, mas sem prazo preestabelecido. Uma vez declara a inconstitucionalidade e dada a ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com seus efeitos.

Os efeitos retroativos da ADIN por omissão são *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo.

Dessa maneira a a da decisão nesse tipo de ADIN tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.

Não cabe a concessão de medida liminar nos casos de ADIN por omissão.

c) Interventiva

A representação interventiva é uma medida excepcionalíssima prevista no artigo 34, VII da CF e fundamenta-se na defesa da observância dos Princípios Sensíveis. São assim denominados, pois sua inobservância pelos Estados-membros ou Distrito Federal no exercício de suas competências, pode acarretar a sanção politicamente mais grave que é a intervenção na autonomia política.

Dessa maneira, toda vez que o Poder Público, no exercício de sua competência venha a violar um dos princípios sensíveis, será passível de controle concentrado de constitucionalidade, pela via de ação interventiva.

Quem decreta a intervenção é o chefe do Poder Executivo (Presidente da República), mas depende da requisição do Supremo Tribunal Federal, o qual se limitará a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

Esse tipo de ADIN pode ser espontânea ou provocada. A espontânea é aquela que é decretada por vontade própria. Já a provocada é provocada por algum poder ou órgão.

A representação interventiva é uma ação que possui uma natureza (finalidade) jurídico-político. Ao ser violado o princípio sensível pelo governo e o STF processar e julgar procedente a representação interventiva, o Presidente da República fica obrigado a expedir o decreto interventivo, suspendendo os efeitos da lei, para que deixe de utilizá-la por ser inconstitucional.

Assim, declara a inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual. Essa é a dimensão jurídica. Caso o governo insista, o Presidente vai expedir um novo decreto afastando o governador do cargo. Com isso, decreta a intervenção

federal no Estado-membro ou Distrito Federal, constituindo-se um controle direto, para fins concretos. Essa a dimensão política.

Na ADIN por intervenção, não é viável a concessão de liminar.

A legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por intervenção, está prevista na CF, artigo 36, III.

Essa espécie de ADIN é provocada por requisição. Uma vez decretada a intervenção, não haverá controle político, pois a CF exclui a necessidade de apreciação pelo Congresso Nacional. Sua duração, bem como os limites, serão fixados no Decreto presidencial, até que ocorra o retorno da normalidade do pacto federativo.

2) Ação declaratória de constitucionalidade (ADC):

A ação declaratória de constitucionalidade é uma modalidade de controle por via principal, concentrado e abstrato, cuja finalidade da medida é muito clara : afastar a incerteza jurídica e evitar as diversas interpretações e contrastes que estão sujeitos os textos normativos.

Há casos em que câmaras ou turmas de um mesmo tribunal firmam linhas jurisprudenciais contrárias. Isso tudo envolve um grande número de pessoas, onde por essa razão se faz necessário uma segurança jurídica acerca das razões de interesses públicos, a qual é estabelecida pela ação direta de constitucionalidade, para assim tornar mais rápida a definição do Poder Judiciário.

De acordo com o artigo 102 da CF, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a ação declaratória constitucional.

Em relação a legitimidade para a propositura dessa ação a Carta Magna elenca em seu artigo 103 e também no parágrafo 4.. Todos os agentes políticos e órgãos previstos no dispositivo constitucional possuem legitimação universal e extraordinária, bem como capacidade postulatória.

Apenas poderá ser objeto desse tipo de ação, lei ou ato normativo federal, com o pedido de que se reconheça a compatibilidade entre determinada norma infra constitucional e a Constituição.

Uma vez proposta a ação declaratória, não caberá mais desistência e nem intervenção de terceiros. A decisão será irrecorrível em todos os casos, admitindo-se apenas interposição de embargos declaratórios.

A declaração de constitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal.

Enfim, uma norma que era válida agora mais do que nunca continua sendo, apenas tendo sido reafirmada sua força impositiva.

3) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF):

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação constitucional, pois está prevista na Constituição Federal que funciona como parte integrante e complementar do sistema concentrado.

Seu texto vem previsto na CF, artigo 102, parágrafo 1o e foi regulamentada pela lei no 9882/99.

De acordo com o que reza a lei 9882/99, em seu parágrafo 1o, a ADPF terá a finalidade de “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público”. Pode se entender que preceitos fundamentais são decisões políticas e rol de direitos e garantias fundamentais.

Assim, a ADPF tem duas finalidades que são a preventiva e repressiva, de evitar ou reparar lesão não só a preceito fundamental, mas também de ato do poder público seja este normativo ou administrativo.

A doutrina se utiliza duas espécies de ADPF, que são:

a) Arguição autônoma- pode ser inserida no artigo 1o da lei em questão, por ter como objetivo prevenir ou reprimir lesão a algum preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Logo, essa espécie tem como pressuposto a inexistência de qualquer outro tipo de meio eficaz que possa evitar a lesividade.

b) Arguição incidental- essa espécie enquadra-se no inciso I do artigo e lei anteriormente citados. A arguição incidental, ou por equiparação em relação ao seu objeto, é mais restrita e exigente. Isso se justifica pelo fato de que para propô-la deve existir controvérsia de extrema relevância a lei ou ato normativo federal, estadual, ou municipal e tam bem as anteriores a atual constituição.

Nas duas espécies de ADPF, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a ação de acordo com os procedimentos corretos. Essa ação é proposta perante o STF, o qual irá apreciar a questão para posteriormente, caso ache procedente, processar e julgar.

De acordo com o artigo 2o, I da lei, pode ajuizar uma ADPF os mesmos legitimados para a ADIN, onde estes são os que estão previstos no artigo 103 da CF. Os legitimados têm que se ater a alguns requisitos como capacidade postulatória, legitimação universal e a relação de pertinência temática.

O teor do princípio da subsidiariedade (que é visto por muitos como uma regra) está inserido no artigo 4o parágrafo 1o da lei 9882/99. Desse artigo pode-se entender que ele possui requisitos extremamente específicos, que torna essa regra tão importante que com a ausência dele, não poderia ser proposta uma ADPF.

Como regra geral, o juízo da subsidiariedade, há de ter em vista a verificação da exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial.

É através desse princípio que torna-se possível a utilização de ADPF, quando não existir nenhum outro meio de caráter objetivo, apto a acabar, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional relevante, de forma ampla, imediata e geral.

O fato primordial é a solução que esse princípio é capaz de produzir, por ter uma natureza objetiva, seu caráter é vinculante e contra todos.

Com isso, a subsidiariedade desse princípio deve ser invocada para casos estritamente objetivos. Onde a realização jurisdicional possa ser um instrumento disponível capaz de sanar, de maneira eficaz a lesão causada a direitos básicos, de valores essenciais e preceitos fundamentais contemplados no texto da CF.

Referência bibliográfica

Barroso, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Sobre o autor

Mariana de Moura A. A. Machado (marocaalves@bol.com.br)

Estudante de Direito

Fonte: Site www.direitonet.com.br