

CADERNO

DIREITO
CONSTITUCIONAL

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE



MATÉRIAS
DE
DIREITO



Material elaborado por Genesis da Silva Honorato
@materiasdedireito.doc

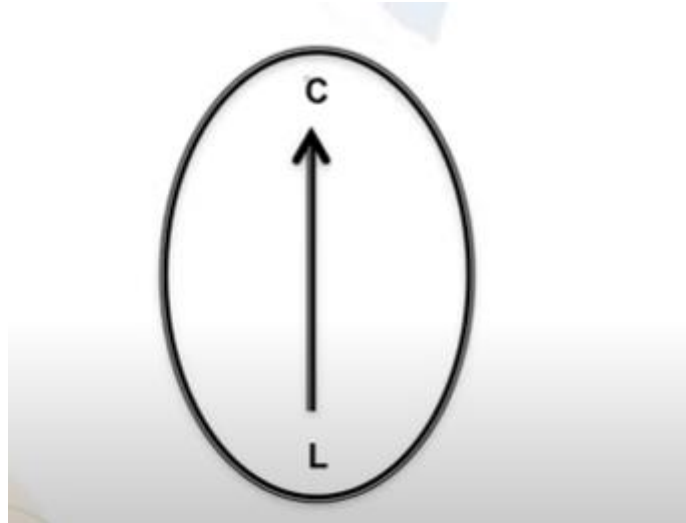
SUMÁRIO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

1. DEFINIÇÃO:

Verificação da relação imediata de compatibilidade vertical entre norma legal e norma constitucional.

Vejamos o gráfico:



A elipse indica justamente que há uma verificação; o vetor indica a relação; perceba que a relação é DIRETA e não há nada entre a lei e a constituição; vertical pois há aqui hierarquia (relação de parâmetro e objeto);

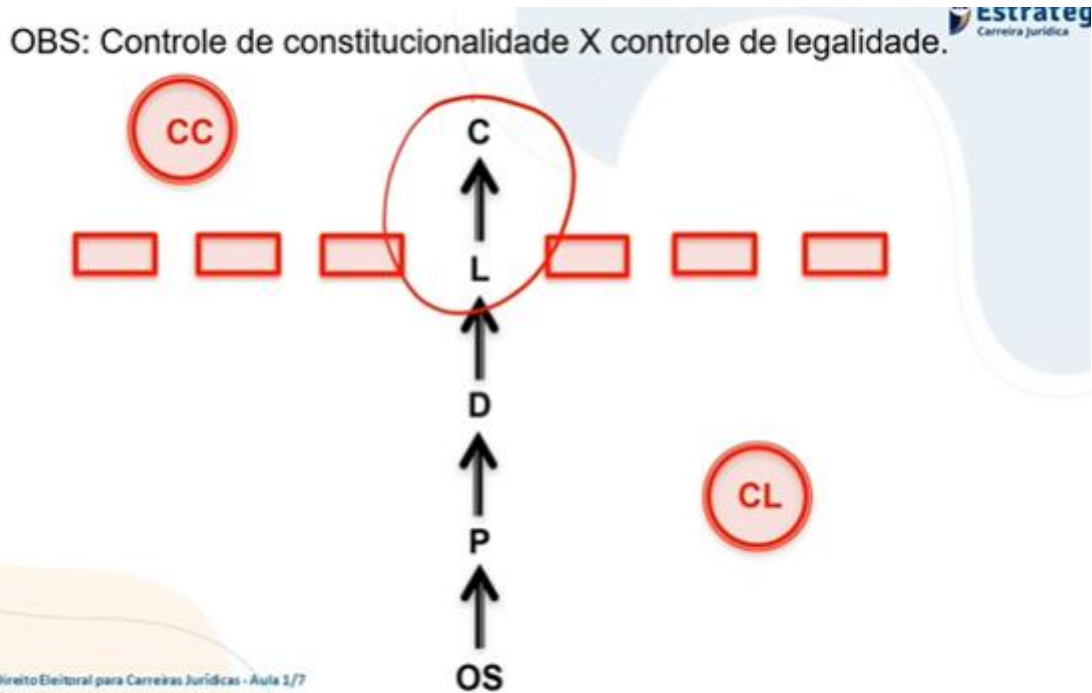
Podemos ainda ter um **conceito lato sensu**: Sistema de imunização do texto da constituição.

#CONTROLE DE LEGALIDADE E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

Em doutrina estrangeira, é importante que se faça a diferença entre controle de constitucionalidade e de legalidade.

Conforme MAURO CAPPELLETI, só podemos falar em controle de constitucionalidade até a relação direta entre a Lei (**espécies do Art. 59 da CF**) e a Constituição. Ou seja, pressupõe **relação imediata**.

Para além disso, teremos controle de legalidade. Vejamos o gráfico:



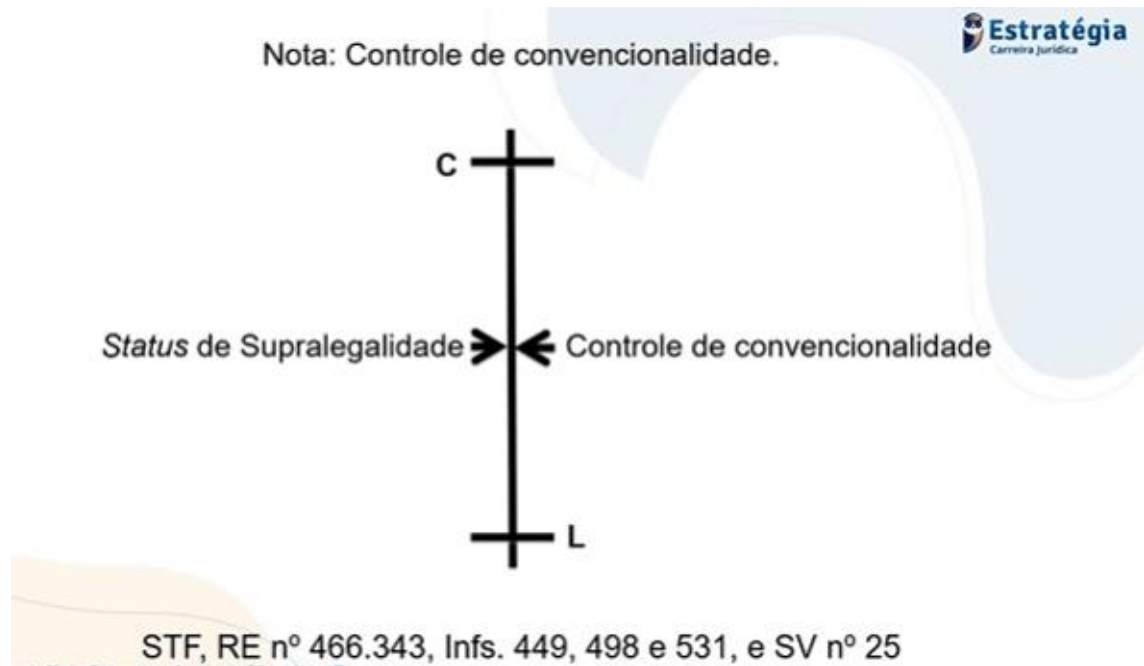
Temos 2 efeitos importantes decorrentes da distinção feita:

- a) **Efeito teórico:** Controle de constitucionalidade é matéria que pertence ao Direito Constitucional; controle de legalidade é matéria que pertence ao Direito Administrativo (controle da administração ou controle dos atos – envolve controle de legalidade).
- b) **Efeito prático:** Controle de constitucionalidade possui **ações específicas**, já o controle de legalidade não possui ação específica, se valendo geralmente de remédios constitucionais (usados por empréstimo).

NOTA: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE:

VALÉRIO MAZZUOLI.

Conforme o STF, **alguns tratados possuem supralegalidade.** Vejamos o gráfico:



Conforme MAZZUOLI, tínhamos 2 controles. Mas, quando o STF entende pelo status supralegal dos tratados, teríamos a partir daí o chamado controle de convencionalidade.

ATENÇÃO: Lembre-se que se a ratificação do tratado ocorreu após 2004 (EC 45), seguirá o rito do Art. 5º, §3 da CF. Mudará o rito e também o status (constitucional). Assim, diante disso, controle de convencionalidade não tem relação com estes tratados. Na verdade, aqui temos controle de constitucionalidade com ampliação do parâmetro (ideia de bloco de constitucionalidade).

Para que o controle de convencionalidade existe é necessário haver 3 condições cumulativas:

- a) **FORMA:** Tratado ou convenção;
- b) **MATÉRIA:** Direitos humanos;
- c) **TEMPO:** anterior a 2004.

Algumas considerações são importantes:

OBS: Um fundamento possível ao status supralegal poderia está no Art. 59, §único, ainda que de forma rudimentar. Aqui temos a menção à LC 95/98 (único caso de hierarquia entre Lei complementar e lei ordinária).

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

2. SISTEMAS E MÉTODOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

2.1. SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO:

Quais critérios existem, no mundo?

Há DOIS CRITÉRIOS básicos:

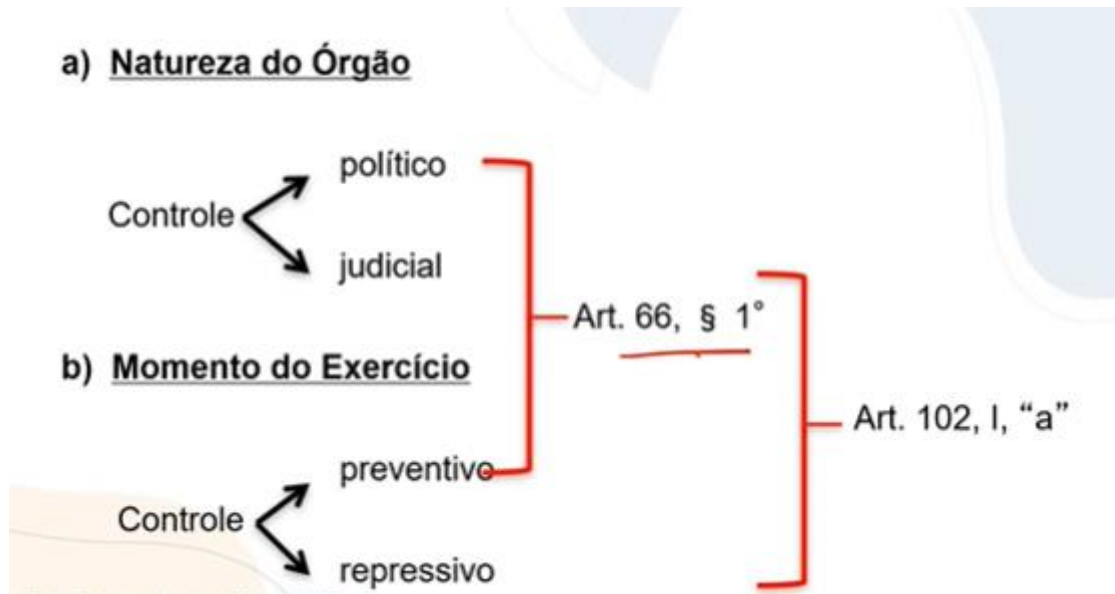
a) NATUREZA DO ÓRGÃO:

- 1) **Controle Político:** Efetivado por um **órgão não pertencente ao poder judiciário**. Exemplo: França. Cuidado, pois na França partir de 2008 temos uma espécie de controle judicial (ainda que rudimentar).
- 2) **Controle Judicial: Efetuado por órgão pertencente ao poder judiciário**. Como exemplo, temos os Estados Unidos.

b) MOMENTO DO EXERCÍCIO:

- 1) **Controle Preventivo:** É o controle efetuado sobre o AINDA PROJETO DE LEI OU PROPOSTA. Antes da norma adquirir vigência.
- 2) **Controle Repressivo:** É o efetuado **após a norma legal adquirir vigência**. Não se dá sobre projeto/proposta, mas sim sobre LEI ou EMENDA.

2.2. SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO:



No Brasil, temos todos os controles apresentados, com base em duas regras:

- a) Em regra, o controle político é preventivo;
- b) Em regra, o controle judicial é repressivo.

1) Controle Político:

Assim, sobre o controle político, temos o **Art. 66, §1º**:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º: Se o **Presidente da República** considerar o **projeto**, no todo ou em parte, **INCONSTITUCIONAL** ou contrário ao interesse público, VETÁ-LO-Á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Temos aqui o veto JURÍDICO, pois a fundamentação é uma suposta inconstitucionalidade do projeto.

2) Controle Judicial:

Temos aqui o Art. 102, I, a da CF:

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**;

Perceba que na ADI ou na ADC, o objeto é Lei ou Ato normativo. Portanto, já possuem vigência.

ATENÇÃO: EXCEÇÕES ÀS REGRAS:

Temos aqui **uma exceção para cada regra** já colocada. Vejamos:

1) Controle Político repressivo: O único caso é o Art. 49, V da CF.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - **SUSTAR OS ATOS NORMATIVOS** do **Poder Executivo** que **exorbitem do poder regulamentar** (1ª parte) **ou dos limites de delegação legislativa** (2ª parte);

Aqui, temos um limite estabelecido na Constituição, sendo que o poder executivo ultrapassa esses limites e então o poder legislativo atua para impedir a inconstitucionalidade.

Temos aqui 2 situações:

a) **Art. 84, IV, parte final da CF**: envolve **DECRETO** executivo. Assim, temos um decreto regulamentar que exorbita o poder regulamentar, mantendo-se o que não ultrapassa.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **EXPEDIR DECRETOS E REGULAMENTOS PARA SUA FIEL EXECUÇÃO**;

b) **Art. 68**: temos aqui **LEI DELEGADA**. Lembre-se que o Presidente legisla em dois casos: Medida Provisória e Lei delegada. A primeira é altamente informal, enquanto a lei delegada é altamente formal (obtendo delegação legislativa). Se

não obtiver delegação legislativa para tratar de determinada matéria, será possível ao poder legislativo sustar o que exorbite a delegação.

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

CUIDADO: Muitos apontam o Art. 62 (MP) como controle político repressivo. Todavia, Guilherme Peña assevera que esse exemplo não deve ser citado, pois nem sempre o controle da MP é de constitucionalidade (na verdade, na maioria é unicamente um controle político).

Inclusive, uma das correntes sobre a natureza jurídica da Medida Provisória é a de que MP é projeto de lei que tem força cautelar de Lei (SAULO RAMOS). Para essa posição, o exemplo da MP não configura um controle repressivo.

2) Controle Judicial Preventivo: Mandado de segurança impetrado por membro do CN no STF, contra, no mínimo, PEC que viola cláusula pétrea ao argumento de Direito Líquido e certo do impetrante a não se sujeitar a processo legislativo constitucional.

5 Pontos importantes...

a) Temos aqui realmente controle de constitucionalidade judicial preventivo?

SIM! O que se alega é um indevido processo legislativo. Além disso, que executa o controle é o STF. Ainda, o objeto é PEC (no mínimo) e por isso é sim preventivo.

b) Qual a fundamentação?

Não temos fundamentação específica na Constituição. Mas, é possível extrair dos seguintes dispositivos:

-Art. 60, §4º: Basta ser tendenciosa a abolir cláusula pétrea para que a PEC não seja sequer deliberada. Assim, se está pautada a PEC que viola a cláusula pétrea, temos ameaça clara ao direito líquido e certo de não deliberar.

-Art. 102, I, d: Autoridade **coatora é o presidente da Casa legislativa**. Pretende-se aqui abortar o processo, trancar o processo.

c) A quem se confere a legitimidade ativa ad causam?

Apenas a deputado federal ou senador. O argumento é de que o direito invocado é o de não deliberar. É possível litisconsórcio, desde que todos sejam deputados federais ou senadores.

Importante saber que o **partido político não é parte legítima**.

Além disso, não é possível em âmbito estadual, pelo simples fato de que na Constituição estadual não temos cláusula pétrea (que é fruto do poder constituinte derivado).

d) Como compatibilizar com a separação de poderes?

Este é o único caso em que o STF relativiza a separação, pois aqui temos em jogo uma cláusula pétrea.

Conclusão: Não é cabível o MS no caso de mera ou simples violação de norma do regimento interno da casa. A questão deve envolver a alegação de ameaça de lesão à cláusula pétrea.

e) Tendência de aumento dos casos possíveis:

O STF tende a dilatar os casos de MS nos casos de projeto de lei. A alegação é de que **quem pode o mais pode o menos**. Assim, havendo ameaça de lesão à cláusula pétrea, sendo o caso de PL ou de PEC, poderá ser impetrado o MS.

2.3. MÉTODOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO:

OBS: Método especifica o controle judicial-repressivo. Assim, a natureza do órgão será sempre judicial e o momento será sempre repressivo.

1) NÚMERO DE ÓRGÃOS:

a) **Controle Difuso:** Efetuado por qualquer (todos) órgão do poder judiciário. Método americano.

b) **Controle Concentrado:** Efetuado por um órgão ou algum número certo de órgãos. É também chamado de método austríaco (por influência de Kelsen).

2) MODO DE EXERCÍCIO:

Aqui temos a forma pela qual a questão constitucional é lavada ao conhecimento do poder judiciário.

- a) **Controle pela via de exceção:** A **questão constitucional é causa de pedir** e não em si próprio o pedido. Como exemplo: repetição de indébito lastreada na alegação de que a norma tributária é inconstitucional. Perceba que o pedido é a repetição do que foi pago e para isso utilizo do argumento de inconstitucionalidade da lei.

- b) **Controle pela via de ação direta:** A questão constitucional é o próprio pedido. Melhor exemplo é o da ADI.

2.4. MÉTODOS DE CONTROLE NO BRASIL:

Temos aqui as duas matrizes que já foram apresentadas.

Cuidado com a nomenclatura: Não usar a terminologia de “controle eclético, híbrido ou misto”. Isso porque **não ouve fusão dos controles!** Os dois métodos permanecem autônomos, malgrado sua aproximação cada vez maior.

Assim devemos utilizar 2 autores:

ANDRÉ RAMOS TAVARES, utiliza a expressão “**controle dual ou paralelo**”; **LUCIO PEGORARO** fala em tendência “**hibridação** (*gênero – qualquer forma de aproximação*) dos modelos”.

Temos aqui duas regras:

- a) O controle difuso opera pela via de exceção;
- b) Controle concentrado opera pela via de ação direta.

Agora, começaremos o estudo do controle DIFUSO pela via de exceção...

CONTROLE DIFUSO:

3. CONCEITO:

Controle efetuado por qualquer órgão do poder judiciário. Se dá na via de exceção, ou seja, não é o pedido da ação, mas sim se coloca como causa de pedir.

4. NOMENCLATURA:

É correto utilizar o termo "exceção"?

Na verdade, a doutrina utiliza esse termo de forma consagrada. Todavia, via de regra, exceção é DEFESA e nem sempre se alega a questão da inconstitucionalidade em defesa.

Posteriormente, surgiu o termo "controle incidental". Essa nomenclatura também não é a mais adequada, pois incidente ocorre no curso do processo, que dá ensejo por decisão interlocutória passível de agravo. Todavia, é possível que a questão de inconstitucionalidade possa ocorrer logo no início do processo (como no exemplo da repetição do indébito) e assim dá ensejo à Sentença que desafia apelação.

Na falta de um termo técnico, podemos utilizar a expressão utilizada no novo CPC: "arguição de inconstitucionalidade" (Art. 948, CPC). Aqui, não se menciona quem argui nem quando se argui, não sofrendo as críticas anteriores. Todavia, como vamos observar, é possível a declaração *ex officio* de inconstitucionalidade e, portanto, sem arguição.

5. CABIMENTO:

É cabível a arguição além do processo de conhecimento ou é possível em qualquer processo?

A resposta é de que cabe em qualquer processo. **Não há nenhuma restrição para a arguição em processo cautelar, execução etc.** Também é possível nos casos de ações constitucionais (HC, MS, HD, MI, AP).

**ATENÇÃO: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COLETIVO:
É possível controle de constitucionalidade em ação coletiva, por exemplo em ação
civil pública?**

JURISPRUDÊNCIA CORRELATA

LEGISLAÇÃO CORRELATA