

O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis

Marcelo Menaged

Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal de Duque de Caxias

I. CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Quando surge uma nova Constituição, a maioria da doutrina entende que a Constituição anterior fica inteiramente revogada pelo fenômeno da revogação por normatização geral, mesmo que a nova não seja incompatível com a antiga. No entanto, segundo Pontes de Miranda e Manoel Ferreira Filho, pela teoria da desconstitucionalização, as normas que não são propriamente constitucionais, com a revogação da Constituição, tornam-se normas infraconstitucionais (lei ordinária), desde que materialmente compatíveis com a nova Constituição, mas não deixam de existir, ao contrário das normas constitucionais propriamente ditas. Mesmo que esta teoria não seja hoje a mais aceita, ela é importante para notar a diferença entre as normas constitucionais propriamente ditas ou materialmente constitucionais, como a organização dos Poderes, estruturação do Estado e consagração de Direitos Fundamentais (todas, segundo Karl Schmidt, que decorrem de uma decisão política fundamental), e as normas não propriamente constitucionais ou formalmente constitucionais, que correspondem a outras normas dentro da Constituição que não correspondem a decisão política fundamental. O revogado artigo 242, parágrafo 2º, da Constituição, que tratava da fixação do colégio Pedro II no Rio de Janeiro, era

exemplo de norma constitucional formal.

Mas, como se sabe, a Constituição é o fundamento de validade de todas as leis e atos normativos inferiores. Com o surgimento de uma nova Carta Fundamental, haveria a necessidade de se rever todos os atos e leis que lhe são, agora, inferiores. No entanto, tal verificação é impossível, praticamente, fazendo com que, pelo fenômeno da recepção, se entenda que as normas e atos infraconstitucionais, caso não sejam expressamente declarados como incompatíveis com a Constituição, sejam automaticamente recepcionados.

As normas e atos infraconstitucionais materialmente (em seu conteúdo) compatíveis com a nova Constituição são automaticamente recepcionados. Já aqueles que forem materialmente incompatíveis, segundo o Supremo Tribunal Federal, não são recepcionados, acarretando a sua revogação, ou seja, a revogação é o fenômeno que surge quando uma norma infraconstitucional não é compatível materialmente com a Constituição, preservando o ordenamento jurídico como uma unidade. No aspecto formal, se uma norma que era formalmente constitucional quando da Constituição anterior, ainda que não o seja pela nova Constituição, é recepcionada com o estado que lhe dá a nova Carta¹, porque não tinha o legislador como prever a alteração formal determinada pela nova Carta. No entanto, se a norma era incompatível formalmente com a Constituição anterior, não se torna constitucional com a nova Constituição, pois se pode afirmar que a norma nunca ingressou no mundo jurídico.

Agora, imaginemos que a Constituição A é revogada pela Constituição B e esta pela Constituição C. A última não gera o retorno da primeira, sendo a última é que vale. Se assim não fosse, haveria grande insegurança

¹ Nesse sentido, se a Constituição anterior determinava que, para regular determinada matéria, era necessário Lei Ordinária ou Decreto e este ingressou no mundo jurídico na forma por ela determinado, se a nova Constituição impõe forma, por exemplo, de Lei Complementar, o decreto ou L.O. será entendido como Lei Complementar. Assim, só poderá, no exemplo dado, ser alterado o Decreto, por Lei Complementar. Tal fato se deu, por exemplo, com o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966) que foi editado na época da Constituição de 1945, que possibilitava a regulamentação por Lei Ordinária e foi recepcionado pela Constituição de 1966 e 1988 como Lei Complementar.

jurídica e instabilidade na sociedade. No entanto, se o mesmo caso ocorresse com as leis, nos termos do artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, haveria repristinação.

Essa repristinação, conforme a doutrina majoritária, se distingue do alegado repristinatório tácito. Depois da revogação da Lei 9.868/1999, o STF concedeu medida cautelar suspendendo a revogação. Assim, a partir da medida cautelar (*ex nunc*), passa a valer a lei outrora revogada, exceto se o Supremo declarar de forma diversa.

Também, se o STF proferir decisão com efeito vinculante, seja no controle concentrado ou difuso, declarando inconstitucional uma lei, é como se ela não existisse, pois a declaração do STF, em regra, tem efeito *extunc*. Nesse caso, se a lei declarada inconstitucional revogou outra, é como se não houvesse a revogação. Assim, se afirma que houve repristinação, fato que não pode existir entre constituições.

O último fenômeno de hermenêutica constitucional é o da mutação constitucional. Por ela, temos processos informais de alteração da Constituição, sem que haja modificação de seu texto. Ela ocorre quando o STF, na qualidade de intérprete e guardião da Constituição, lhe dá interpretação diversa da anterior. O STF interpretava o artigo 52, inciso X da CF, no sentido de que só cabia informar ao Senado, quando da retirada de uma norma. Hoje, como o Supremo entende que suas decisões no controle (concentrado ou difuso) podem ter efeito vinculante, não persiste a necessidade de informar ao Senado para retirar a norma do ordenamento. Atualmente, o papel do Senado, de interpretação do STF da extensão do efeito vinculante para as decisões difusas, foi alterado para o de simples órgão que dá publicidade, não mais retirando a norma do ordenamento jurídico.

Também, quando um costume constitucional é alterado, ocorre mutação constitucional. O costume é a prática reiterada que cria obrigação sem haver texto legal. Segundo J. J. Gomes Canotilho, a mutação só pode ser considerada como processo legítimo se contida dentro dos limites da CF. Além disso, a mutação também não pode alterar os princípios estruturantes da Constituição, que são aqueles previstos no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição.

II. O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Quando a Constituição é rígida, as normas não se situam no mesmo plano, havendo uma ordenação entre elas. Nesse sentido, a Constituição se encontra no topo da pirâmide. No entanto, de nada serviria haver uma hierarquia entre as normas se não houvesse um mecanismo de controle entre elas. É essa forma de controle que toma o nome de “controle de constitucionalidade”, o qual visa a manter a supremacia constitucional através de um conjunto de órgãos e instrumentos criados para assegurar a supremacia formal da Constituição, pois como já visto, a supremacia material não tem importância quando surge uma nova Constituição.

1. Sistemas de Controle

A) Sistema Político

Por este sistema, o controle não é feito pelo Poder Judiciário, mas sim, ou pelo Poder Legislativo, ou por outro órgão criado para esse fim. Na França, por exemplo, quem exerce o controle não é o Judiciário, mas sim um órgão criado especificamente para esse fim, que é o Conselho Constitucional. Já no Brasil, segundo a Constituição, quem faz o controle é o Supremo Tribunal Federal, o qual pertence ao Poder Judiciário.

B) Sistema Jurídico

O controle é feito pelo Poder Judiciário, conforme regras jurídicas. É o exemplo do Brasil e dos Estados Unidos. No entanto, o fato de a Constituição ditar um Poder próprio para realizar o controle de constitucionalidade não obsta que todos os poderes exerçam o controle, mas esta não é a função principal dos demais poderes, mas é a função precípua do STF. No entanto, o fato de o controle ser feito pelo STF, que integra o Poder Judiciário, não faz com que ele só tome decisões jurídicas e muitas vezes se manifeste politicamente.

C) Sistema Misto

Este sistema é uma mistura dos dois sistemas – político e judicial. Tal se dá, por exemplo, na Suíça, em que quem exerce o controle das leis locais é o Poder Judiciário, mas quando se trata de lei federal, quem faz o controle é o Poder Legislativo, de forma puramente política.

2. PARÂMETROS OU NORMAS DE REFERÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Não são todas as normas que podem se sujeitar ao controle de constitucionalidade. Como visto acima, para fins de controle, o que importa é a forma pela qual a norma constitucional foi elaborada, não sendo relevante o seu conteúdo. Assim, todas as normas formalmente constitucionais servem como parâmetro.

Elas se dividem em três partes:

A) o preâmbulo, que não tem caráter normativo, servindo como diretriz para as normas constitucionais, não servindo de parâmetro para análise do controle;

B) as normas permanentes, que vão do artigo 1º ao 250 da Constituição, e todas elas, por serem normas, servem de parâmetro para o controle. Essas normas podem ser criadas ao longo do tempo, através do processo de emenda constitucional, pelo chamado “legislador constitucional derivado”, tendo como limite o núcleo imutável da CF, consistente nas cláusulas pétreas do artigo 60, parágrafo 4º. Mais ainda, com a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou ao artigo 5º da CF, o parágrafo 3º, dispondo que as normas internacionais (tratados e convenções) de direitos humanos que forem aprovados por três quintos e dois turnos de votação passam a integrar as normas permanentes;

C) em seguida, estão os “atos das disposições constitucionais transitórias” (ADCT), que podem ou não servir de parâmetro para fins de controle, desde que ainda estejam eficazes, já que depois de exauridos, deixam

de ter eficácia. Para J. J. Gomes Canotilho, existem princípios que não estão descritos em normas constitucionais, mas servem de parâmetro, os chamados princípios implícitos. No entanto, para a maioria, os princípios implícitos, quando criados pelo legislador, se este foi o constitucional, servem de parâmetro, ao passo que se quem criou o princípio foi o legislador infraconstitucional, não servem como parâmetro. Assim, temos como exemplo o princípio da proporcionalidade que não está expresso, mas decorre da norma constitucional do devido processo legal, ou seja, vem do legislador constitucional.

Alguns autores ainda afirmam que há um *bloco de constitucionalidade*, consistente no grupo da Constituição feita a sua época, declarações e outras normas que têm o mesmo nível da Constituição. Mas cada autor no Brasil descreve esse bloco com um determinado número de normas. Assim, essa construção não serve de parâmetro. Como exemplo, alguns autores entendem que o Código de Defesa do Consumidor faz parte desse *bloco de constitucionalidade*. Mas segundo J. J. Gomes Canotilho, o *bloco de constitucionalidade* não inclui as normas infraconstitucionais, tendo o mesmo conteúdo dos parâmetros aqui estudados.

3. FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade é a incompatibilidade da norma constitucional, ou seus parâmetros acima estudados, com a norma infraconstitucional. Essa comparação pode ser feita de diversas formas. Assim, vejamos:

A) quanto à conduta do Poder Público, a inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão. Nesse caso, temos que o Poder Público atua ou não atua, violando a CF. As normas de eficácia plena e contida não dependem de nenhuma atuação para terem eficácia, sendo autoaplicáveis, não gerando inconstitucionalidade por omissão. Só as normas de eficácia limitada, que dependem de uma vontade e se esta vontade não vier, estarão contrariando a Constituição, ocasionando a inconstitucionalidade por omissão.

B) quanto à norma constitucional ofendida, a inconstitucionalidade

pode ser formal ou material. Assim, o procedimento de criação da norma é inconstitucional quando é feito sem seguir as regras determinadas pela Constituição, seja no que tange ao sujeito que podia criar o projeto de lei (inconstitucionalidade formal subjetiva²), ou se no seu processo violou ou não cumpriu algo determinado pela CF (inconstitucionalidade formal objetiva³). Já a inconstitucionalidade material está relacionada ao conteúdo da Constituição, como os direitos fundamentais.

C) quanto à extensão, a inconstitucionalidade pode ser total ou parcial. No primeiro caso, todo o projeto de lei, ato normativo ou emenda é incompatível com a Constituição, o que ocorre geralmente nas inconstitucionalidades formais. Já a inconstitucionalidade parcial é a que incide sobre parte do texto que conflita com a Constituição, podendo ser até uma só palavra, diferentemente do veto presidencial, que não pode ser sobre parte ou palavra de um artigo. Também pode o STF, ao declarar da inconstitucionalidade, limitar a extensão da interpretação da Constituição, afirmando qual a forma adequada de se interpretar a norma constitucional.

D) quanto ao momento, pode ser originária ou superveniente, com base no marco temporal da entrada em vigor da Constituição (05 de outubro de 1988). Assim, uma lei criada depois da CF/88, ainda que muitos anos depois venha a ser declarada inconstitucional, a sua inconstitucionalidade será originária, porque desde a sua origem era incompatível com a Carta Maior. Já quanto às leis feitas antes da CF/88 ou antes de alguma emenda constitucional, a inconstitucionalidade é superveniente em rela-

2 Nesse sentido, a Constituição determina no artigo 61, parágrafo 1º, que a iniciativa para a criação de leis sobre o efetivo das forças armadas é exclusivo do Presidente da República. Se outra pessoa remeter projeto de lei sobre esse assunto, haverá inconstitucionalidade. Todas as violações de competência constitucional acarretam vício de inconstitucionalidade formal subjetiva. No entanto, se o Presidente da República não toma a iniciativa de lei que lhe é exclusiva, mas sanciona a lei cujo projeto que lhe era exclusivo, o STF, na súmula n. 5, entende que está suprido o vício de inconstitucionalidade. Porém, essa súmula foi abandonada pelo Supremo depois da CF/88 e, atualmente, o posicionamento tem sido de que a sanção não supre o vício.

3 Nesse sentido, se a Constituição determina que para um determinado assunto a forma da lei deveria ser por Lei Complementar e veio por Lei Ordinária, haverá inconstitucionalidade formal objetiva, ou se a emenda constitucional não for aprovada por três quintos ou não for feita em dois turnos.

ção a nova CF ou em relação a emenda. No Brasil, pelo STF, a inconstitucionalidade superveniente é chamada de revogação⁴, porque ele entende que até a vinda da nova CF ou emenda, o legislador ou administrador agiu corretamente, já que não tinha como prever a mudança. Essa classificação é importante porque as normas anteriores à Constituição não podem ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade⁵.

E) quanto ao prisma de atuação, a inconstitucionalidade pode ser direta ou antecedente e indireta, que se divide em consequente e reflexa. A inconstitucionalidade direta ocorre quando um ato normativo primário, ou seja, diretamente ligado à Constituição, está em conflito com esta. Conforme o próprio nome afirma, a ação direta de inconstitucionalidade só pode ocorrer por violação direta da Constituição, ao passo que a ação de constitucionalidade pode ser direta ou indireta⁶. A inconstitucionalidade indireta se dá quando um ato normativo, antes de ferir a Constituição, fere um outro ato normativo, como a Constituição Estadual. Se uma lei, por exemplo, é incompatível com a Constituição, ela será inconstitucional de forma direta. Agora, se um decreto é feito para regulamentar essa lei inconstitucional, este será, assim, inconstitucional por consequência, mas como a ação direta de inconstitucionalidade não lhe atinge, ocorre o fenômeno da *inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração* do decreto, já que a lei que o sustentava não tem validade, ainda que o STF não tenha sido provocado para declarar da inconstitucionalidade do decreto. Por fim, a inconstitucionalidade reflexa ocorre quando uma lei, que está diretamen-

4 Alguns autores criticam a expressão utilizada pelo STF, já que o fenômeno da revogação ocorre quando uma lei de igual hierarquia retira a outro do ordenamento. No entanto, no caso da retirada superveniente, a nova norma constitucional não tem o mesmo nível hierárquico da lei. Nesse sentido, não se pode afirmar que uma medida provisória revoga uma lei, porque a primeira vem do Executivo e a outra do Legislativo, só podendo suspender a eficácia da norma.

5 No entanto, as normas anteriores a Constituição podem ser alvo de ADPF, pois o descumprimento é mais amplo que a inconstitucionalidade.

6 Em sentido contrário, sustenta Nagib Slaibi Filho que a ação direta de constitucionalidade só pode ser por violação direta.

te ligada à Constituição, é constitucional, mas o decreto diz mais que a lei estabelece ou viola a lei, nos termos do artigo 84, IV, da CF, sendo aquele ilegal e, por via reflexa, inconstitucional.

F) quanto ao agente que declara a inconstitucionalidade, ele pode ser exclusivo ou difuso. Nas ações difusas, todos os julgadores têm que declarar da inconstitucionalidade, cabendo lembrar que o juiz singular declara a inconstitucionalidade da norma a qualquer tempo e de preferência no primeiro momento em que a vislumbra, cabendo-lhe, por questão de democracia, antes de se manifestar pela inconstitucionalidade, dar vista às partes. Já os Tribunais só podem afirmar da inconstitucionalidade através do incidente de inconstitucionalidade, depois de suscitado pelo relator ou integrante da Câmara. Também o STF declara da inconstitucionalidade de forma difusa, nas causas que lhe chegam por via do recurso extraordinário ou ordinário. Ainda, os parlamentares podem vetar o projeto de lei na Comissão de Constituição e Justiça ao argumento de vício de inconstitucionalidade, e o Presidente da República pode deixar de sancionar norma por entender da existência de vício de inconstitucionalidade. Já a declaração de inconstitucionalidade exclusiva é de competência do STF, feita nas ações diretas (inconstitucionalidade, constitucionalidade, descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção).

4. FORMAS DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Podem ocorrer de quatro formas:

a) quanto ao aspecto subjetivo, ou seja, quais os sujeitos podem ser atingidos pela decisão do STF, temos que o efeito pode ser inter partes, erga omnes e vinculante. Via de regra, no controle difuso, por se estar diante de um processo que discute direitos subjetivos, os seus efeitos são só entre as partes. No entanto, temos visto que o STF tem dado efeito erga omnes quando, no caso concreto, a norma viola princípios constitucionais, afirmando que a sua decisão no controle difuso tem os efeitos próprios do controle concentrado (objetivação do recurso extraordinário), como foi no

caso do HC 82959-SP⁷ e do RE 197917-SP⁸. O efeito *erga omnes* vale para todas as pessoas e era o efeito básico da ação direta de inconstitucionalidade, que não retirava a norma inconstitucional do ordenamento, mas tão só fazia com que ela não se aplicasse. No entanto, a Emenda Constitucional n. 3 de 1993, que criou o efeito vinculante, inicialmente nas ações diretas de constitucionalidade e agora extensivo às ações diretas de inconstitucionalidade e às declarações difusas do STF de inconstitucionalidade, fez com que a norma, agora declarada inconstitucional, não só deixe de ser

7 Ementa: “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do **princípio da individualização da pena**, em evolução jurisprudencial, **assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90**” (grifamos).

8 Ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. **Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37)**. 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. **Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade**. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.” (grifamos).

aplicada, mas impede que outras normas sejam feitas ou se mantenham, quando têm por base razões conflitantes com a interpretação dada pelo Supremo, ou seja, vai além da situação discutida pela Corte, assegurando assim a força normativa da Constituição. A declaração de inconstitucionalidade atinge a todos (Judiciário e Executivo), menos o próprio STF e o Poder Legislativo, em razão da harmonia entre os Poderes e da vedação à “fossilização da Constituição”, já que, se o Supremo ficasse vinculado, a CF não teria mais mobilidade.

B) quanto ao aspecto objetivo, em regra, apenas o dispositivo da decisão faz coisa julgada. No entanto, na decisão vinculante do STF, tanto o dispositivo quanto a jurisprudência fazem coisa julgada, na chamada “transcendência dos motivos determinantes”.

C) quanto ao aspecto temporal, em regra, a declaração de inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc* (retroativo), ou seja, desde a sua origem, já que a inconstitucionalidade faz com que a norma perca seu fundamento de validade. Tal efeito decorre do entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade é puramente declaratória e torna o ato inexistente, nulo e ineficaz⁹, sem lhe retirar do ordenamento. No entanto, para alguns, a decisão de inconstitucionalidade é um ato anulável, já que vigora o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e, até que ela seja expressamente retirada do ordenamento, tem validade, tendo a decisão do STF natureza condenatória e desconstitutiva. Para estes, como a presunção é de constitucionalidade da norma, o efeito da desconstituição é *ex nunc* (desde a decisão para frente).

Hoje, o STF vem afirmando que a regra é o efeito *ex tunc*, mas ele pode dar “modulação temporal dos efeitos da sua decisão”, seja no controle difuso (de forma excepcional) ou concentrado (nos termos dos artigos 102, parágrafo 2º da CF/88; artigo 10, § 3º e artigo 11 da Lei 9.882; no artigo 28, parágrafo único e artigo 27, ambos da Lei 9.868/1999) e só cabe no

⁹ O STF não faz distinção entre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se inexistente, nulo ou ineficácia da norma.

controle concentrado com um quórum de 2/3 (oito ministros) dos ministros do Supremo e com fundamentação na segurança jurídica, excepcional interesse social ou boa-fé. Essa modulação pode fazer com que a decisão do STF passe a valer a partir do momento em que é proferida para frente¹⁰ ou só a partir de um determinado momento no futuro¹¹. Também há uma forma de inconstitucionalidade chamada de progressiva (inconstitucionalidade progressiva ou norma ainda constitucional ou norma de apoio ao legislador) que é uma situação constitucional imperfeita que transita entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta, nas quais as circunstâncias fáticas momentâneas justificam a manutenção da norma no ordenamento jurídico^{12 13}.

D) quanto à extensão, a declaração de nulidade ou de inconstitucionalidade pode ser sem redução de texto. Nesta, como o nome diz, não há qualquer alteração do texto da lei, mas, como a norma, tem vários sentidos (polissêmica ou polissignificativa). Aqui, o STF afasta uma e permite as demais interpretações, ou seja, não reduz o texto mas diminui as suas interpretações. Também temos a declaração de nulidade com redução de

10 Nesse sentido, entendeu o STF quando do exame da Lei 8.112/1990 que a ascensão era uma forma inconstitucional de provimento de cargos públicos, porque feria a regra do concurso. No entanto, afirmou o Supremo que, como havia milhares de pessoas que já ocupavam cargos públicos pela ascensão, a declaração de inconstitucionalidade teria efeitos *ex nunc*, pelo excepcional interesse social, segurança jurídica e para preservar a boa-fé dos ocupantes. Assim, afirmou-se da modulação temporal dos efeitos da sua decisão.

11 Nesse sentido, entendeu o STF ao analisar a quantidade de vereadores eleitos em cada município, tem que ser compatível com a população, nos termos do artigo 29 da CF. No entanto, naqueles municípios que tinham vereadores acima do número de habitantes locais, não seriam afastados. Assim, afirmou que sua decisão só iria valer na seguinte eleição.

12 Nesse sentido, entendeu o STF que o artigo 5º, § 5º da Lei 1.060/1950 (Lei de Organização da Defensoria Pública), que concede todos os prazos em dobro para a Defensoria Pública, que há uma desigualdade estrutural fática entre o defensor público e o advogado particular e enquanto ela não estiver estruturada devidamente, a norma é constitucional, mas quando estiver bem estruturada, a norma será inconstitucional. Assim, hoje a norma ainda é constitucional, mas está migrando para a inconstitucionalidade.

13 Entendeu o STF quando do exame do artigo 68 do CP, que a assistência judiciária gratuita é função da Defensoria Pública e não do Ministério Público, mas, nos estados em que não há Defensoria Pública, cabe a propositura da ação civil de indenização *ex delicto* pelo Ministério Público, para que a vítima não fique desamparada. Nos estados como o Rio de Janeiro, em que há Defensoria, o artigo 68 está revogado.

texto, que ocorre quando o STF atua como legislador atípico negativo, pois ele retira a eficácia da norma, o que, de certa forma, corresponde a uma revogação da norma. Cabe aqui ressaltar que o STF não se considera, até o momento, um legislador positivo.

A redução de texto pode ser total ou parcial, se o texto inconstitucional é retirado por inteiro. Normalmente, a inconstitucionalidade com redução total de texto ocorre quando o vício de inconstitucionalidade é formal e a redução parcial quando o vício é material.

E) quanto à natureza do ato, tem que ser um ato jurídico que infrinja a Constituição diretamente ou via reflexa, como visto, na extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Os atos parlamentares podem conter vício de decoro parlamentar, mas, por ser uma questão interna do parlamento, não gera a inconstitucionalidade. Mais que isso, a decisão de quebra do decoro parlamentar é uma decisão política, não cabendo o seu exame ao STF.

5. FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

a) Controle preventivo é aquele que ocorre antes de uma violação da Constituição. O seu objetivo é prevenir a lesão à CF. Ele pode ser exercido pelos Três Poderes. O Legislativo realiza o controle através das Câmaras de Constituição e Justiça (CCJ), que é uma comissão permanente obrigatoriamente existente em todas as casas legislativas e tem por finalidade analisar se um projeto de lei é constitucional ou não. O Congresso Nacional, bicameral, tem, na Câmara, a Comissão de Justiça e Redação e, no Senado, a Comissão de Justiça e Cidadania. Mas, se passar pelo Legislativo, o Executivo realiza o controle através do veto do chefe do Poder, que é político (veta por ser o projeto contrário ao interesse público) ou jurídico (por ser o projeto contrário à CF), conforme o artigo 66, parágrafo 1º, da CF. Ainda, excepcionalmente, o Poder Judiciário pode realizar o controle preventivo, não por ação de inconstitucionalidade, mas, excepcionalmente, por mandado de segurança impetrado por parlamentar da respectiva casa, para que o projeto de lei ou proposta de emenda sequer seja posta em votação, por

violação do devido processo legislativo constitucional (artigo 59 e seguintes da CF). Essa forma de controle preventivo feito pelo Poder Judiciário é de forma concreta e difusa, já que visa a uma situação concreta envolvendo o parlamentar e, conforme a casa parlamentar em que se dá, vai para o STF, STJ ou Tribunal de Justiça.

Também, segundo o artigo 60, parágrafo 4º, da CF, não pode haver sequer projeto de lei tendente a alterar ou suprimir cláusula pétrea. Nesse caso, o parlamentar pode impetrar mandado de segurança para impedir a votação do projeto. No entanto, se ainda assim for transformado o projeto em lei, poderá este ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o fato de se ter o controle preventivo pelo Poder Judiciário não impede que este faça posteriormente o controle repressivo.

b) Controle repressivo é aquele que ocorre depois da lesão à Constituição, tendo por finalidade a sua reparação. Ele pode ser feito pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que quem tem a função precípua de realizá-lo é o Poder Judiciário.

O Legislativo o faz no art. 49, inciso V, da CF¹⁴, quando o decreto do Executivo exorbita a execução da lei feita pelo Legislativo; faz um Decreto Legislativo, suspendendo os efeitos do decreto executivo¹⁵, já que este tem poder fiscalizatório. Também, quando o Poder Executivo extrapola os limites dados pela Lei Delegada¹⁶ para elaborar a norma, o Poder Legis-

14 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 84, inciso IV, CF) ou dos limites de delegação legislativa;

15 O Decreto Legislativo que suspendeu os efeitos do decreto executivo, é ato normativo primário, podendo ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 59 da CF.

16 Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

lativo pode expedir Decreto Legislativo, sustando a parte da lei delegada¹⁷ que exorbitou os limites da delegação. Por fim, conforme o artigo 62 da CF, que trata das medidas provisórias, o Congresso as controla ao verificar se seus pressupostos constitucionais (relevância e urgência)¹⁸ não foram observados ou quando entende que ela trata de matéria vedada pela CF no art. 62, parágrafo 1º, incisos I a IV¹⁹ e, nos dois casos, o controle é feito através da não rejeição da MP. Por fim, segundo a súmula 347 do STF “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.” Mas como ele não tem poder coercitivo, depois de apreciar e negar a norma, irá eventualmente julgar irregular as contas decorrentes da lei e remetê-las ao Ministério Público para propor a ação judicial de inconstitucionalidade e de improbidade administrativa.

O Executivo realiza o controle repressivo da mesma forma que o Judiciário (menos o STF), já que, assim como os demais Poderes, ele tem o dever de respeitar a Constituição. Nesse sentido, o chefe do Poder Executivo e, não os demais agentes, pode negar cumprimento a uma lei que

17 Este Decreto Legislativo também pode ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade.

18 O STF tem entendido que o Poder Judiciário só pode analisar os pressupostos constitucionais da relevância e urgência, de forma excepcional, quando a inconstitucionalidade for flagrante e objetiva. Nesse sentido, entendeu o STF que, diante da MP que concedia estado de Ministro ao Presidente do STF, esta não pode ser analisada por ele. Em outro caso, quando o Presidente fez medida provisória alterando o prazo da ação rescisória, que havia flagrante inconstitucionalidade, pois não havia relevância e urgência.

19 § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

entenda ser inconstitucional ²⁰. Para que não haja intervenção federal ou crime de responsabilidade pelo chefe do executivo, é preciso que ele dê publicidade e motivação ao ato através de decreto. Essa recusa pode ocorrer enquanto a presunção de constitucionalidade for apenas relativa, ou seja, enquanto o STF não declarar da constitucionalidade da norma com efeito vinculante, pois depois da sua declaração, o chefe do executivo e os membros do judiciário não podem recusar aplicação à norma. ◆

20 Há posicionamentos no STJ no sentido de que, antes da CF/88, o chefe do Poder Executivo podia negar cumprimento à norma porque não tinha legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. No entanto, com a CF/88, ele passou a ter legitimidade para propor a ADIn, não se justificando mais a negativa de aplicabilidade da norma pura e simplesmente. Para esses juristas, agora o chefe do executivo, caso entenda da inconstitucionalidade da norma, tem que entrar com ação direta de inconstitucionalidade e pedir a liminar para deixar de aplicá-la.