

## **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Prof. Márcio Luís

[marcio.luis@uol.com.br](mailto:marcio.luis@uol.com.br)

9983-7852

3915-0088

Livros/ textos indicados:

1. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor;
2. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor;
3. REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da constituição? Do poder moderador ao supremo tribunal federal*. Belo Horizonte: Mandamentos.
4. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: o guardião da constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmidt*. Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 164, out/dez 2004, pp. 87-104.

## **8 de março**

O controle de constitucionalidade nos países democráticos tem ganhado relevância em face da crescente influência constitucional sobre questões sociais.

É matéria instrumental e processual que pode envolver questões de diversas áreas do direito.

### **1. ORIGEM DO CONTROLE**

Aristóteles já falava em uma norma fundante. Analisou mais de 180 normas desse tipo das cidades-estados. John Locke e Montesquieu também estudaram a respeito.

A origem do controle está nos Estados Unidos, que receberam uma grande influência do *common law* inglês, enraizado no séc. XII. Formou-se a ideia da jurisprudencialização do direito, quando mal existia lei formal.

Também vem da Inglaterra medieval a ideia de direitos e garantias fundamentais (Carta Magna, notadamente).

Começaram a existir sistemas constitucionais locais nas colônias do centro-norte da América do Norte (Virginia, Nova Iorque).

**1803 – Marbury x Madison** – caso marcante levado à Suprema Corte, já nos EUA independentes. O Judiciário era, ainda, um órgão quase do Executivo, administrativamente pouco independente.

John Adams (ex-presidente) e Thomas Jefferson (presidente) tinham posições políticas opostas (federalista e anti-federalista, respectivamente). Marbury era um dos juizes indicados por Adams, para

favorecer a causa federalista, e Madison era Secretário de Estado de Jefferson, que deixou de empossar os juízes indicados por Adams. Entrou, pois, com uma ação de competência originária da Suprema Corte.

O Juiz John Marshall era o presidente da Corte e era inimigo político de Jefferson e amigo pessoal de Adams (indicado por ele, após ser Ministro da Justiça em seu governo) e, nesse contexto, daria uma decisão contra o Presidente Jefferson, que, entretanto, não se subordinaria a uma ordem do Judiciário.

Uma lei de 1794 é que fazia com que esse caso fosse julgado na Suprema Corte, mas não havia fundamento constitucional para tanto. Marshall, assim, reconheceu a inconstitucionalidade desta lei e a incompetência da Suprema Corte. Ficou afirmado o princípio da supremacia da Constituição e a autoridade da Suprema Corte, fortalecendo o Judiciário. Da mesma forma como o Legislativo não poderia editar lei contra a Constituição, também não poderia o Judiciário aplicar lei inconstitucional.

### **1804 – Flying Fish Boat Case / Little x Barreme**

Contexto da guerra entre EUA e França (presente na Antilhas). Havia uma lei autorizando a apreensão de navios norte-americanos comercializando com a França. O presidente Adams decretou o cumprimento da lei, mas de forma mais ampla (barcos e mercadorias de qualquer nacionalidade).

Little era o comandante que mandou prender o barco de Barreme. O barco (Flying Fish) era de origem norueguesa. Marshall decidiu a ação de natureza indenizatória contra Adams, sustentando que o Presidente está submetido à Constituição e não poderia restringir direito decorrente da Lei por Decreto.

O contrato social de Rousseau foi aplicado na prática pelos norte-americanos (continuando o que já tinham começado os ingleses), que passaram o poder, antigamente focalizado em centros de poder (pessoas), para um documento, não personificado – formalizou-se, portanto, a Constituição, que, se não é de ninguém, passou a ser de todos.

## **2. SISTEMAS DE CONTROLE**

O primeiro sistema é o judicial review (estadunidense).

O Judiciário deve rever leis editadas pelo Legislativo e atos da Administração. O Judiciário afirma sua independência e, mais, passa a rever os atos dos outros poderes.

Paralelamente, formou-se o sistema francês (sistema político), também no séc. XIX.

Após a Revolução, a França passara, em 10 anos, por uma democracia liberal, uma ditadura e a tentativa de um sistema democrático, que acabou por ser uma oligarquia. Depois desse período conturbado, entrou na era napoleônica.

Diferentemente da tradição inglesa, os franceses não confiavam nos juízes, pois eram indicados por proximidade com a nobreza, sendo, portanto, parciais e corruptos (muitos morreram na guilhotina durante a Revolução). Disso decorreria que, ainda hoje, não há unidade de jurisdição na França – há uma justiça administrativa e uma justiça comum.

Quem seriam, afinal, os juízes para rever atos do Parlamento? O controle deveria ser pelo próprio Parlamento, configurando um sistema

político. O Conselho de Estado era um órgão do Parlamento ocupado por membros indicados pelo Parlamento e Executivo. Questões de constitucionalidade de lei eram levadas ao Conselho de Estado, cuja decisão deveria ser respeitada pelos Juízes. Daí, aliás, a força da Escola da Exegese e do positivismo, e a ideia de que os juízes eram a boca da lei.

As repúblicas presidencialistas que se formaram na América em processo de independência seguiram fortemente o sistema estadunidense (Brasil excluído). A Europa continental, por influência da expansão napoleônica, teve forte referência no sistema francês/político.

**Sistema austríaco/alemão.** A Áustria havia perdido a 1ª Guerra e faria sua Constituição. Kelsen assessorou a Constituinte austríaca. Era a era do positivismo e da autonomia das ciências (em relação à teologia, marcadamente). O direito tentava se afirmar como ciência, como racionalidade autônoma. Kelsen era, originalmente, um matemático e daí sua fórmula: *Se A é, B deve ser*.

Na constituinte austríaca, Kelsen considerou os problemas dos outros dois sistemas. Quem faz a lei tem uma legitimidade democrática. Os juízes, por sua vez, não a tinham. Por outro lado, os próprios parlamentares careciam de legitimidade para rever o que eles mesmos fizeram.

## 15 de março

Como visto, para Kelsen, o controle de constitucionalidade não cabe nem aos juízes (sem representatividade) nem aos políticos (sem imparcialidade). Para ele, deveria haver um quarto órgão, além dos três poderes: uma Corte ou Tribunal Constitucional, que seria jurisdicional, mas não judicial, isto é, que não resolvesse lides relacionadas a casos concretos. Na Áustria, tal Corte era integrada por técnicos, oriundos de diversos órgãos, com mandato de 9 anos – eram indicados membros de cada órgão, para que o Parlamento elegeisse a composição do Tribunal. As questões poderiam ser levadas ao Tribunal, o único que poderia analisar a constitucionalidade, mas ele sempre daria uma resposta em abstrato, que vincularia todos os poderes. Era um sistema de controle de constitucionalidade concentrado.

Essa ideia se perdeu nas décadas 1920-1940, com a ascensão dos regime totalitários/ autocráticos.

Opunha-se a Kelsen, Carl Schmidt. Para ele, numa situação de normalidade, o controle caberia ao Parlamento, que tem representatividade e quem faz a lei. Contudo, em situações de crise e de guerra, caberia o controle ao Führer, por ser aquele que toma decisões, conduz a nação, no momento de crise. Ele é, portanto, quem tem o controle para sair dessa crise.

O sistema austríaco ganha uma grande força no pós-guerra. A partir de 1949, a Alemanha adota esse modelo, de 1947, a Itália, e, ainda, Espanha, Portugal... até a própria França, hoje, aproxima-se desse terceiro sistema, embora ainda haja resquícios do sistema francês propriamente dito. Quase toda a Europa Continental adota esse sistema. A partir desse momento, também, o sistema passa a adotar instrumentos de participação democrática, como o *amicus curiae*.

O sistema estadunidense, por sua vez, é adotado em quase toda a América.

### **3. CONTROLE NO BRASIL**

Portugal, no início do século XIX (época em que o Brasil começou o processo de independência), era uma monarquia absoluta de déspota esclarecido e adotava o sistema francês.

A Constituição de 1824 vai na mesma linha do sistema francês, na contramão de outros países latino-americanos que seguiram o estadunidense. Nesse contexto, o Imperador era chefe do Poder Executivo, junto ao 1º ministro (Assembleia Nacional), e detinha o Poder Moderador – era um Parlamentarismo às avessas. Era um controle político. Dom Pedro II utilizou-se muito de sua competência de controle para deixar de aplicar normas que entendia inconstitucionais (“considerando que...”).

A Constituição Republicana de 1891 reflete os ideais políticos de Rui Barbosa, que tinha forte influência estadunidense. Rui Barbosa era na prática o vice presidente, com forte influência sobre o Presidente Teodoro da Fonseca. A Constituição, assim, era bem parecida à estadunidense. O controle de constitucionalidade, destarte, segue o *judicial review* norte-americano, sendo predominantemente judicial, ainda que ainda tenha traços políticos.

No sistema estadunidense, o precedente deve ser respeitado, não se pode ir contra um *leading case* decidido pela Suprema Corte – a não ser que procedido o *distinguishing*. Aqui, não se obedeceu isso. O juiz tinha muita autonomia para desconsiderar os julgados do Supremo, e o precedente judicial não tinha uma autoridade fora do caso concreto em que era firmado – isso era um grave defeito.

Havia nessa época um forte federalismo, no qual havia um prejuízo ao poder da União em face do Poder político dos Estados (MG e SP).

Constituição de 1934 – Saíamos de um grande fracasso político-institucional, pretendendo-se consertar o problema do controle anteriormente adotado. O senado era um órgão de gestão, muito pouco legiferante. Quando o Supremo decidisse pela inconstitucionalidade de uma norma em controle difuso, o Senado era informado e podia suspender a norma, que não mais poderia ser aplicada pelos juizes. Era um controle que facultava ao Senado uma conveniência política em suspender ou não a norma.

• Tal ideia está presente na CRFB/88 (aplicável, por óbvio ao controle difuso; no concentrado, a decisão já é vinculante):

Art. 52. 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;

Representação para a intervenção federal: qualquer intervenção do governo federal nos Estados deve ser autorizada pelo Supremo, para evitar abusos. Hoje há a ADIN interventiva.

“Constituição” de 1937 – Getúlio Vargas estava no governo provisório instituído pela Constituição de 1934, pelo que ele não poderia se reeleger para continuar no poder a partir de 1938. Dá, contudo, o Golpe de 1937. Até 1945 (?), ele deixou fechada a Câmara e o Senado, criando o instrumento do

Decreto Lei. Formalmente, o controle de 1934 continua, mas sem a mesma eficácia, já que não havia Legislativo. Na Constituição, inclusive, havia uma cláusula que facultava a Getúlio a suspensão de direitos fundamentais; também não cabia judicialização das decisões políticas, mediante, por exemplo, *habeas corpus* de crimes políticos.

Constituição de 1946 – processo de redemocratização do país. A sucessão imediata de Vargas foi o Ministro José Linhares (Presidente do STF). Em seguida, Dutra é eleito presidente. “Getúlio Vargas: o sujeito oculto da Constituinte de 1946”: José Linhares e Dutra tinham sido colocados nos respectivos postos por Getúlio, tanto que em 1950 ele é eleito presidente de novo.

O modelo de 1946 adota, integralmente, o sistema de 1934. A curiosidade é que, em 1965 (após o golpe, antes da Constituição de 1967), houve uma Emenda (n. 16/65) que foi muito relevante para o controle de constitucionalidade. Previu o que seria o equivalente atual da ADI genérica, para a qual estava legitimado apenas o PGR.

## 22 de março

A emenda de 1965 à Constituição de 1946 criou a representação direta de inconstitucionalidade ( ADI) pelo Procurador Geral da República. O PGR era de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República e o MP como um todo não tinha a mesma autonomia funcional. A isso, acrescenta-se o contexto ditatorial para constatar que a figura não era muito utilizada ou efetiva para o controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1967 incorpora todas as formas de controle de constitucionalidade anteriores.

Para o professor, as Constituições de 1937 e 1967 não instituem realmente um sistema constitucional.

### Constituição de 1988

#### Inovações originárias:

O controle difuso foi mantido – os juízes podem declarar inconstitucionalidade de lei (com a ressalva da reserva de plenário nos Tribunais).

Ampliação das garantias constitucionais → ajudam a fazer o controle. O MS coletivo e ação popular passaram a constar da CR, manteve-se o HC, criaram-se o *habeas data* e o mandado de Injunção.

Controle concentrado – ADI genérica: ampliou-se o rol de legitimados (diversos órgãos, autoridades e instituições públicas e privadas, ao passo que antes era só o PGR). Destaca-se que a sociedade civil (entidades de classe/ científicas e religiosas, por exemplo) passou a ter acesso a esse mecanismo de controle direto.

As ações coletivas também dão outro enfoque ao controle de constitucionalidade.

#### ADI por omissão:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias

**[GT1] Comentário:** Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

I - o Presidente da República;  
II - a Mesa do Senado Federal;  
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

VI - o Procurador-Geral da República;  
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;  
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4.º - [\(Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Já adotada no sistema alemão há 60 anos. Seria uma ação das mais relevantes para o sistema, já que permite uma discussão sobre vários temas, com base em ato ou omissão. Preceito é norma: princípio ou regra. Pode-se discutir, por exemplo, o direito a creche para as crianças, a descriminalização do aborto.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [\(Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93\)](#)

O MP passou a ter autonomia funcional, não é mais dependente do Executivo (antes, MP, Defensoria e Advocacia Pública tinham a mesma carreira).

Arts. 34, 35 e 36 da CRFB: representação por intervenção foi mantida e ampliada.

#### Inovações por reformas:

Criação da ADC – Ação declaratória de constitucionalidade (EC n. 03/93). A ADC recebe muitas críticas por ter sido criada por conveniência da Presidência, para assegurar prerrogativas da Administração. Não tem grande utilidade.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)

EC n. 45/04 – criou a Súmula Vinculante. Desde 1891 há o problema da falta de vinculação ao precedente. Quando o STF aprecia uma matéria ele tem a possibilidade de editar a súmula vinculante, a qual vinculará a Administração, o Judiciário e o Legislativo (não nas funções legislativas, mas nas suas funções de concretude, de aplicação da norma).

É um poder normativo do Supremo. O descumprimento de SV facultada ao indivíduo lesado a reclamação diretamente ao STF, que ordenará a sua observância.

Art. 102. (...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

Cláusula de Repercussão Geral: por influência do sistema norteamericano, o recurso extraordinário passa a ter como requisito a repercussão geral, ou seja, a relevância e transcendência da matéria discutida. Foi positivo inclusive para a redução da exagerada quantidade de ações.

O STF analisa um ou alguns casos cuja decisão repercutirá nos demais.

Art. 102. (...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

Entende-se que tais mudanças não engessam o sistema, visto que ainda há possibilidade do *distinguishing*, revisão da Súmula Vinculante.

Criação do CNJ e do CNMP – controle do Judiciário e do MP. O CNJ foi responsável pela vedação do nepotismo, via ADPF.

#### Alterações Infraconstitucionais

Lei n. 9.868/99 – processamento da ADI, da ADC e da cláusula de reserva de plenário nos tribunais.

Lei n. 9.882/99 – ADPF

A primeira lei, principalmente, foi muito importante para o controle, sobretudo no contexto democrático.

*amicus curiae* – a discussão não fica apenas no plano jurídico, diversificando a matéria. Ex: discussão sobre os fetos anencéfalos, que envolve questões religiosas, científicas...

Lei n. 11.417/06 – regulamenta a cláusula de repercussão geral

Lei n. 11.418/06 – regulamento da súmula vinculante

Em dezembro de 2011 veio a Lei n. 12.562, como decorrência do caso do mensalão em Brasília.

#### **LEI Nº 12.562, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2011.**

Regulamenta o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal.

### **4. PRESSUPOSTOS**

**a) Princípio da supremacia da Constituição.** A constituição é referência para as outras normas.

**b) Princípio da unidade da Constituição.** noção de harmonia dos dispositivos constitucionais. O que advém da própria constituição pode gerar conflitos aparentes, que pedem a harmonização – ponderação de preceitos.

Essa noção foi construída sobre a concepção do direito como ordem jurídica. Hoje novas noções têm surgido:

Tradicionalmente (desde a época de John Marshall), entende-se que, se a norma é incompatível com o ordenamento, ela é nula de pleno direito. Começou-se a perceber que os pressupostos da supremacia e da unidade não condizem com a complexidade do ordenamento, fazendo-se necessário, conforme o caso, uma modulação de efeitos, uma convalidação das situações pretéritas, presentes *etc.*

## 5 de abril

O constitucionalismo ocidental, oriundo da modernidade, baseia-se na ideia da proteção; da emancipação do indivíduo, do pensar, da coletividade, dos grupos; e da plenipotencialização do indivíduo e da coletividade.

Disso decorre a essência do constitucionalismo: direitos, garantias e deveres, individuais e coletivos, fundamentais.

Devem ser protegidas a minorias, o interesse da maioria não pode excluir os grupos minoritários.

### **c) Princípio da referencialidade.**

A Constituição sinaliza para o sistema – as normas e os atos jurídicos – a referência acima delineada, o núcleo de direitos, garantias e deveres.

Depois da 2ª guerra, passou-se a rever o direito – direitos, garantias e deveres – para que esteja de acordo com essa referencialidade, com os ideias de proteção/ emancipação/ plenipotencialização.

É o que ocorreu, por exemplo, com relação ao reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos.

A referencialidade é a leitura e releitura do direito à luz do texto constitucional – uma “filtragem”, que também propicia a absorção de mais direitos e garantias e, conseqüentemente, de deveres que deles decorram.

### **d) Princípio da autorreferencialidade.**

Essa noção de proteção/ emancipação/ plenipotencialização é um referencial não só no âmbito infraconstitucional, mas também no da própria Constituição.

É com base nisso que surge a ideia da modulação de efeitos, isto é, mesmo que uma lei seja inconstitucional, pode-se modular efeitos na hipótese em que a declaração de inconstitucionalidade puder violar mais direitos do que a própria inconstitucionalidade. Embora seja inválida a norma inconstitucional, sua validade pode ser mantida em modulação de efeitos para preservar a coerência do texto constitucional.

Decorre da autorreferencialidade:

1. A Constituição não permite que sua lógica seja violada, nem por ela própria.

2. Normas de hierarquia inferior à Constituição que tragam maior proteção devem prevalecer.

3. Estende-se, nesse sentido, a ideia de controle – interpretação conforme à constituição, por exemplo.

Diante disso, o controle de constitucionalidade hoje não pode ser interpretado apenas pelos princípios de supremacia e unidade da Constituição, mas deve incluir também as noções de referencialidade e autorreferencialidade.

### **e) fundamento último de validade do sistema**

A validade tem duas dimensões:



- Formal: 1. Competência: investidura pelo sistema; o que pode ser feito e qual o limite, sob pena de desvio de poder.  
2. Processo de elaboração: de uma norma, de uma sentença (devido processo legal),
- Material: Permissibilidade do conteúdo → o sistema deve permitir o conteúdo da norma ou ato, considerando que a Constituição é um conjunto normativo de princípios.  
Ex.: - a concessão de benefício fiscal deve estar em lei específica, a qual, portanto, não poderá dispor sobre questões estranhas à matéria;  
- a criação de um tipo penal não pode prever uma pena maior que 30 anos e nem, por outro lado, deixar de prever uma pena.

Entre a Constituição e o ato, podem haver várias normas, mas a finalidade última é o respeito à Constituição.

Art. 5º, II – princípio da normatividade jurídica → lei aqui quer dizer: norma jurídica válida, validade esta constatada a partir do sistema.

## 12 de abril

### **f) fundamento último de legitimidade do sistema**

O controle de constitucionalidade é o mecanismo de proteção do **fundamento último de validade do sistema**.

Quanto à validade, refere-se aos aspectos formal e material, quer seja de leis, de atos de particulares, de atos da administração *etc.*

- Formal: 1. Competência  
2. Processo de elaboração
- Material: Permissibilidade do conteúdo.

*Supra-infra-ordenação* (Kelsen): uma norma inferior deve, necessariamente, adequar-se a uma norma superior.

Nos Tribunais de Nuremberg, quando do julgamento dos juízes e promotores do III Reich, discutiu-se se estes poderiam ser punidos por cumprir normas válidas, conforme a Constituição. Com base nessa questão, chegou-se a conclusão que o sistema de Kelsen servia para qualquer realidade, seja ela autocrática ou democrática.

Portanto, tentou-se elaborar uma teoria que garantisse um sistema constitucional “bom”. O Direito não é visto apenas como um sistema de validade de normas, mas necessita também de uma legitimação, que hoje, no mundo ocidental, está essencialmente ligada à democracia. Legitimação democrática do direito é a previsão pela Constituição de procedimentos de participação democrática, plural, além de garantias e direitos fundamentais, inclusive entre particulares (eficácia horizontal).

A Constituição, destarte, deve ser não só o fundamento último de validade, mas, também, o **fundamento último de legitimidade democrática**.

Historicismo x Jusnaturalismo: para o professor, direitos são conquistados historicamente (não existem direitos naturais). A tradição dentro do constitucionalismo é que os direitos já conquistados devem ser protegidos, sob pena de se retroagir.

Sabe-se que a história não é linear: os direitos e garantias são protegidos do retrocesso, excetuadas as situações de crise; os aspectos econômicos, políticos *etc.* estão sujeitos à retrocessão.

**Duplo fundamento último de validade:**

Em alguns países, há dois fundamentos últimos de validade e de legitimidade do sistema: é o caso da União Europeia. Na França, por exemplo, o fundamento último em matéria previdenciária é a Constituição Francesa; já em matéria monetária, a França delegou a regulação do sistema para a União Europeia.

**g) presunção de validade e legitimidade dos atos e normas dentro do sistema**

Diante desse pressuposto, todos os atos e normas, a princípio, nos vinculam.

Vigência: Validade + Legitimidade:

- eficácia;
- aplicabilidade;
- heteronomia;
- dever de observância (do destinatário);
- dever de execução (de quem deve cumprir o mandamento).

Obviamente que a presunção de validade e legitimidade é relativa, devendo o ato ou norma ser cumprido e respeitado até que, eventualmente, tal presunção venha a ser desconstituída.

Para contestar a presunção, deve-se buscar o método jurídico pertinente, diante do órgão competente.

Como se caracteriza a desobediência civil nesse âmbito? É uma discussão que, por vezes, extrapolaria a presunção de que aqui se trata, na qual não se irá aprofundar.

• Obs: efeito *erga omnes* está ligado ao dever de observância (destinatário); efeito vinculante relaciona-se ao dever de execução (normalmente da administração).

Quem tem a competência para desconstruir a presunção? Vimos que a discussão acerca de quem é o guardião da Constituição pode levar a reconhecer essa competência no Judiciário, no Legislativo ou em um outro órgão.

**h) pluralidade de sistemas sociais**

O direito não é um sistema isolado dentro do sistema social.

- Juridicidade
- Politicidade
- Economicidade
- Moralidade
- Eticidade
- Religiosidade
- Cientificidade

São formas diversas de ler o mundo.

A economicidade, por exemplo, gira em torno de escassez e abundância; a moralidade, de certo e errado.

O direito analisa o mundo segundo a juridicidade e a antijuridicidade. Pode haver tabelamento de preços pelo Poder Público? Juridicamente é fácil conceber o tabelamento de determinado preço por um decreto, ainda que se possa dizer que há violação ao princípio constitucional da iniciativa privada. Mas o valor tabelado não muda a realidade econômica, de que o preço está sujeito aos custos de produção a aos fatores de mercado (oferta x procura). Diante de um caso de tabelamento de preços, o STF decidiu que isso não pode ser feito, porque a lógica de preços não é jurídica, mas de mercado. O Supremo, contudo, ressaltou o momento de crise, quando poderá haver tabelamento temporário de preços, sujeito a constante monitoramento e revisão.

No caso da anencefalia, também, discutiu-se a questão da pluralidade de sistemas, colocando o direito em face da ciência, da religião, da moralidade. Do ponto de vista científico, mostrou-se que certas vidas não têm viabilidade científica, posição esta que foi abraçada pela decisão jurídica do STF.

**A constituição é abertura do direito para a pluralidade de sistemas.**

Ex: falamos que a norma penal retroage para beneficiar o réu, embora a regra geral seja da irretroatividade do direito. Isso está ligado a um senso religioso/ moral/ ético de perdão.

**19 de abril**

## **5. PARÂMETROS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

É o referencial que será tomado por base para que se avalie a constitucionalidade da lei que é o objeto de tal controle.

Nos EUA, surgiu a noção de Constituição Formal: elaboração de um texto representativo da norma fundamental, adotando um procedimento representativo diferenciado, à vista da supremacia da Constituição.

- Constituição Formal + Bloco de Constitucionalidade

O bloco de constitucionalidade é integrado, por exemplo, pelos costumes constitucionais (como a "eleição" por aclamação do Presidente do STF).

É as normas implícitas? Compõem o bloco de constitucionalidade? Cumpre observar que, além das normas expressas, há dois tipos de normas não-expressas:

- Normas expressas
- Normas não-expressas

### **a) Adscritas**

Art. 5º, XII: estaria o email incluído nessa garantia? Como ela deriva, imediata e necessariamente, de uma norma expressa da Constituição, é considerada uma regra constitucional adscrita.

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no

último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Art. 5º, LXIII: está adscrito o direito a não produzir provas contra si mesmo.

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Foi nesse sentido, também, que o STF entendeu que são protegidas as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

**b) Implícitas** – deriva de uma noção de sistema constitucional.

Ex: Princípio do promotor natural (a despeito da discussão acerca da existência ou não).

As normas não-expressas também compõem o bloco de constitucionalidade.

Além disso: normas escritas, ainda que não sejam lei, também compõe o bloco de constitucionalidade.

No caso do nepotismo, por exemplo, a vedação começou com uma Resolução do CNJ, que, depois, foi reconhecida pela jurisprudência do STF, inclusive com a edição de súmula vinculante.

Prisão em flagrante delito: está referida na Constituição, mas é definida no art. 302 do CPP, que também passa a compor o bloco de constitucionalidade.

O bloco de constitucionalidade é um conjunto de normas, não formalmente constitucionais, de diversas naturezas de posituação, que têm conteúdo constitucional e que trazem repercussões imediatas na própria Constituição formal (aplicabilidade, eficácia).

Estas versam, portanto, sobre matéria essencialmente constitucional, influenciando no entendimento das normas constitucionais.

### **Qual é o nosso parâmetro de controle de constitucionalidade?**

Em alguns países, é a Constituição. Em outros, é a Constituição Total/ Global:

Constituição Total = Constituição Formal + Bloco de Constitucionalidade

Nesse sentido, considera-se, por exemplo, que, embora a constituição formal estadunidense seja pequena, ela é a maior do mundo. A Inglaterra, por sua vez, não tem Constituição Formal, mas tem um Bloco de Constitucionalidade muito sedimentado.

Art. 17, §4º, CRFB: a EC n. 52/06 alterou o entendimento que tinha sido adotado, um pouco antes, pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [Regulamento](#)

(...)

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, **sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou**

municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)

No Brasil, qual o parâmetro? Inclui toda a Constituição formal? Todo o bloco de constitucionalidade? O ADCT? O preâmbulo?

Art. 54 do ADCT:

Art. 54. Os seringueiros recrutados nos termos do Decreto-Lei nº 5.813, de 14 de setembro de 1943, e amparados pelo Decreto-Lei nº 9.882, de 16 de setembro de 1946, receberão, quando carentes, pensão mensal vitalícia no valor de dois salários mínimos.

§ 1º - O benefício é estendido aos seringueiros que, atendendo a apelo do Governo brasileiro, contribuíram para o esforço de guerra, trabalhando na produção de borracha, na Região Amazônica, durante a Segunda Guerra Mundial.

§ 2º - Os benefícios estabelecidos neste artigo são transferíveis aos dependentes reconhecidamente carentes.

§ 3º - A concessão do benefício far-se-á conforme lei a ser proposta pelo Poder Executivo dentro de cento e cinquenta dias da promulgação da Constituição.

## 26 de abril

Há normas que são:

1- Material e formalmente constitucionais – art. 2º

2- Formal, mas não materialmente constitucional – (ex.: Colégio Pedro II)

3- Material, mas não formalmente constitucional – bloco de constitucionalidade, como a [SV 10](#).

Nos casos 1 e 2, em que há constitucionalidade formal, deve haver emenda constitucional para, eventualmente, alterar as normas. Logo, serão um parâmetro de controle de constitucionalidade.

Até esse ponto, firma-se a Constituição Formal como parâmetro do controle – assim considerou o Supremo na ADI n. 595.

O preâmbulo tem força normativa? Essa resposta indica se ele é ou não parâmetro.

A posição firmada no STF nos anos 90 e início dos 2000 era a de que o preâmbulo não tem força normativa. Hoje, embora o entendimento não esteja claro, segue-se uma teoria intermediária, considerando que o preâmbulo tem força normativa para fins hermenêuticos, e, portanto, necessitaria de respaldo em uma outra norma constitucional.

A propósito, vê-se que a Lei n. 9.868 (Lei da ADI) estabelece a necessidade de se explicitar o ato normativo impugnado e o dispositivo constitucional violado (parâmetro), com as consequências pretendidas – interpretação conforme, redução de texto, etc. Trata-se do chamado princípio da especificidade do pedido.

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será

[GT2] Comentário: [SÚMULA VINCULANTE Nº 10](#)

VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.

apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

E quanto ao bloco de constitucionalidade?

Pelo entendimento do STF na ADI 595, a parametricidade do controle é a seguinte:

Constituição formal (preâmbulo, se acompanhado de outra norma) + Princípios constitucionais adscritos/ implícitos – ou seja: apenas parte do que se entende por bloco de constitucionalidade.

Esse é o parâmetro referencial, mas não é o único.

É diferente, por exemplo, o parâmetro para análise de Emendas Constitucionais, já que, se fosse também a constituição formal, toda Emenda seria inconstitucional. Nesse caso, destarte, o parâmetro são os limites expressos e implícitos do Poder Constituinte reformador.

Ademais, será distinto também o parâmetro para a Constituição originária – o que está ligado, por exemplo, à questão do “sob a proteção de Deus” no preâmbulo.

## 6. NATUREZA JURÍDICA

Quando se pergunta pela natureza jurídica de algo, quer-se discutir a essência, o conteúdo – conceituar e qualificar (classificação) – disso, dentro de uma ciência específica.

Ex: a comoriência tem natureza jurídica sucessória ou processual? Em acórdão antigo do STF, foi decidido que é sucessória, por 6 votos a 5. A questão ainda não tem uma resposta clara e isenta de dúvidas.

Na essência, o controle é uma função do Estado. De natureza legislativa? Jurisdicional? De controle?

### 1) Legislativa:

Isso foi discutido no caso *Marbury vs Madison*. O Congresso dos EUA, no exercício da função legislativa, editava as leis; a Suprema Corte, numa **função legislativa negativa (desconstitutiva/ despositivadora)**, poderia expurgá-la do Direito.

Isso remete à questão: quem é o guardião da Constituição? Por essa teoria, o STF e o Congresso fariam a mesma função – no sentido negativo e positivo, respectivamente.

Art. 49. 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;

(...)

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

Note-se que, no Brasil, o STF não é mero “legislador negativo” – basta ver os casos do aborto de feto anencéfalo, que criou uma nova excludente para o tipo de aborto do CP, além das duas ali já previstas.

[GT3] Comentário: Controle de Constitucionalidade pelo Legislativo

[GT4] Comentário: E a Súmula Vinculante?

## 3 de maio

### 2) Jurisdicional:

Jurisdicção é a função estatal que visa a solver lides, de forma definitiva. Lide é um conflito de direitos e deveres (subjettivos ou coletivos). O fundamento para tais direitos ou deveres deve estar no direito.

A lide deve ser concreta?

O entendimento clássico defende que a lide deve ser um conflito concreto de direitos e deveres. Assim não se explica a natureza jurisdiccional da ADI, por exemplo.

Outro posicionamento diz que a dúvida sobre a validade de elementos integrantes (ou a própria compreensão) do sistema (lide em abstrato) está sujeita à jurisdicção.

### 3) Controle:

Função de controle é uma função de monitoramento do sistema, para que, diante de determinada situação, tome-se as providências administrativas, legislativas e jurisdiccional cabíveis.

Seria uma quarta função do Estado, além das três tradicionalmente apontadas.

A doutrina clássica (e majoritária, ainda hoje) defende, na esteira de Carl Schmidt, que a função de controle é legislativa.

Uma outra corrente bastante forte é a de que a função é jurisdiccional.

O Tribunal Constitucional Alemão tem passado a entender que a função é de controle. Essa corrente ainda é muito incipiente.

## 7. DEFINIÇÃO E OBJETO DO CONTROLE

Sabemos que o controle é uma função do Estado (legislativa, jurisdiccional ou de controle).

As funções do Estado **se realizam por meio de processos**.

Processo é um conjunto de procedimentos formais, interdependentes e sequenciais, por meio do qual se realiza uma função do Estado.

O processo judicial, que se trata de função jurisdiccional, tem as suas peculiaridades: sendo um conflito de direitos e deveres, fundados no direito, o contraditório, por exemplo, é uma consequência necessária.

Já no processo legislativo, tem-se a negociação, a "barganha", que não é admitida da mesma forma no processo judicial.

Diante disso, o controle é um processo de aferição da presunção relativa de validade (dependendo da corrente adotada, a referida aferição envolverá monitorar, legislar ou solver lides...).

### OBJETO:

a) atos normativos constitucionais originários, em relação (*i.e.*, parâmetro):

a. ao núcleo constitucional, também originário;

Núcleo constitucional é o conjunto de matérias jurídicas que estão na essência do que a sociedade entende como Constituição. É o art. 60 e o que decorre dele. Ex: desconcentração de funções, cláusula federativa, direitos fundamentais, limites ao poder de reforma, etc.

A tese da inconstitucionalidade originária foi defendida nos anos 50 pro Otto Bachof, perante o Tribunal Constitucional Alemão. Pelo princípio da unidade constitucional, o STF não admite essa tese. A Constituição poderia, de forma razoável, prever as exceções as garantias nela mesma previstas. Ex: a inelegibilidade dos analfabetos excetua a igualdade, uma vez que, para ocupar cargo público, a pessoa deve ser responsável.

## 24 de maio

### **OBJETO:**

- a) Atos normativos constitucionais originários, em relação ao núcleo constitucional, também originário (Otto Bachof) → STF não admite;
- b) Atos normativos constitucionais derivados em relação aos limites explícitos e não explícitos (adscritos/implícitos) do Poder Reformador; STF – ADI n. 939.

O art. 60 da CRFB traz limites expressos, materiais e formais.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Quais seriam os limites não expressos?

- A impossibilidade de alteração do próprio art. 60.
- Também o é a indelegabilidade do Poder Reformador.
- Ninguém pode invocar o Poder Constituinte Originário além da própria sociedade.

ADI n. 939 – IPMF (imposto sobre movimentação financeira).



O STF entendeu que os limites ao poder de tributar são garantias protegidas pelo art. 60. Assim, o poder constituinte derivado não poderia inobservar tais limites.

c) Atos normativos infraconstitucionais em relação à Constituição (dentro daquela parametricidade estudada anteriormente: Constituição formal + Bloco de constitucionalidade)

Os atos normativos podem ser:

- **Supralegais** (tratados sobre direitos humanos em sentido lato, isto é, incluindo os humanitários, não aprovados pelo Congresso).

Art. 5º (...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A aprovação pelo Congresso como Emenda é facultativa.

A assinatura/ratificação de tratado internacional tem natureza complexa: é decreto legislativo + decreto presidencial. Ressalte-se que o decreto legislativo é competência exclusiva do legislativo, na forma do art. 59, VI, de forma que o tratado será equiparado a lei federal.

Note-se que tais tratados estão acima também das leis estaduais e municipais.

- **legais/ equivalentes (por equiparação) – além dos formalmente legais.**
- **infralegais**

## 7 de junho

Vimos que o objeto do controle são os dispositivos legais, aqueles que resultam do processo legislativo, ou congêneres.

O art. 102 fala em “lei ou ato normativo”:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)

Não é, contudo, qualquer ato normativo, ele deve ter uma aproximação da lei, ser congêneres, ao menos materialmente.

Quanto à lei, também não será qualquer uma. Deve ser lei no sentido formal (processo legislativo, no sentido amplo – pode ser uma resolução do Senado) e material (tenha aspecto genérico: abstrato/hipotético e impessoal). É diferente da norma de efeitos concretos, que, quando é cumprida, exaure sua normatividade, não podendo ter sua aplicação repetida indefinidamente como a norma abstrata.

Quanto à impessoalidade, está nela incluído o direcionamento a todos os mesmo a uma classe específica (o autor, o réu, a vítima, os metalúrgicos, as empregadas domésticas, o presidente). Não pode ser

quando se direciona a uma pessoa física ou jurídica específica (fulano como cidadão honorário, determinada instituição como de utilidade pública).

O STF, para fins de controle concentrado, exige que a lei tenha passado pelo processo legislativo e que tenha caráter abstrato e impessoal).

A propósito:

#### SÚMULA Nº 347

O TRIBUNAL DE CONTAS, NO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES, PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS ATOS DO PODER PÚBLICO.

Assim, a lei de efeitos concretos estaria sujeita ao controle dos TCs e em controle difuso pelo Judiciário.

Contudo, no julgamento recente de liminar em ADIs, o STF deu possíveis indícios em um outro sentido, já que recebeu as ADI 4088 ou 4089; 4048 ou 4049.

O que seriam os atos congêneres, semelhantes à lei?

São atos normativos de competência constitucional fora do processo legislativo. Sempre impessoais e abstratos.

#### Exemplos:

##### **Poder Executivo:**

Um cargo, que é criado por lei, pode ser extinto por decreto do presidente (decreto autônomo permitido):

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre: [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#)

(...)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; [Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#)

Quanto ao decreto autônomo não permitido **sem** fundamento legal, há uma dúvida se seria objeto do controle concentrado.

O decreto autônomo não permitido **com** fundamento legal é aquele que excede a competência do decreto regulamentar (que é infralegal), sendo pois objeto do controle de legalidade e não de constitucionalidade (a inconstitucionalidade é reflexa).

Decreto regulamentar:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos **para sua fiel execução**;

##### **Poder Judiciário:**

- Os regimentos internos dos tribunais:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

Por exemplo, determinação de que o MS contra secretário de estado vai ser julgado pelo Grupo de Câmaras, pelas Câmaras isoladas, pelo Plenário ou pelo Órgão Especial.

- Resoluções do CNJ também são atos normativos sujeitos a controle, como a que proibiu o nepotismo. – Lembrando: desde que seja

[GT5] Comentário: Que, normalmente, são de efeito concreto.

impessoal e abstrata, não podendo ser, por exemplo, o afastamento de um Desembargador.

- Normas dos Conselhos da Magistratura (do STJ e do TST):

Art. 105 (...)

Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

• Os conselhos da Magistratura, cuja competência passou para o CNJ, emitiram, no passado, atos que hoje estão sujeitos a controle.

**Ministério Público:**

- Resoluções dos Conselhos Superiores do MP (análogas aos regimentos de tribunais).

- CNMP

**Tribunais de Contas:**

- Resoluções (arts. 73-75)

**Defensorias Públicas Estaduais**, depois da Emenda 45:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

(...)

§ 2º Às **Defensorias Públicas Estaduais** são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

DPU não está incluída aqui!

## 14 de junho

**Natureza primária** – as normas primárias resultam de competência normativamente atribuída. Incluem tanto aquelas decorrentes do processo legislativo quanto equiparadas.

**Súmulas Vinculantes:** São normas primárias (e, portanto, infraconstitucionais) ou constitucionais? O poder está previsto na Constituição, mas a autorização para sua edição é restrita à hipótese de o STF decidir uma questão reiteradamente. Elas estão sujeitas a processo de cancelamento/revisão, que pode ser instaurado inclusive de ofício. Para o professor, a SV tem uma natureza ambígua, dependente de sua matéria ser diretamente retirada da Constituição ou de forma apenas reflexa.

**Resoluções regulamentares da Justiça Eleitoral:** a Justiça Eleitoral exerce, como qualquer tribunal, funções jurisdicionais e administrativas, mas, nestas últimas, ela tem muito mais prerrogativas do que os outros tribunais, como: administrar o processo eleitoral e as eleições. Tem

também uma função correicional e de monitoramento diferenciada, por envolver terceiros no processo eleitoral:

**TSE Súmula nº 18** - DJ 21, 22 e 23/8/2000.

**Poder de Polícia - Legitimidade - Procedimento - Multa - Propaganda Eleitoral**

Conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a L-009.504-1997.

Tem também função consultiva, que nenhum outro órgão da Justiça tem: ela pode ser consultada sobre a possibilidade ou não de, por exemplo, marido e mulher concorrerem, pela primeira vez, como prefeito e vice em uma mesma chapa (é possível).

Finalmente, ela tem um poder normativo específico, para regulamentação do processo eleitoral (por exemplo, sobre infidelidade partidária). Ela pode editar resolução equiparada à lei, que suspende a eficácia (não revoga) de lei anterior que seja com ela incompatível. Nesse sentido, o Código Eleitoral tem muitas disposições que não são eficazes atualmente.

A Justiça Eleitoral edita um outro tipo de resolução – de natureza interpretativa – que não pode ser objeto de controle, vez que é semelhante a um decreto, de forma que a inconstitucionalidade é reflexa (primeiro ela é ilegal, e depois inconstitucional).

A competência em questão não está diretamente na Constituição (art. 121), mas sim em competência normativa delegada pelo Congresso Nacional: Código Eleitoral (arts. 26 e 30) – que, em parte, tem *status* de Lei Complementar – e Lei das Eleições (art. 105).

**Autarquias – Agências regulatórias:**

Não existiam no direito brasileiro, como se concebe hoje, até pouco tempo – havia apenas indícios, como o Banco Central. Com as reformas na década 90, elas passaram a ter um poder normativo excepcional, relativo a aspectos técnicos daquele setor, dado pela lei que criou essas agências (ANEEL, ANATEL, ANVISA *etc.*).

Essas normas podem estar sujeitas a controle de constitucionalidade? Entende-se que, desde que impessoais e abstratas, e desde que regulem aspectos técnicos em seu âmbito, essas normas tem natureza primária, em virtude de competência normativa delegada pelo Congresso Nacional. Esse é o entendimento da doutrina majoritária, após a decisão do STF na ADI sobre Res. BACEN.

Pois bem. Vimos que os atos normativos infraconstitucionais podem ser:

- supralegais
- legais/equivalentes
- infralegais

Os infralegais não são apreciados em controle de constitucionalidade, mas apenas em controle de legalidade. O STF só analisará se a causa for de sua competência originária, mas nunca em Recurso Extraordinário ou em controle concentrado.

Existem outros objetos de controle de constitucionalidade, que não são normas.

#### **d) Atos concretos do Poder Público, em relação à Constituição:**

São atos administrativos em geral, cujo controle pode ser feito pelas ações constitucionais.

Também, mediante a autotutela e o poder hierárquico, a Administração pode **invalidar** seus próprios atos, exercendo uma função de controle de constitucionalidade (note-se que a **revogação** não é controle de constitucionalidade).

Esses atos podem ser invalidados pela Administração, pelo Judiciário, pelo legislador (revogação de lei de efeitos concretos).

Quando se fala em atos concretos, está-se a incluir as condutas comissivas ou omissivas (exemplo: deixar de nomear quem está aprovado no concurso, abrindo novo concurso público).

Esses atos podem ser submetidos ao controle concentrado de constitucionalidade? Observe-se a Lei n. 9.882 (ADPF):

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição 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; ([Vide ADIN 2.231-8, de 2000](#))

Destarte, cabe ADPF em duas situações:

Grupo 1 – ato do Poder Público (ex: repressão à marcha da maconha)

Grupo 2 – norma

O controle de constitucionalidade, portanto, não é só judicial: é também pela Administração, pelos TCs, pelo Legislativo *etc...*

### **Monitoria – 20 de junho**

Modalidades do controle de constitucionalidade no Brasil

1) quanto à natureza do controle

a. político:

i. poder de veto alegando a inconstitucionalidade (art. 66, §1º, por simetria);

ii. por ação direta do governador ou do presidente

Descumprimento da lei inconstitucional: depois da CR/88, entende-se que já não é possível para o governador e ao presidente, porque estão legitimados para a ação direta; há um grupo minoritário que entende que o prefeito poderia descumprir a lei reputada inconstitucional.

iii. pelo Legislativo, por oposição ao veto do Executivo, revogar uma lei, sustar ato do Executivo, nas hipóteses prevista na CR...

b. judicial

2) Quanto ao momento

- a. Preventivo: o processo legislativo termina com a publicação. Preventivo é antes da publicação.  
Ex: CCJ – art. 58, veto pelo Executivo, MS contra PEC tendente a ferir cláusula pétrea,
  - b. Repressivo: após a publicação, inclui a *vacatio legis*.  
Ex: PL – 49, V, CR; pelo Judiciário
- 3) Quanto ao órgão judicial
- a. Difuso
  - b. Concentrado
- 4) Quanto ao modo/forma
- a. Via incidental (concreta)
  - b. Via principal (abstrata), por ação direta: ADI genérica, ADC, ADPF, ADI por omissão, representação para intervenção.

## 21 de junho

### **d) Atos do Poder Público em relação à Constituição (continuação):**

É possível o controle difuso ou o concentrado, pela ADFP. Para o controle difuso, o parâmetro é a Constituição; para o controle em ADPF, o parâmetro é o preceito fundamental.

Entre os preceitos fundamentais, o STF entende que estão os direitos, garantias e deveres fundamentais, o que inclui o art. 5º e, do art. 6º ao 17, apenas aquilo que o STF entendesse como princípio garantidor da individualidade ou da coletividade. Do restante da Constituição, também se poderiam extrair preceitos fundamentais, como os limites ao poder de tributar, a proteção à família (união homoafetiva), direito de acesso ao ensino fundamental, proteção ao meio ambiente para proteger a coletividade, princípios da Administração Pública *etc.*

### **e) Atos do Poder Privado em relação à eficácia “horizontal” dos direitos, garantias e deveres fundamentais**

Começou-se a discutir a possibilidade de controle de um quinto objeto: os atos do Poder Privado.

RE 201.819/RJ – primeiro precedente de controle de constitucionalidade de ato privado.

Uma pessoa foi expulsa de uma associação por descumprir cláusulas do Estatuto, sem ser dada a ele a oportunidade de defesa. O posicionamento que prevalecia há muito era de que ato do poder privado não viola a Constituição diretamente, mas de forma reflexa, a partir da violação da lei. O controle já tinha passado por uma evolução quando se reconheceu que os atos de particulares investidos em função pública são passíveis de controle.

Deve ser ressaltado, contudo, que o poder privado, muitas vezes, é maior que o poder público, numa relação de poder assimétrica. Não se está a falar de uma assimetria de costume (jurídica), como a relação de pai e filho, mas sim uma assimetria de poder, em situações como a relação empregado-empregador.

Trata-se da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais. Estes casos só chegam ao STF por controle difuso.

#### **f) Omissões em relação ao dever de implementação de normas constitucionais**

Não são quaisquer omissões, mas casos específicos em que o Poder Público tem o dever de implementar a Constituição e não o faz. Não é, por exemplo, a não expedição de um certidão, caso em que a omissão derivada do não cumprimento de um dever decorrente da Constituição.

José Afonso da Silva: as normas de eficácia plena ou contida não precisam ser implementadas. As primeiras não dependem de regulamentação e já têm eficácia máxima por si. Deve avaliar se a eficácia é plena a partir da norma constitucional e não do texto isolado de um ou outro artigo. As de eficácia contida (contível) são aquelas que podem ser regulamentadas, mas não precisam ser, por exemplo:

Art. 5º (...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;**

O controle por omissão tem por parâmetro um terceiro tipo de norma, as de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata (indireta).

Há três tipos de normas de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata (indireta): **princípio institutivo** (cria ou estabelece instituto jurídico que depende de regulamentação; por exemplo: flagrante delito), **organizativo** (a Constituição cria um órgão que depende de organização; ex: tribunal do júri) e **programático** (a Constituição cria uma ação do Estado que depende de regulamentação; ex: acesso à saúde, educação *etc.*).

ADI por omissão: deve-se fazer três indicações:

- O dispositivo é de eficácia limitada, por ser princípio institutivo, organizativo ou programático.

- Não existe norma regulamentadora, ao menos em parte.

- Alguém não cumpriu o seu dever de implementar a norma.

Obs.: Há 11 diferenças entre a ADI por omissão e o Mandado de Injunção.

## **25 de junho**

Terminado o estudo do objeto do controle (7), passa-se à análise de algumas características do controle (8).

### **8. Características do Controle:**

#### **1. Órgão de exercício do controle**

##### **a. Controle político** (Francês/ Schmitt)

Aquele exercido por órgãos essencialmente na função política, isto é, pelo Legislativo, pelo Executivo ou órgãos autônomos (TCs). Um exemplo é o Conselho de Estado Francês (órgão do Legislativo).

**b. Controle “judicial”**: por órgãos que integram a estrutura judiciária ou que, não integrantes desta, exerça função jurisdicional.

i. Difuso: pode ser exercido por diversos órgãos. O controle nos EUA é exclusivamente difuso.

Há um caso peculiar em Portugal, onde o controle é difuso, mas há uma Corte Constitucional que julga em controle concentrado e que só pode ser acessada a partir do momento em que já foi declarada a inconstitucionalidade algumas vezes, em acórdãos e sentenças.

ii. Concentrado: em todos os casos, ou em alguns casos predeterminados, o controle só pode ser exercido por um órgão (ou alguns?).

- Por Tribunal/ Corte Constitucional (Kelsen → Áustria/Alemanha): o Tribunal faz apenas controle de constitucionalidade, ele não julga nada.

- Pelo Supremo Tribunal ou Suprema Corte: o Brasil é um dos poucos países que tem controle concentrado no Supremo Tribunal (normalmente, ele está na Corte Constitucional). É o caso da ADI genérica e por omissão, ADC, ADPF e representação para intervenção. O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil é exclusivo do STF quando o parâmetro é a Constituição da República; quando o parâmetro são as Constituições Estaduais ou Lei Orgânica do DF, a competência é do TJ respectivo.

**c. Controle misto**: agrega os dois controles, o político e o judicial. As normas cantonais (estaduais) na Suíça são objeto de controle apenas judicial (difuso) e as normas federais são controladas pelo Legislativo, em uma espécie de conselho de Estado.

O Brasil tem um sistema misto, sendo preponderantemente judicial, já que muitos dos controles políticos previstos podem ser revistos pelo Judiciário.

## **2. Momento para o exercício do controle**

Aqui o que interessa é o controle sobre normas jurídicas (que é, inclusive, o objeto originário do controle) e não sobre atos.

**a. Preventivo**: incide no processo legislativo, no processo de elaboração da norma, que ainda é inexistente. Isso pode levar, no curso do processo legislativo, à alteração do texto, por meio de emendas parlamentares; à extinção ou arquivamento do processo; à suspensão do processo, mediante acordo político (no máximo, até o fim da legislatura (até 4 anos, portanto)).

O controle preventivo é exercido no processo legislativo e não na norma (que nem sequer existe).

**b. Repressivo**: incide sobre a norma já posta no sistema jurídico. É exercido a partir da publicação da norma no diário oficial, quando se encerra o processo legislativo.

E quanto à *vacatio legis* (CC/2002) ou à suspensão da eficácia (espera nonagesimal de lei tributária)? Primeiramente, a propósito da distinção entre ambas, observe-se:

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993](#))

Na *vacatio legis*, a norma não entra em vigor imediatamente, ao contrário da suspensão de eficácia.

[GT6] Comentário: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

(...)

Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.



Em qualquer dos casos, o controle será **repressivo**, ainda que o **efeito** seja **preventivo**. É muito comum haver questões tributárias discutidas nesses termos em sede de mandado de segurança.

**Finalidades do controle repressivo:**

1. Interpretação conforme: toda norma é presumivelmente válida. O primeiro objetivo do controle é o aproveitamento da norma, para que ela seja interpretada conforme a Constituição, impedindo uma interpretação distinta dentro da polissemia ou escolhendo a melhor interpretação em face da Constituição.

Pode haver interpretação conforme **com ou sem** redução de texto.

2. Invalidação da norma:

a. Com declaração de nulidade: inválida de pleno direito, com efeitos *ex tunc*. A decisão tem natureza meramente declaratória.

b. Sem declaração de nulidade: a decisão teria efeito constitutivo negativo. Nesse caso, o STF parte para o art. 27 da Lei n. 9.868/1999, fazendo a modulação de efeitos, a partir do voto de pelo menos 8 Ministros.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A modulação de efeitos pode levar a:

- efeitos *ex nunc*
- norma inconstitucional ainda constitucional/  
inconstitucionalidade progressiva no tempo
- o Ex: Ministério Público atuando como Defensor Público.

A modulação tem fundamento na autorreferencialidade da Constituição.

## 28 de junho

### **3. Modo de exercício do controle**

O que interessa aqui é apenas o controle judicial, excluído, portanto, o controle político.

#### **A) Via judicial utilizável → meio**

##### a) Incidental

O controle não é o objetivo principal da ação, mas para solver a lide será necessário resolver a questão da constitucionalidade.

A questão do controle é tangencial à via principal.

Note-se que a questão constitucional pode ser quanto a questões processuais (preliminares) ou quanto ao mérito da lide. Trata-se, portanto, de uma **questão prévia** às preliminares ou ao mérito.

##### b) principal/direta

A via judicial é a própria via para fazer o controle. A finalidade principal da via é discutir se a norma é inconstitucional.

É o caso de: ADI genérica, ADI por omissão, ADC, ADPF e representação para intervenção (também chamada ADI interventiva).

Somente o STF e os TJs fazem esse controle.

## **B) Juízo (raciocínio lógico e conclusivo: juízo de valor, juízo econômico etc.).**

É uma relação de pensamento em cadeia, em que cada ponto depende de fundamentação e que leva a uma conclusão.

a) em concreto (fato e Direito)

Discute-se um direito/dever subjetivo ou coletivo.

b) em abstrato (Direito) → não significa que não há fato, mas que nem sempre há fato. Os manuais são muito ruins nesse ponto.

Basta ver o disposto na Lei n. 9.868 (ADI), que viabiliza a discussão de fatos:

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A questão das cotas de energia elétrica (racionamento), do aborto de fetos anencéfalos, entre outros, são discussão de fato em controle abstrato de constitucionalidade.

Na verdade, o que distingue esse controle abstrato do concreto é que naquele o foco é o sistema jurídico/ o Direito objetivo. A seu turno, no controle concreto, deve-se demonstrar que, em face do sistema jurídico, eu tenho um direito subjetivo (ou uma coletividade tem determinado direito coletivo). A inconstitucionalidade em concreto pode ser apenas da aplicação da norma (ex: a dosimetria da pena no caso concreto pode ser inconstitucional).

A diferença está na causa de pedir.

Aqui surge outra questão: a via incidental leva a um controle em concreto? E a via principal/direta leva a um controle em abstrato?

Normalmente, afirma a doutrina que há essa identidade. Embora na maior parte das vezes seja assim, pode haver controle pela via incidental com juízo em abstrato, bem como controle pela via principal/direta com juízo em concreto.

Primeiramente, ressalta-se que na ADI genérica e na ADC o juízo sempre será abstrato, em conformidade com a regra geral.

ADI por omissão: é possível haver uma omissão em abstrato? Se há omissão, significa que alguém tem o dever de implementar a Constituição e não o faz (inclusive, essa é uma diferença importante da ADI por omissão e do Mandado de Injunção). Portanto, há um juízo em abstrato, do sistema, e, depois, um juízo em concreto acerca da omissão.

E na ADPF e na representação para intervenção?

## **2 de julho**

Quanto à ADPF, observa-se o art. 1º da Lei n. 9.882:

**[GT7] Comentário:** LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

**Exemplo da diferença:** nós ficamos impedidos de fazer greve porque não há regulamentação → MI  
O direito de greve, constitucionalmente garantido, não foi regulamentado por quem tinha esse dever → ADI por omissão

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição 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; ([Vide ADIN 2.231-8, de 2000](#))

[GT8] Comentário: Juízo em concreto

[GT9] Comentário: Juízo em abstrato

Ainda há a representação para intervenção. A intervenção pode ser instaurada de ofício pelo Presidente (art. 34, I, II, III e V), por representação judicial (dependendo, IV), mediante ação judicial (VI, VII). Apenas ocorrem diante do STF, TSE e STJ.

Art. 34, VII // art. 34, VI (em parte) – ADI interventiva: não existe intervenção em abstrato, mas apenas em concreto. Não basta que haja uma lei estadual inconstitucional, por exemplo, mas é necessário que haja uma gravidade maior, repressão policial etc.

Vide Lei n. 12.562/2011.

Na via incidental, o juízo normalmente é em concreto. Mas há um caso em que o juízo será em abstrato: a regra de reserva de plenário:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

É uma questão de competência material, que está regulamentada no CPC:

[GT10] Comentário: Art. 93 (...): XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

## CAPÍTULO II

### DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

**Art. 480.** Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

**Art. 481.** Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

**Parágrafo único.** Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. ([Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998](#))

**Art. 482.** Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. ([Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999](#))

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no [art. 103 da Constituição](#) poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. ([Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999](#))

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho

[GT11] Comentário: Lei da ADI

[GT12] Comentário: ADI /// ADC

irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. [\(Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999\)](#)

[GT13] Comentário: *Amicus curiae*

A decisão do pleno ou do órgão especial é a partir de uma análise em abstrato.

A decisão na arguição de inconstitucionalidade sempre vincula o órgão fracionário no caso em que houve tal arguição. E para o resto do Tribunal? Para o entendimento acerca da constitucionalidade, há vinculação; para o entendimento de inconstitucionalidade, não há vinculação. Isso pode ser depreendido a partir da própria redação do art. 97. A coisa julgada na arguição é só formal para os outros processos (é material para o próprio processo).

- Os Juízes de primeira instância não estarão vinculados, em qualquer caso.

O recurso para o STF não é da decisão em abstrato do pleno mas sim da decisão em concreto do órgão fracionário, ainda que esta esteja em consonância com o que foi decidido no pleno.

SV 10:

**STF Súmula Vinculante nº 10** - Sessão Plenária de 18/06/2008 - DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008 - DO de 27/6/2008, p. 1

**Violação da Cláusula de Reserva de Plenário - Decisão de Órgão Fracionário de Tribunal - Declaração da Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público**

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Cabe reclamação para o STF quando o órgão fracionário declara a inconstitucionalidade dessa forma disfarçada.

O pleno pode modular efeitos, dar interpretação conforme, declarar inconstitucional com ou sem nulidade *etc.*? Não há entendimento doutrinário muito sólido. Parece ser a linha majoritária, conforme a prática dos Tribunais. O Professor não vê problema para isso acontecer.

O objeto de análise pelo pleno é limitado ao dispositivo em questão, além daqueles que seriam inconstitucionais por arrastamento ou por consequência.

## 5 de julho

### **4. Legitimidade para pleitear o controle:**

a. partes litigantes/ terceiros intervenientes (controle judicial)

b. MP: pode pleitear o controle judicial, mesmo que como *custos*

*legis.*

Pode também suscitar o controle político, mesmo por aqueles mecanismos que podem ser instaurados de ofício por outros órgãos, como os Tribunais de Contas. Esses poderes são mal utilizados pelo MP.

c. Autoridades, órgãos, instituições previstos na norma jurídica (art. 103, CR; é o caso de ADI, ADC, ADPF, ADI por omissão, "ADI" interveniente, mas não apenas: há também os mecanismos pelos quais estas autoridades/órgãos/instituições podem suscitar o controle político).

d. Magistrado: há uma tese dominante no Brasil de que o Juiz será sempre quem exerce o controle e nunca quem pede o controle. Na Alemanha, por exemplo, o Juiz não pode fazer o controle de constitucionalidade de uma norma (apenas de um ato), devendo, nesses casos, remeter a questão ao tribunal constitucional. Apesar da doutrina majoritária no Brasil, notamos que a arguição de inconstitucionalidade nos Tribunais, em virtude da reserva de plenário, envolve um pedido de controle pelo Magistrado.

Na Justiça Eleitoral, o juiz tem uma função de fiscalização que é muito semelhante ao Ministério Público, podendo tomar algumas medidas de ofício.

e. Sociedade civil/ iniciativa privada: pode suscitar o controle judicial difuso (sempre difuso: ACP, AP...), bem como o controle político (representação perante os TCs (art. 74, §2º)).

## **Controle no Direito Brasileiro**

### *Político:*

- 1) Poder Legislativo: preventivo --- repressivo
- 2) Poder Executivo: preventivo --- repressivo
- 3) Tribunal de Contas: repressivo

### *Judicial:*

- 4) Poder Judiciário: repressivo --- preventivo (o preventivo é um tipo especial, com base em jurisprudência do STF, que ocorre no controle difuso).

O controle pelo Legislativo pode ocorrer nas três esferas políticas, pelos respectivos órgãos legislativos, em relação às respectivas leis. Ainda que o controle preventivo seja mais claro, o controle repressivo também é relevante (revogação de lei, suspensão de eficácia de lei).

No âmbito do Executivo, tem-se o veto como um dos dispositivos mais relevantes para o controle preventivo, além de emendas modificativas e substitutivas. No controle repressivo, há o descumprimento de lei, que provoca grandes discussões quanto à sua possibilidade ou não (professor entende que não).

O TC só exerce controle repressivo, ele nunca interfere no processo legislativo. Súmula 347 do STF:

**STF Súmula nº 347** - 13/12/1963 - Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 151.

### **Tribunal de Contas - Apreciação da Constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público**

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

O TC pode fazer controle repressivo com efeitos preventivos, que não deixa de ser repressivo quanto ao momento (após o processo legislativo).

A jurisdição no Brasil, quanto a sua finalidade, se faz em graus/instâncias. Isso não é hierarquia, pois ela continua sendo uma, podendo se esgotar, em determinados casos, em um único grau.

[GT14] Comentário: Isto é, no âmbito de sua competência.

Grau ordinário: originário e revisional (duplo grau): a jurisdição está focada na causa em questão, estando sujeita à revisão ou não.

Grau especial: só existe para tratar do direito federal objetivo. Não existe, portanto, nos países não federativos. Objetiva zelar pela uniformização da interpretação e da aplicação do direito federal objetivo.

Grau extraordinário: zelar pela unidade e pela supremacia ou referencialidade e autorreferencialidade da Constituição.

Note-se que a jurisdição extraordinária pode ser incidental tanto na ordinária quanto na especial.

A jurisdição extraordinária é exercida, portanto, de forma incidental ou concentrada (neste caso, apenas pelo STF e TJs).

Livros indicados:

2012. BARROSO, Luis Roberto. *Controle de Constitucionalidade*. Ed.

MENDES, Gilmar. *Controle de Constitucionalidade*. (3 livros)

CUNHA, Dirley da. *O Controle de Constitucionalidade*.

**[GT15] Comentário:** O grau originário é diferente do revisional pelas seguintes questões:

- provocação originária do judiciário;
- formação da relação processual;
- instrução do processo;
- primeiro julgamento com possibilidade de trânsito em julgado.