

**FACULDADE TRÊS PONTAS**  
**BACHAREL EM DIREITO**  
**WILLIAN HENRIQUE DE OLIVEIRA**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE PELO  
JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

**Três Pontas**  
**2015**

**WILLIAN HENRIQUE DE OLIVEIRA**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE PELO  
JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado ao curso de Bacharel em Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel, tendo como orientador o Prof. Me. Evandro Marcelo dos Santos

**Três Pontas**

**2015**

**WILLIAN HENRIQUE DE OLIVEIRA**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE PELO  
JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da  
Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-  
requisito para obtenção do grau de bacharel pela Banca  
Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em    /    /

---

Prof.Me. Evandro Marcelo dos Santos

---

Prof.

---

Prof.

OBS.:

Dedico este trabalho a toda minha família, em especial a meus pais.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar agradeço a Deus por ter me capacitado para concluir esta jornada. Também agradeço aos meus pais José Milton e Rozália pelo apoio incondicional, a meu irmão pela parceria e incentivos, aos meus amigos mais próximos por todos os momentos felizes, aos professores que me auxiliaram ao longo desta jornada e ao meu Ilustre Orientador Professor Mestre Evandro Marcelo dos Santos, pelo auxílio, incentivo, colaboração fundamental para a conclusão deste trabalho.

"O pessimista vê dificuldade em cada oportunidade; o otimista vê oportunidade em cada dificuldade."

Churchill

## RESUMO

O presente trabalho aborda os principais aspectos relacionados ao Controle de Constitucionalidade, principalmente em sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. Em princípio foi realizada uma síntese da evolução histórica das cartas de direitos surgidas pelo mundo demonstrando sua importância para o desenvolvimento da doutrina do controle de constitucionalidade. Ênfase especial foi dada a supremacia da constituição que é motivo determinante para tema controle de constitucionalidade. Também ressalta a importância das formas de reconhecimento da inconstitucionalidade, demonstrando o quão amplo é o tema. Juntamente foi abordado os sistemas de controle de constitucionalidade surgidos pelo mundo e a criação do sistema brasileiro de controle. Por fim, foi elaborada uma demonstração da aplicabilidade do controle de constitucionalidade brasileiro, uma abordagem ao complexo sistema visando sua aplicabilidade pelos órgãos jurisdicionais bem como, como uma ênfase maior pela suprema corte brasileira.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade, supremacia das Constituições, sistemas de controle, aplicabilidade pelo judiciário.

## **ABSTRACT**

This paper discusses the main aspects related to Judicial Review, especially in its applicability in the Brazilian legal system. In principle an overview of the historical development of the world emerged charters demonstrating their importance to the development of the doctrine of judicial review was held. Special emphasis was given the supremacy of the constitution which is why determining theme for judicial review. Also underscores the importance of the forms of recognition of unconstitutionality, demonstrating how broad is the theme. It was approached along the constitutionality control systems that have arisen around the world and the creation of the Brazilian system of control. Finally, a demonstration of the applicability of the Brazilian judicial review was drawn up, an approach to complex system aiming their applicability by the courts as well, with a greater emphasis on the applicability Brazilian supreme court.

**Keywords:** Judicial Review, supremacy of the constitutions, control systems, applicability by the judiciary.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 AS CONSTITUIÇÕES COMO CARTAS DE DIREITOS .....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Surgimento da primeira Carta de Direitos .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 Outras cartas de direitos surgidas no mundo .....</b>	<b>15</b>
2.2.1 Declaração de direitos da Virgínia .....	15
2.2.2 Declaração de direitos dos Estados Unidos da América .....	17
2.2.3 Declaração de direitos Francesa.....	20
2.2.4 Declaração Universal dos Direitos do Homem.....	21
<b>2.3 A Carta Constitucional Brasileira de 1988.....</b>	<b>24</b>
<b>3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>28</b>
<b>3.1 A Pirâmide Kelsiana .....</b>	<b>29</b>
<b>3.2 Leis Complementares e Leis Ordinárias .....</b>	<b>30</b>
<b>3.3 Demais Normas Jurídicas .....</b>	<b>32</b>
<b>4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS .....</b>	<b>39</b>
<b>4.1 As Formas de Inconstitucionalidade .....</b>	<b>40</b>
<b>4.2 Órgãos de reconhecimento prévio de Inconstitucionalidade .....</b>	<b>43</b>
<b>5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO E DIFUSO .....</b>	<b>46</b>
<b>5.1 O Controle Concentrado.....</b>	<b>46</b>
5.1.1 O modelo austríaco de Kelsen .....	47
<b>5.2 O Controle Difuso .....</b>	<b>49</b>
5.2.1 Caso Marbury x Madison .....	51
<b>6 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL-MODELO MISTO..</b>	<b>53</b>
<b>6.1 O Reconhecimento de Inconstitucionalidade em Ações Diretas .....</b>	<b>56</b>
6.1.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica .....	57
6.1.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade .....	67
6.1.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental .....	68
6.1.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão .....	70
<b>6.2 O Reconhecimento De Inconstitucionalidade Pelo Supremo Tribunal Federal Em Ações Incidentais.....</b>	<b>72</b>
<b>6.3 O Modelo Misto Brasileiro.....</b>	<b>78</b>
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intuito apresentar um panorama histórico trazendo a forma como surgiu a primeira Carta de Direitos que se tem conhecimento, e também as demais cartas que passaram a reconhecer esses direitos de acordo com a evolução histórico, político e social, vindo da idade média de um período das Cruzadas, passando pela independência dos Estados Unidos da América, a Revolução Francesa marco da liberalidade dos pensamentos iluministas, culminando na Declaração Universal dos Direitos do Homem. E por fim será abordado um breve histórico do constitucionalismo brasileiro e a forma como desaguou na nossa Constituição de 1988. Exatamente como forma de demonstrar a materialização dos direitos fundamentais através das Cartas de direitos.

Por conseguinte será abordado a questão da supremacia das Cartas de Direitos, conforme o proposto pelo gênio Hans Kelsen, demonstrando que todas as Cartas emanam da Norma Hipotética fundamental e deste modo devem ser superiores as demais normas e atos normativos de qualquer ordenamento jurídico. Visto que a mesma emana do poder constituinte originário que se trata de um poder onipotente, determinando assim que as Cartas de Direitos venham a gozar de superioridade no ordenamento jurídico. E também traçar uma breve síntese sobre a hierarquia das normas, ideal também proposto por Kelsen que vem a determinar mais enfaticamente a Supremacia das Constituições, demonstrando assim seu ideal de materialização de uma norma Hipotética Fundamental.

Após será demonstrado o efeito que a esta supremacia das Cartas Constitucionais acarretam ao ordenamento, sendo necessário portanto a proteção desta supremacia para que seja garantida e vigência e eficácia da Norma Suprema. Assim a supremacia da constituição e a hierarquia das normas, irão fundamentar a necessidade de existência do controle de constitucionalidade como forma de garantia do texto constitucional. Bem como serão analisadas as formas como se apresentam as inconstitucionalidades, e também demonstrar os órgãos que irão reconhecer do tema.

Assim serão levantados os modelos de controle de constitucionalidade existentes, o controle concentrado austríaco desenvolvido por Hans Kelsen, em seguida será analisado o sistema concretista norte americano, desenvolvido através do caso concreto *Marbury x Madison*.

Por fim será analisado o sistema misto adotado pelo judiciário brasileiro, adentrando-se no controle efetuado pelas ações diretas presentes em nosso ordenamento para que possam assim garantir a supremacia da Carta Constitucional, que serão julgadas pelo Supremo

Tribunal Federal, e também serão demonstrados todos os seus requisitos. Será abordado a forma de controle incidental exercida pelo Supremo Tribunal Federal, e também o controle difuso exercido pelos órgãos jurisdicionais, E por fim trazer o posicionamento acerca do controle de constitucionalidade e o modelo misto, conforme é efetuada a sua aplicabilidade pelo judiciário brasileiro.

## 2 AS CONSTITUIÇÕES COMO CARTAS DE DIREITOS

O que se tem conhecimento, é que as constituições devem ser entendidas de acordo com Paulo e Alexandrino (2014, p. 4) “como a lei fundamental e suprema de um Estado que rege a sua organização político-jurídica”, também no mesmo sentido, o que segundo Bonavides (2014, p. 33) deve ser entendido como constituições “o tronco do qual derivam todos os ramos do direito positivo”.

Ainda com intuito de trazer um conceito sobre o que é constituição ideal que aduz J.J. Gomes Canotilho e necessário que exista os elementos caracterizadores desta liberalidade que são:

- a) A constituição deve ser escrita;
- b) Deve conter uma enumeração de direitos fundamentais individuais (direitos de liberdade);
- c) Deve adotar um sistema democrático formal (participação do “povo” na elaboração dos atos legislativos, pelos parlamentos);
- d) Deve assegurar a limitação do poder do Estado mediante o princípio da divisão dos poderes.(CANOTILHO, 1994 apud PAULO, ALEXANDRINO, 2014, p. 5)

Características estas que vão acompanhar todas as cartas de direitos que passaremos a explicar, visto que, as presentes características, são na verdade uma exigência inequívoca que todas devem apresentar.

Quando se fala em Cartas de Direitos, não se pode dar prosseguimento ao assunto sem traçar um panorama histórico sobre o desenvolvimento dessa área, como foi o surgimento da primeira carta de direitos, qual a função destas cartas em que sentido se teve a necessidade de montar uma Carta de Direitos, ou Carta Magna como é tratada pela maioria dos doutrinadores.

É nesse intuito que segue a história das cartas de Direitos, onde a principio havia um cenário político econômico social onde o povo como elemento essencial do Estado possuía inúmeras restrições por parte dos soberanos, destarte o povo impôs a necessidade de assegurar algumas de suas liberdades básicas.

Assim procurando constituir este apanhado de direitos necessários para a manutenção dos requisitos do estado, e os direitos emanados do povo, foi dado inicio a criação das Cartas de Direito para deste modo constituir o direito do Povo.

### 2.1 O Surgimento da Primeira Carta de Direitos 1215<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Este item foi elaborado com base no artigo científico intitulado “O Legado Jurídico da Magna Carta de 1215” de 2006

A primeira carta de direitos a que se tem registro é a Magna Carta de 1215, A Carta assinada por João Sem Terra que figurava como rei da Inglaterra, devido a seu irmão Ricardo Coração de Leão ter falecido nas Cruzadas, ele passou a ser o soberano da Inglaterra, este que adotou uma forma de monarquia onde restringia e os direitos do povo a aumentava discricionariamente os impostos, pois devido as Cruzadas os reinos estavam sem príncipes, reis, senhores feudais, o que estava a gerar intrigas políticas gerando revolta do povo.

O período que passava a Inglaterra, após a morte do rei Ricardo, seu irmão que assumiu o trono legalmente, passou a tomar inúmeras decisões que fizeram com que a burguesia e os camponeses o contrariassem, e infringindo leis e costumes antigos, que sustentavam a base cultural da Inglaterra, foi imposta pelo Povo a necessidade de ser assinada a Carta Magna, que posteriormente viria a ser a primeira carta de direitos que se tem conhecimento.

A Magna Carta de 1215 previa em seu início a liberdade Religiosa dispensava a necessidade de aprovação dos eclesiásticos pelo soberano, contudo não se tratava de escolha religiosa, já que período histórico em que se encontra é a Idade Média onde a religião Católica Romana possuía enorme influência nos países como um todo, pois se isso fosse feito, seria punido severamente. Cumpre salientar que o Rei João Sem Terra estava em conflito com a monarquia inglesa, fazendo deste ato uma perda de poder do soberano.

Também trazia a Magna Carta em seu corpo que haveria liberdade no reino para os “homens-livres”, assim como se tratava de uma imposição maior por parte da burguesia inglesa inconformada com as decisões do monarca, impuseram tal fundamento, onde deve ser ressaltado que se tratava de um direito unilateral, visto que estavam num período feudal onde só possuíam direitos os nobres clérigos e burgueses, sendo estes os considerados “homens-livres”. Porém tal terminologia fez com que os efeitos alcançados pela Carta Magna fossem ampliados no decorrer do tempo, quando chegou a alcançar a todo o povo inglês.

A Carta continha também uma vedação ao poder de tributar para o soberano, tendo em vista que a monarquia a época por estar em guerra e seu rei atuar nas cruzadas, eram instituídos impostos com valores exorbitantes, a ponto de tornar-se impossível pagar os mesmos, pois tamanha era a carga tributária que recaía sobre os nobres. Impostos estes que serviam para a manutenção da tropa, visto que o país se encontrava em guerra, e também porque o Rei Ricardo fora preso pelos inimigos, assim foi necessário pagar pelo seu retorno; desta forma os nobres e burgueses ficavam ainda mais insatisfeitos com o Rei João, impondo na Magna Carta que para existir a criação ou aumento de impostos deveria ser ouvido o conselho, ou seja, não haveria mais aumento discricionário por vontade do soberano, ele deveria primeiro consultar o conselho pra saber se o tributo poderia ser cobrado, ou seja, o poder de tributar deverá ser consultado pelos súditos se autorizam, para que o estado não dilapide o patrimônio dos mesmos.

Também fora fixada na Carta Magna os direitos relativos aos burgueses, existiriam algumas regalias perante a monarquia, entre estas regalias seriam privilégios dedicados a

---

apenas a classes dos burgueses o qual estes teriam privilégios onde lhes seria assegurado o direito de venda dentro e fora do território inglês, de forma que mesmo com o território inglês sendo dividido em feudos, seria unificado o privilégio dos burgueses para estes pudessem apesar da divisão territorial, manter o comercio dentro e fora do país levando um tratamento especial a referida classe.

A referida carta de direitos ainda trazia em seu corpo, o que para muitos é o mais importante, o devido processo legal, onde os “homens livres” deveriam ser julgados, pelos seus pares de acordo com a lei local.

A princípio, o rei julgava no seu Tribunal, a Curia Regis. Porém ao passar do tempo, foram designadas “secções” especializadas da cúria para se representarem algumas matérias: O Tribunal do Tesouro ( Scaccarium, Court of Exchequer) desde o século XII para as finanças e os litígios fiscais, o Tribunal de Queixas Comuns (Court of Common Pleas) a partir de 1215 para os processos relativos à posse da terra, o Tribunal do Banco do Rei (King’s Bench) para julgar os crimes contra a paz do reino. O Scaccarium e os Common Pleas tinham sede em Westminster, cidade próxima a Londres, enquanto que o King’s Bench era um tribunal itinerante que seguia o rei nas suas viagens pelo reino.

Deste modo o principio do devido processo legal, surgia para naquele momento proteger os direitos dos “Homens Livres”, se tratava dos Barões, que àquele momento era para que não fossem julgados por pessoas inferiores, assegurando assim, um direito que já lhes era devido na legislação local. O seu advento veio caçar o arbítrio das decisões do monarca, pondo freios nas limitações de direitos que estes vinham sofrendo. E como todas as previsões contidas nesta carta de direitos a principio era apenas em beneficio dos nobres e posteriormente veio a pertencer a todos os cidadãos ingleses.

Deixando oportuno demonstrar que graças a esta carta de direitos foi dado ênfase ao principio do devido processo legal, hoje presente em todos os ordenamentos jurídicos do mundo, onde todos os cidadãos devem ter acesso a uma justiça plena, livre e rápida para assim lhe ser assegurado seu direito.

A Carta Magna de 1215 trouxe ainda outra limitação aos monarcas, quando extinguiu as penalidades desproporcionais e arbitrárias do rei. Trazendo em seu texto o principio da proporcionalidade, onde a penalidade imposta devera ser condizente ao ato praticado, destarte os delidos mais leves serão apenados de forma mais branda enquanto os mais graves de forma mais severas, estando os infratores submetidos aos tribunais acima relatados onde quem os julgava, eram seus pares.

A Carta Magna, ainda trouxe como limitação dos poderes do rei João Sem Terra, sobre o fato de não poder confiscar bens dos nobres de forma discricionária. Direito que advêm da limitação do poder tributar do soberano, já comentado, onde não poderiam ser instituídos impostos arbitrários e totalmente discricionários, pois a instituição de imposto deveria primeiro ouvir o conselho que era formado por nobres da sociedade inglesa, assim também foi limitado o confisco dos bens dos inglês, que passar dos tempos veio a se tornar uma garantia dos ingleses contra abusos das autoridades.

Esta Carta de Direitos proporcionou a sociedade uma reflexão sobre a limitação dos poderes do soberano bem como a proteção de direitos dos “homens livres”, que ao passar do tempo se estendeu ao povo Inglês, e graças ao advento desta carta de direitos, imposta pelos nobres, e seu corpo veio a figurar as presentes limitações, onde o rei não mais poderia exercer o poder de modo absoluto, existindo varias limitações para o exercício de mesmo.

Destarte conforme disposto insta salientar que a Carta Magna de 1215 foi um marco, pois tinha como respaldo a criação de todas as constituições e leis que viriam a ser firmadas por todo o mundo nos anos que se seguiram, e passados 800 anos de sua edição, a Carta Magna quebrou paradigmas quando limitou o poder soberano e absoluto do Rei, e reconheceu que não existe nenhum homem nem mesmo rei acima da lei. O peso desta carta de direitos foi o reconhecimento da limitação do poder do estado, e a necessidade de reconhecer os direitos do povo, e tendo como principal efeito o nascimento do real conceito de justiça o qual conhecemos até hoje.

## **2.2 Outras Cartas de Direitos Surgidas no Mundo**

### **2.2.1 Declaração de Direitos da Virgínia**

A declaração de direitos da Virgínia trouxe a primeira declaração de direitos do homem para a sociedade, em 12 de junho de 1776, antecedeu a declaração de independência dos Estados Unidos da América que ocorreu em 04 de julho de 1776, que à época tinha cenário politico social de revolta, tendo em vista que a coroa britânica estava a cada dia mais impondo a majoração de impostos e ceifando os direitos de liberdade do homem e liberdade de comercio. A declaração que continha dezoito artigos protegia todos os direitos fundamentais para garantir o livre arbítrio, a igualdade e a fraternidade lema da Revolução Francesa de 1789. Cabe salientar que a Declaração de Direitos da Virgínia embasou a Declaração de Direitos dos Estados Unidos da América e também vai de encontro com a Declaração de Direitos Francesa que veio treze anos mais tarde.

Declaração de Direitos de Virgínia  
Williamsburg, 12 de Junho de 1776.

Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Artigo 2º - Toda a autoridade pertence ao povo e por consequência dela se emana; os magistrados são os seus mandatários, seus servidores, responsáveis perante ele em qualquer tempo.

Artigo 3º - O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração.

Todas as vezes que um governo seja incapaz de preencher essa finalidade, ou lhe seja contrário, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e imprescritível de reformar, mudar ou abolir da maneira que julgar mais própria a proporcionar o benefício público.

Artigo 4º - Nenhum homem e nenhum colégio ou associação de homens poder ter outros títulos para obter vantagens ou prestígios, particulares, exclusivos e distintos dos da comunidade, a não ser em consideração de serviços prestados ao público, e a este título, não serão nem transmissíveis aos descendentes nem hereditários, a ideia de que um homem nasça magistrado, legislador, ou juiz, é absurda e contrária à natureza.

Artigo 5º - O poder legislativo e o poder executivo do estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária; e a fim de que também eles de suportar os encargos do povo e deles participar possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros dos dois primeiros devem estes em tempo determinado, voltar a vida privada, reentrar no corpo da comunidade de onde foram originariamente tirados; os lugares vagos deverão ser preenchidos pôr eleições, freqüentes, certas e regulares.

Artigo 6º - As eleições dos membros que devem representar o povo nas assembleias serão livres; e todo indivíduo que demonstre interesse permanente e o conseqüente zelo pelo bem geral da comunidade tem direito geral ao sufrágio.

Artigo 7º - Nenhuma parte da propriedade de um vassalo pode ser tomada, nem empregada para uso público, sem seu próprio consentimento, ou de seus representantes legítimos; e o povo só está obrigado pelas leis, da forma pôr ele consentida para o bem comum.

Artigo 8º - Todo o poder de deferir as leis ou de embarçar a sua execução, qualquer que seja a autoridade, sem o seu consentimento dos representantes do povo, é um atentado aos seus direitos e não tem cabimento.

Artigo 9º - Todas as leis que tem efeito retroativo, feitas para punir delitos anteriores a sua existência, são opressivas, e é necessário, evitar decretá-las.

Artigo 10º - Em todos os processos pôr crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido pôr um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser pôr um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país.

Artigo 11º - Não devem ser exigidas cauções excessivas, nem impostas multas demasiadamente fortes, nem aplicadas penas cruéis e desusadas.

Artigo 12º - Todas as ordens de prisão são vexatórias e opressivas se forem expedidas sem provas suficientes e se a ordem ou requisição nelas transmitidas a um oficial ou a um mensageiro do Estado, para efetuar buscas em lugares suspeitos, deter uma ou várias pessoas, ou tomar seus bens, não contiver uma indicação e uma descrição especiais dos lugares, das pessoas ou das coisas que dela forem objeto; semelhantes ordens jamais devem ser concedidas.

Artigo 13º - Nas causas que interessem à propriedade ou os negócios pessoais, a antiga forma de processo pôr jurados é preferível a qualquer outra, e deve ser considerada como sagrada.

Artigo 14º - A liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos.

Artigo 15º - Uma milícia disciplinada, tirada da massa do povo e habituada à guerra, é a defesa própria, natural e segura de um Estado livre; os exércitos permanentes em tempo de paz devem ser evitados como perigosos para a liberdade; em todo o caso, o militar deve ser mantido em uma subordinação rigorosa à autoridade civil e sempre governado por ela.

Artigo 16° - O povo tem direito a um governo uniforme; deste modo não deve legitimamente ser instituído nem organizado nenhum governo separado, nem independente do da Virgínia, nos limites do Estado.

Artigo 17° - Um povo não pode conservar um governo livre e a felicidade da liberdade, a não ser pela adesão firme e constante às regras da justiça, da moderação, da temperança, de economia e da virtude e pelo apelo freqüente aos seus princípios fundamentais.

Artigo 18° - A religião ou o culto devido ao Criador, e a maneira de se desobrigar dele, devem ser dirigidos unicamente pela razão e pela convicção, e jamais pela força e pela violência, donde se segue que todo homem deve gozar de inteira liberdade na forma do culto ditado pôr sua consciência e também da mais completa liberdade na forma do culto ditado pela consciência, e não deve ser embaraçado nem punido pelo magistrado, a menos, que, sob pretexto de religião, ele perturbe a paz ou a segurança da sociedade. É dever recíproco de todos os cidadãos praticar a tolerância cristã, o amor à caridade uns com os outros.

(DECLARAÇÃO...2015 a).

Assim, conforme o previsto na declaração de Direitos da Virgínia, a primeira declaração de direitos que se tem conhecimento, veio garantir ao homem além dos preceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, a de agir em desfavor de governos tiranos, que de forma absoluta e inadequada ceifava os direitos do homem, sendo desta forma um passo enorme para garantia dos direitos.

## 2.2.2 Declaração de Direitos dos Estados Unidos da América

Conforme já exposto os Estados Unidos da América estavam em um cenário político econômico caótico tendo em vista a majoração de impostos que a coroa britânica impôs devido ter se envolvido na guerra de sete anos com a França e dessa forma teve majorar os tributos cobrados das 13 colônias inglesas na América. Também a lei do Selo que previa que qualquer documento oficial que circulasse as colônias devia conter um selo comprado na metrópole. Além da lei do Açúcar que impunha um embargo comercial as 13 colônias, fazendo com que estas só pudessem negociar com a metrópole, e as demais colônias inglesas. Ainda a revolta do Chá, onde a Inglaterra fechou um contrato de exclusividade com a Companhia das Índias Orientais que estava com deficiência financeira, desta forma prejudicando os comerciantes por estes terem prejuízos, pois não conseguiam competir em preço com os produtos subsidiados pela coroa britânica. Neste cenário embasado pela declaração de Direitos da Virgínia os 13 colônias declararam a independência em 1776 assim quinze anos após declarar a independência em 1891 o primeiro congresso norte americano ratificou a Carta dos Direitos dos Estados Unidos da América, também conhecida como Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos, que vinha a garantir os direitos dos Norte Americanos em dez emendas.

Já na primeira emenda versava sobre a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de reunião e o direito de petição.

Emenda I O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, nem proibir o livre exercício de uma; nem cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito de o povo se reunir pacificamente e dirigir petições ao Governo para reparação de injustiças. (DECLARAÇÃO...2015 b)

A segunda emenda trata da devida segurança do estado e a liberdade do cidadão Norte Americano de possuir armas, como um direito fundamental. E as emendas III e IV tratam do direito a propriedade, e a segurança e inviolabilidade da intimidade e da propriedade.

Emenda II (Ratificada em 15 de Dezembro de 1791) Sendo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, o direito do povo a possuir e usar armas não poderá ser infringido.

Emenda III (Ratificada em 15 de Dezembro de 1791) Nenhum soldado deve, em tempo de paz, ficar alojado em qualquer casa sem o consentimento do proprietário, nem em tempo de guerra, a não ser da forma prescrita pela lei.

Emenda IV (Ratificada em 15 de Dezembro de 1791) O direito do povo à inviolabilidade de pessoas, casas, documentos e propriedade pessoal contra buscas e apreensões não razoáveis não deve ser violado, e não devem ser emitidos mandatos a não ser com causa provável apoiada por juramento ou declaração e descrevendo especificamente o local da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. (DECLARAÇÃO...2015 b)

A emenda V traz o princípio da legalidade e suas exceções, a não produzir provas contra si mesmo, o princípio do devido processo legal, assegurado o direito de expropriação ressalvado a justa indenização.

Emenda V (Ratificada em 15 de Dezembro de 1791) Nenhuma pessoa será detida para responder por um crime capital, ou outro crime infame, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em casos que ocorram nas forças navais ou terrestres, ou na milícia, quando em serviço efectivo A Declaração dos Direitos Embaixada dos Estados Unidos da América Os Fundamentos da Liberdade em situação de guerra ou perigo público; nem pode qualquer pessoa ser julgada duas vezes pelo mesmo crime cuja condenação possa levar à pena capital ou ao encarceramento; nem ser obrigada a servir de testemunha em qualquer processo criminal contra si mesma, nem ser privada de vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indemnização. (DECLARAÇÃO...2015 b)

A emenda VI faz menção ao princípio da ampla defesa e o contraditório.

Emenda VI (Ratificada em 15 de Dezembro de 1791) Em todos os processos penais o acusado terá direito a um julgamento rápido e público por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tenha sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser confrontado com as testemunhas de acusação; a ter um processo obrigatório para obtenção de testemunhas a seu favor e a ter a assistência de um advogado para sua defesa. (DECLARAÇÃO...2015 b)

A emenda VII trata da aplicação dos costumes no direito norte americano. A emenda VIII trata da aplicação da pena devida ocorrer de forma justa, para garantir assim o direito fundamental do cidadão. E por fim as emendas IX e X tratam que a enumeração da carta é apenas exemplificativa e não sendo taxativa, é assegurada a competência de direito ao Estado.

Emenda VII (Ratificada em 15 de Dezembro de 1791) Nos processos de direito consuetudinário, quando o montante em disputa exceder vinte dólares, deve ser garantido o direito a julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista senão de acordo com as regras do direito consuetudinário.

Emenda VIII (Ratificada em 15 de Dezembro de 1791) Não será exigida fiança excessiva, nem impostas multas excessivas, nem penas cruéis ou invulgares.

Emenda IX (Ratificada em 15 de Dezembro de 1791) A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como negação ou coibição de outros direitos inerentes ao povo.

Emenda X (Ratificada em 15 de Dezembro de 1791) Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo, respectivamente. (DECLARAÇÃO...2015 b)

Assim fica demonstrado que carta de direitos dos Estados Unidos da América veio assegurar em suas dez emendas os direitos fundamentais do homem, deixando claro sua importância histórica para o desenvolvimento de futuras cartas de direitos, e constituições, exaltando que todas emanam da Carta Magna assinada pelo rei João Sem Terra da Inglaterra.

### 2.2.3 A Declaração de Direitos Francesa

A declaração de direitos Francesa surgiu em vinte nove de agosto de 1789, pouco depois do início da Revolução Francesa que teve início em quatorze de julho de 1789, com a tomada da “Bastilha”, prisão que era o marco da opressão de direitos que os franceses sofriam por decisões arbitrárias dos monarcas à época. E junto desta declaração de direitos conhecida como Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, embasaram a maior revolução que visava à garantia de direitos que se tem conhecimento, com o lema: “*Liberté, Egalité, Fraternité*” (Liberdade, Igualdade, Fraternidade), fundado nos preceitos iluministas do início do século XVIII, da Declaração de Direitos da Virgínia, e também da Magna Carta de 1215. Assim demonstrando que esta declaração veio para garantir os que os direitos do homem fossem respeitados, conforme demonstra o texto da referida declaração abaixo.

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por estas prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização. (DECLARAÇÃO...2015 c)

Assim após analisada a presente declaração fica saliente a semelhança com a Declaração de Direitos da Virgínia entre conteúdo bem como, extensão e precaução dos direitos humanos, tornando esta declaração fundamental para o reforço do direito do homem, bem como servir de inspiração as seguintes cartas de direitos que foram elaboradas posteriormente. Tendo como objetivo reforçar o lema da revolução francesa que teve como um de seus pilares a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, protegendo a liberdade a igualdade e a fraternidade entre os homens.

#### 2.2.4 Declaração Universal dos Direitos do Homem

A declaração universal dos direitos do homem, proclamada em dez de dezembro de 1948, onde o mundo estava em um cenário pós segunda guerra mundial, trouxe a baila barbaridades exercidas na segunda grande guerra. Restando obrigatória a necessidade de garantir a humanidade os direitos essenciais sobre a liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, e principalmente com traz em seu artigo 1º a igualdade “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”(DECLARAÇÃO...2015 d), demonstrando que os efeitos trazidos pelas cartas de direito da Virgínia, Carta de direito dos Estados Unidos da América, e declaração de direitos francesa, vieram a se traduzir em uma Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Este documento é um marco na história dos direitos humanos, pois demonstra em seus artigos estabelecendo pela primeira vez a proteção universal de todos os direitos do homem.

A ASSEMBLÉIA GERAL proclama A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. Artigo I Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor,

sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo III Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo VII Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV 1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV 1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes<sup>3</sup>. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Artigo XVII 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.

Artigo XIX Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI 1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XXVIII Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIX 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos. (DECLARAÇÃO...2015 d)

A forma mais exata de demonstrar o peso desta declaração e trazê-la de forma completa tendo em vista que se trata de um documento de imensa importância para a elaboração da nossa constituição de 1988 que é conhecida como constituição cidadã, e esta declaração foi um marco quando reuniram em um só documento todos os direitos essenciais ao homem.

### **2.3 A Constituição Brasileira de 1988**

O Brasil quando se trata de Constituições teve uma evolução quanto a suas constituições divididas em três etapas, o constitucionalismo do império, o constitucionalismo da primeira república e o constitucionalismo do estado social (BONAVIDES, 2014), as quais passa-se a uma breve explicação.

A primeira, o constitucionalismo de império é fundado em suma nas declarações já referidas neste trabalho, inglesas e francesas, onde teve seu tempo entre 1822 a declaração de independência do Brasil e 1889 data da proclamação da república pelos militares. Esta fase deteve a constituição que mais tempo vigorou em nosso ordenamento, a carta outorgada em 1824, perdurou por 65 anos, que restou de benefícios a organização dos poderes, segundo Bonavides (2014, p. 371) “ao celebre esquema de Montesquieu; Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Garantia os direitos individuais e políticos” (BONAVIDES, 2014).

A segunda fase chamada de primeira república, é marcada pela adoção do sistema americano com o federalismo e o presidencialismo, ingressando assim na segunda etapa do constitucionalismo brasileiro, Bonavides (2014, p. 372) “[...] deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos [...], de Montesquieu para Jefferson e Washington [...]”, foi quando o Brasil abandonou o absolutismo e passou a plenitude das instituições do liberalismo, durante este período vigorava a constituição de 1891 que pregava, pelo menos em tese um estado liberal de direito. Perdurando até 1934, quando por vícios de corrupção eleitoral, e pressionado pela revolução constitucionalista que teve início em 1932 em São Paulo, onde o Estado viveu um período de ditadura e oprimido pelo poder Central (BONAVIDES, 2014).

A terceira e última etapa chamada constitucionalismo do Estado Social, veio com a promulgação da constituição de 1934 que segundo Bonavides (2014, p. 374) “[...] época marcada de crises, golpes de Estado, insurreição, impedimentos, renúncia e suicídio de Presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e Constituições.”. Neste sentido o constitucionalismo se via sem base, porém a intenção de mudar e garantir os direitos sociais, embasados pelas constituições alemãs se deu início o período mais conturbado da história da nação brasileira, que graças este momento, o constitucionalismo desaguou na presente

constituição promulgada em 1988, depois de superar períodos ditatoriais, enfim chegava a Constituição Cidadã como ficou conhecida a Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição Da Republica Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, surgiu da necessidade de encerrar o período Militar, vigente até então, com uma nova constituição, onde foram convocados para a instalação de Assembleia Nacional Constituinte os deputados federais e senadores, que estavam no cumprimento do seu mandato, sua principal função foi a de instituir um real estado democrático-social de direito. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014).

A presente constituição veio para compor a suprema lei do país, porém os constituintes, não tinham a capacidade de saber qual seria o futuro e como teria aplicabilidade a presente norma, assim a Carta Política de 1988, nas palavras de Mendes (2009, p. 202) “[...] mais do que uma obra feita, é um projeto em constante reformulação, um experimento em marcha ou, se preferirmos, um conjunto de materiais de construção, com que se poderão erguer monumentos diversos a depender da política constitucional [...]”. Para dar um respaldo ao referido, é necessário que relembre-se as palavras proferidas pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte o deputado Ulysses Guimarães que na solenidade de promulgação da Constituição por ele batizada de “Constituição Cidadã”:

*O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania.*

*A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país.*

*Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem.*

*Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã.*

*Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar.*

*A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade.*

*Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo Executivo e o Legislativo.*

*Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos.*

*É a Constituição Coragem.*

*Andou, imaginou, inovou, ousou, ouviu, viu, destruiu tabu, tomou partido dos que só se salvam pela lei. A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça (Ulysses Guimarães, 1988 apud MENDES, 2009, p. 202).*

O momento histórico o qual o país se encontrava, após superados cinco lustros de regime ditatorial, quando a nação se acordava para a democracia plena, e não tinha ideia dos resultados que a presente criação poderia trazer, deixando notório que a Constituição de 1988 é a mais democrática de nossas cartas políticas, observado principalmente o período em que ela foi gerada. (MENDES, 2009).

A Constituição de 1988, além da ampliação dos direitos fundamentais, também traz a presente carta, os remédios constitucionais que conforme Paulo e Alexandrino (2014, p. 32) “[...] (enfática vedação a censura prévia, surgimento do *habeas data*, do mandado de injunção,

do mandado de segurança coletivo, ampliação do objeto da ação popular etc.)[...]”. Além do fortalecimento das instituições do Ministério Público, ainda ampliando a importância do Controle de Constitucionalidade, dando ênfase ao controle concentrado, com o surgimento de novas ações que visam a proteção da magna carta, também a quebra do monopólio do Procurador Geral da República, a reestruturação do sistema tributário nacional e ainda a preocupação de trazer a tona normas de organização da Administração Pública e dos agentes públicos. Assim redesenhou a estrutura do Estado, com maior autonomia dos municípios, o fortalecimento do poder judiciário e do legislativo, bem como suas funções de fiscalização, aumentando os direitos fundamentais em todas as dimensões. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014).

A Constituição de 88 é classificada de acordo com Paulo e Alexandrino (2014, p. 33) “como escrita codificada, democrática, dogmática eclética, rígida, formal, analítica, dirigente, normativa, principiológica, social e expansiva.”. No mesmo sentido Paulo Bonavides ainda classifica a Carta Magna de 88, como rígida, escrita, codificada, promulgada e prolixa.

A Constituição da República de 1988, além dos já dispostos acima, trouxe alguns direitos que são classificados como direitos individuais que são os que delimitam a autonomia dos indivíduos, assegurando a não interferência do Estado, direitos coletivos que representam os direitos do homem enquanto coletividade, os direitos sociais que regulam as relações sociais e culturais, bem como os direitos à nacionalidade e direitos políticos. (GIESELER, 2015).

E conforme o exposto segue as palavras de Gilmar Mendes sobre o respaldo da Carta Constitucional de 1988:

Em face de tudo quanto se disse acerca desses aspectos macro institucionais da Constituição de 1988, acreditamos não cometer excessos, se a considerarmos a mais avançada das cartas políticas que já tivemos ao longo da nossa experiência constitucional, nada ficando a dever às leis fundamentais dos chamados *povos cultos*. (MENDES, 2009, p. 213).

Destarte restando evidente, que a nossa Constituição da República de 1988, é um resultado de uma crescente evolução no que tange as Cartas de Direitos surgidas pelo mundo, e que também veio como uma resposta da sociedade para com os períodos de restrições de direitos fundamentais os quais, a nação brasileira passou, trazendo para o povo uma esperança da qual não se tinha conhecimento se seria alcançada, porém hoje sabemos que ideia do Legislador Constituinte veio de certa forma a se concretizar.

### **3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

O termo supremacia da constituição surge pelo fato que as mesmas são supremas, ou seja, não existe legislação que sobreponha à constituição. Esta razão se deve a forma como surgem às constituições, elas advêm de um poder supremo, reconhecido como Poder Constituinte Originário.

Neste sentido observa-se o que preleciona Gilmar Mendes (2009, p.231) "A autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto."

A referida teoria do poder constituinte foi elaborada pelo francês Emmanuel Siyès em sua obra "Qu'est-ce que le Tiers-État?" ("O que é o Terceiro Estado?"), que trazia como contexto a Constituição como produto de um poder constituinte originário capaz de organizar os poderes instaurando uma nova ordem jurídica.(MENDES, 2009).

Trata-se então de um poder supremo, que irá instituir uma Norma Suprema, sendo o motivo para essas atribuições é que surge da vontade do "Povo" enquanto elemento constituinte do Estado, sendo este soberano, e segundo Gilmar Mendes (2009, p.231), se trata de um poder "[...] desvinculado das demais normas, realçando a sua onipotência, capaz de criar do nada e dispor de tudo ao seu talante".

Para enfatizar ainda mais a supremacia do poder constituinte, traz-se o que preleciona Pedro Lenza (2012, p.185) "O poder constituinte originário é inicial, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado, soberano na tomada de suas decisões, um poder de fato político, permanente".

Isto posto fica evidente que a Constituição é suprema, por surgir de um poder soberano, onde o Estado fica vinculado às disposições previstas na carta Constitucional, por esta ser objeto de criação da soberania popular e a base de todos os poderes constituídos. (BONAVIDES, 2014).

Neste sentido, a nossa Constituição de 1988, é soberana e suprema, pois a mesma deriva de um poder constituinte formado para a sua criação, e de acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva (2014, p.48) “Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamentos e só ela confere poderes e competências governamentais”.

Restando claro a importância do poder constituinte, para que decorrente deste venha surgir à supremacia das Constituições, que são objeto da soberania popular, portanto também soberanas.

### **3.1 A Pirâmide Kelsiana<sup>2</sup>**

Hans Kelsen, o Pai do Positivismo, nascido na Áustria, no ano de 1881, e falecendo no ano de 1973, deixou para a ciência jurídica uma das obras com imenso respaldo mundial no assunto, a “Teoria Pura do Direito”, sendo um dos juristas mais conceituados da história.

Em sua obra ele busca uma ciência jurídica pura, ou seja, sem intervenções das demais áreas do conhecimento, onde se uma norma existe em determinado ordenamento, logo ela deveser cumprida, pois, se a norma de fato está no campo da existência é porque ela já possui exigência de cumprimento, não devendo existir uma intervenção de outras áreas do conhecimento para que seja dado a interpretação da ciência jurídica. Neste sentido, se uma norma é válida ela deve ser cumprida.

O autor traz em sua obra uma hierarquização das normas, de forma em que sempre vai existir uma norma superior-fundante e uma norma inferior-fundada, que neste sentido foi de encontro ao questionamento, se sempre existirá uma norma superior, que no caso se trata das Constituições, assim de onde surgem as normas superiores, e o porque de sua supremacia em relação ao restante do ordenamento jurídico.

Assim para justificar de onde surge a norma superior-fundante o brilhante autor recorre ao campo da transcendência no qual a norma Hipotética Fundamental estaria em um campo superior inacessível estando além do ordenamento jurídico, portanto seria a base para o surgimento do mesmo. Sendo esta norma Hipotética Fundamental o molde para a criação da Constituição que seria a norma superior em um ordenamento jurídico.

A hierarquia das normas criada por Kelsen é demonstrada através de uma pirâmide que ganhou o nome de Pirâmide Kelsiana, que aduz que acima de todas as normas encontra a Norma Hipotética Fundamental, sendo esta intangível, por conseguinte logo no vértice da pirâmide vem a Constituição que conforme Kelsen é a supremacia de todo ordenamento

---

<sup>2</sup> Este item foi elaborado com base no artigo científico intitulado “Teoria pura do direito a hierarquização das normas”

jurídico. Observado que no conteúdo da mesma está a Norma Hipotética Fundamental, abaixo da Constituição estão as Normas Gerais, que são aquelas que emanam da Carta Constitucional, e vem a moldar o ordenamento jurídico que seriam as leis, os costumes as jurisprudência e na porção inferior da pirâmide encontra as demais normas que foram intituladas por Kelsen como Normas Individualizadoras, que neste caso se enquadrariam: as decisões judiciais “*a quo*”, os negócios jurídicos, etc.

Destarte para Hans Kelsen, a Constituição é vista como algo onipotente, onde está fixada a Norma Hipotética, e que traz a organização e estruturação do Estado, bem como todo o funcionamento do mesmo. Devido a este motivo a própria Constituição dificulta sua modificação, e se alguma norma estiver em desconformidade com a mesma, esta será considerada inválida. Dando seguimento a pirâmide Kelsen traz as Normas Gerais, que segundo ele são as normas que emanam do poder instituído pela Constituição, que no caso é o legislativo, norma estas que vem para garantir os interesses sociais. Por fim na base da pirâmide Kelsen traz as Normas Individualizadoras, que são as decisões judiciais e negócio jurídico, que regem os direitos individuais por estes definidos, quando não contrariem norma superior.

Contudo insta salientar que a respeito das decisões judiciais que estejam em desconformidade com a Constituição, de acordo com Kelsen só poderão ser reformadas pelo mesmo juízo que proferiu a sentença ou tribunal superior, e no caso de normas infra constitucionais deverão estas ser consideradas inválidas, porém enquanto não invalidadas não podem ser consideradas inconstitucionais.

### **3.2 Leis Complementares e Leis Ordinárias**

A função legislativa que trata da edição de atos normativos que instituem direitos e criam obrigações é uma função típica do Poder Legislativo, sendo este poder responsável pela legislação do Estado, que se encontra listado no artigo 59 da Constituição da República de 1988, que traz os seguintes instrumentos normativos, a Emenda à Constituição, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções, entre estas atribuições estão à edição de leis complementares, e de leis ordinárias. (MENDES, 2009).

O procedimento legislativo o qual ambas estão sujeitas é o mesmo, sendo o procedimento legislativo ordinário, que nada mais é que o procedimento legislativo mais comum, e demorado, e conforme José Afonso da Silva (2014, p.534) “Desenvolve-se em cinco fases: (a) a introdutória; (b) a de exame do projeto nas comissões permanentes; (c) a das discussões; (d) a decisória; (e) a revisória”.

Assim resta evidente a igualdade de procedimento entre Lei Complementar e lei Ordinária visto que hierarquicamente ambos são atos normativos primários, e se a norma da qual se extrai a validade de ambas é a mesma, que no caso se trata da Constituição de 1988, não se deve falar de hierarquia entre estes instrumentos normativos. Todavia esse é o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. (GIESELER, 2015).

Destarte passamos e expor as diferenças entre Lei Complementar e Lei Ordinária, que ficam por conta de diferenças materiais e formais.

As diferenças materiais, entre ambas estão por conta das matérias que as Leis Complementares irão regulamentar estão taxativamente previstas na Constituição, ou seja o legislador constituinte expressamente requereu, que a regulamentação será precedida por determinação expressa da Carta Maior, hipóteses estas que serão predeterminadas pela Constituição. Já as normas ordinárias, a competência material por elas ocupado é residual, ou seja, o que não for taxativamente regulado por lei complementar, decreto legislativo e resoluções, será regulamentado pela norma ordinária. (LENZA, 2012)

No que tange ao aspecto formal, a grande diferença entre lei complementar e lei ordinária está no quórum de aprovação da norma, onde a lei complementar é aprovada com um quórum de maioria absoluta previsto no artigo 69 da Constituição de 1988, já o quórum de aprovação da lei ordinária, é de maioria simples ou relativa presente no artigo 47 também da Constituição da República.

Para melhor entendimento do quórum de aprovação das leis complementares e ordinária passemos por uma breve explicação sobre maioria absoluta e maioria simples ou relativa.

Cabe ressaltar aqui que as votações em ambas as casas do Congresso Nacional, só tem início quando presente a maioria absoluta dos membros, ou seja, para que se inicie a votação de qualquer ato normativo é necessário que estejam presentes para a votação a metade dos membros mais um, No Senado federal, que possuem 81 membros, a metade 40,5 e o primeiro número inteiro superior a metade 41, ou seja, a votação no senado somente inicia quando presente 41 dos membros, já no Câmara dos Deputados possui, 513 membros, a metade 256,5 e o primeiro número superior a metade 257, ou seja a votação na câmara dos Deputados somente se inicia quando presente 257 dos membros da casa.

Assim as leis complementares necessitam da maioria absoluta dos presentes e a maioria absoluta dos votos, para que seja aprovada no senado ela precisa de 41 votos, e na câmara dos deputados ela precisa dos 257 votos para que seja aprovada, independentemente da quantidade de membros presentes em ambas às casas.

Já as leis ordinárias, basta o quórum de instalação da sessão de votação, e maioria simples para a aprovação, sendo que no senado ela necessita da presença de 41 membros, porém para a aprovação necessita da maioria simples entre os 41 presentes na sessão de votação que no caso são 20,5 e o primeiro número superior à metade 21, são os votos necessários para aprovação de uma lei ordinária no senado quando presente o mínimo do quórum para a votação, e na câmara dos deputados, presente o quórum para instalação da sessão que são 257 deputados, a aprovação se dá pela maioria simples dos presentes, 128,5 e o primeiro número superior à metade é 129 para a aprovação. Lembrando que quando se trata de maioria simples devem ser levadas em conta quantidade de presentes em ambas as casas legislativas. Neste sentido observa-se o que preleciona José Afonso da Silva:

A maioria simples pressupõe deliberação única, a prática de um ato simples de homologação, de aprovação, de referendo, de escolha, de sorte que valem os votos positivos ou negativos, não se levando em consideração os votos brancos e as abstenções, nem os votos nulos. (SILVA, *apud* LENZA, 2012, p. 586).

*Ademais em ambos os casos, tanto leis Complementares quanto as leis Ordinárias, após aprovação em ambas as casas do Legislativo, previsto o quórum necessário para tanto passam para sanção ou veto do chefe do Executivo, que o fará no prazo de quinze dias contados do protocolo do projeto de lei no executivo, caso o executivo não se manifeste neste prazo, ocorrerá sanção tácita, após será a norma promulgada e publicada pelo chefe do executivo, certificando formalmente a existência da norma confirmando assim o seu plano de validade, entendendo o chefe do executivo que a norma fere o interesse público, ou a legislação Constitucional, poderá vetar o projeto, lembrando que o veto somente se dará de forma expressa. Insistindo o chefe do executivo em vetar o projeto deverá encaminhar as razões do mesmo para o presidente do senado no prazo de 48 horas, e este no prazo de trinta dias será apreciado pelo Legislativo em sessão conjunta onde deputados e senadores irão votar separadamente, se aceitam ou rejeitam o veto, que será rejeitado mediante maioria absoluta dos votos de cada casa Legislativa para a derrubada do veto. Que após será a norma promulgada no prazo de 48 horas pelo executivo, que se não o fizer, será encaminhado para o presidente do senado que terá 48 horas para a promulgação, e se este também vier a não promulgar a norma, este ato ficará a cargo do Vice-presidente do senado, que o fará, e caso não venha a cumprir será levantada a eventual prática de crime de responsabilidade. (GIESELER, 2015)*

### **3.3 Demais Normas Jurídicas**

Passa-se assim a análise dos demais atos normativos, previstos na Constituição da República de 1988, mais precisamente no artigo 59 da mesma, quais sejam, Emendas a Constituição, as Leis Complementares, as Leis Ordinárias, as Leis Delegadas, as Medidas Provisórias, os Decretos Legislativos e Resoluções, e também se põe a salvo as Súmulas Vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, que possui previsão no artigo 103-A da Carta Maior de 1988.

Em relação as emendas, emanam do poder constituinte, que conforme Kelsen é o modo como a Norma Hipotética Fundamental é transformada em diploma na forma de legislação suprema, como uma Constituição, ocorre que para acompanhar a mudança, movimento, renovação, progresso e rotatividade da sociedade, necessita de um modo para reformar a Constituição, assim surge o poder de reforma constitucional, que conforme Paulo Bonavides (2014, p.201), “é aquele que comete a revisão a uma autoridade ou órgão (poder constituinte derivado designado pela Constituição mesma)”.(BONAVIDES, 2014)

Conforme o já analisamos as Leis Complementares e Leis Ordinárias, passamos assim ao estudo das Emendas Constitucionais, as quais somente são admitidas, pelo fato da Constituição de 1988 ser rígida, ou seja, essa rigidez visa assegurar maior estabilidade a obra

do poder constituinte originário, e devido isto ela somente poderá ser alterada mediante um processo legislativo especial e mais dificultoso do empregado na elaboração das leis, que são as Emendas Constitucionais. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

A emenda constitucional se trata de um processo legislativo, que por interferir na norma suprema possui varias limitações, dentre elas, são limitações formais as quais se dão, pois a iniciativa para sua propositura possui um rol exaustivo previsto no artigo 60 inciso I, da Carta Maior de 1988; também existe o quórum para aprovação da emenda constitucional, o qual é de três quintos dos membros de ambas as casas em votações de dois turnos; a promulgação será realizada pela mesa das casas legislativas com o respectivo numero de ordem, não existindo sanção ou veto pelo chefe do executivo, sendo a emenda aprova ela já será encaminhada para a promulgação; por fim a proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova apresentação na mesma sessão legislativa. (LENZA, 2012)

As emendas ainda possuem limitações circunstanciais, são as que proíbem a alteração do corpo constitucional de 1988, devido a graves anormalidades institucionais, não podendo a norma constitucional ser reformada nos casos de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio, sendo estas as limitações circunstanciais que impedem à edição de emendas a constituição. (LENZA, 2012)

Ainda se tratando das limitações do poder derivado de reforma na Constituição, têm-se as limitações materiais, ou seja, se trata de um núcleo intangível de assuntos que não podem ser alterados que a doutrina denomina cláusulas pétreas que estão dispostas no artigo 60 parágrafo quarto, que são a forma federativa de estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais são as limitações materiais para reforma da Carta Maior de 1988. (LENZA, 2012)

Passado às especificidades das emendas a constituição, falaremos de outro tipo de ato normativo, que no caso se trata das Leis Delegadas que possuem respaldo no artigo 59 da Constituição de 1988, processo legislativo que passaremos a aborda-lo.

As leis delegadas tem elaboração pelo chefe do Executivo, exercendo o poder de Legislar que temporariamente recebeu do Legislativo, para editar normas primarias em certas ocasiões. (MENDES, 2009)

Conforme aborda acerca da lei delegada aduz em sua obra Pedro Lenza (2012, p. 588) “caracteriza-se como exceção ao principio da indelegabilidade de atribuições, na medida em que a sua elaboração é antecedida de delegação de atribuição do Poder Legislativo ao Executivo, através da chamada delegação *externa corporis*.”. Assim a lei delegada é um ato ao qual o poder Legislativo através de uma resolução delega o poder de legislar para o executivo que o fará de forma limitada tendo em vista as disposições constitucionais acerca do tema da lei delegada. Limitações estas que estão previstas no artigo 68 da Constituição de 1988, senão vejamos:

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.  
§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.  
§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda. (BRASIL, 1988)

Autorizada a edição da lei delegada pelo Congresso, o presidente fica habilitado a legislar, e caso entenda pertinente exercerá tal ato, o mesmo irá elaborar promulgar e publicar a lei delegada, não estando, portanto obrigado à edição da referida norma. (MENDES, 2009)

A Lei Delegada e a própria resolução que delega a função, bem como os demais atos normativos já explanados estão sujeitos ao controle de constitucionalidade e ao crivo do judiciário. (MENDES, 2009)

Destarte passa-se a análise das Medidas Provisórias, as quais também são um modelo de norma jurídica que podem ser elaborados conforme dispões o artigo 59 inciso V da Carta Maior de 1988.

A previsão constitucional das medidas provisórias está no artigo 62 da Carta Maior de 1988, e veio para substituir o antigo decreto lei. A medida provisória é um ato exclusivo do presidente da república, que por ato monocrático e unipessoal sem participação do legislativo a principio, vindo este somente a atuar num momento posterior ao da edição, elabora ato normativo com força de lei e produzindo os respectivos efeitos jurídicos. (LENZA, 2012)

A medida provisória em nosso ordenamento, a principio houve uma deturpação no seu verdadeiro sentido, onde o chefe do executivo passou a utilizar das Medidas Provisórias conforme Pedro Lenza (2012, p.590 e 591) “trazendo insegurança jurídica uma verdadeira “ditadura do executivo”, governando por inescrupulosas “penadas”, em situações muitas vezes pouco urgentes e nada relevantes.”.

Neste diapasão surgiu à necessidade de solucionar este problema criado pelo executivo, assim, veio a Emenda Constitucional nº. 32, de 2001, que trouxe pressupostos formais, materiais e regras procedimentais que deveriam ser atendidas pelas medidas provisórias a partir de então. (MENDES, 2009)

Acerca dos referidos pressupostos formais, materiais e procedimentais que segundo José Afonso da Silva “os formais são a relevância e urgência, os materiais dizem respeito à matéria que pode por elas ser regulamentada. As restrições para legislar mediante MP sobre certas matérias foram consignadas agora no artigo 62 pela EC-32/2001.” Assim segue o artigo 62 da Carta Constitucional de 1988, que regulamenta atualmente a Medida Provisória:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

I – relativa a: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

b) direito penal, processual penal e processual civil; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

III – reservada a lei complementar; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#)) (BRASIL, 1988)

Destarte os pressupostos das Medidas provisórias passarão pelo crivo tanto do congresso quanto do judiciário, onde o pressuposto formal de urgência e relevância poderá sofrer crítica do judiciário conforme entendimento do STF, e também serão analisados os pressupostos materiais, quais sejam versar a MP sobre: Direitos políticos, organização do ministério público e do judiciário, leis orçamentarias, sobre matéria de lei complementar, direito processual pena e civil e direito penal, sobre confisco de poupança, sobre projeto de lei já aprovado pelo Congresso Nacional, sobre majoração ou instituição de impostos, em matéria de iniciativa legislativa exclusiva de outro poder, reedição de medida provisória rejeitada ou sobre matéria objeto de projeto de lei rejeitado, todos esses pressupostos materiais estão sujeitos a análise pelo legislativo e também ao judiciário, ou seja, o controle preventivo e também o repressivo em face das Medidas Provisórias. (MENDES, 2009)

As Medidas Provisórias também podem ser editadas pelos responsáveis pelo executivo nos estados desde que exista previsão na constituição do respectivo ente, e também observada que a medida provisória deverá obedecer ao regulamento do instrumento na ordem federal. (MENDES, 2009)

Assim passaremos a análise de outro ato normativo que são os Decretos Legislativos que encontra previsão no artigo 59 inciso VI da Constituição de 1988, por meio do qual serão materializadas as competências exclusivas do Congresso Nacional previstas no artigo 49 da Carta Maior de 1988. Se trata de uma espécie normativa primária, que detêm entre suas funções a aprovação definitiva dos tratados, acordos e atos internacionais celebrados pelo presidente da República, e a regulação dos efeitos da medida provisória não convertida em lei, também para sustar os efeitos da lei delegada que exorbite os limites da delegação, ainda vale ressaltar que o decreto legislativo é ato privativo do Congresso Nacional. Realizado portanto, pela votação conjunta de ambas as casas do legislativo, o senado federal bem como a câmara dos deputados, e como a constituição não previu o procedimento legislativo a ser adotado pelos decretos legislativos, essa ausência de regramento ficou a cargo dos regimentos internos das casas legislativas. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Assim passa-se a expor o ato normativo Resolução, que possui previsão no artigo 59 inciso VII da Constituição de 1988, as resoluções tratam de assuntos equivalentes aos decretos legislativos, porém as resoluções são formadas por processos legislativos autônomos em cada casa, e trata de assuntos de responsabilidades privativas de cada casas do legislativo, previsões estas que encontram-se no texto da carta Maior de 1988 mais precisamente nos artigos 51, 52e 68 parágrafo único, que após aprovadas por maioria simples passam à promulgação pelo presidente da casa, não havendo manifestação do chefe do executivo.

Por fim o ato normativo que passa a analisar trata-se das sumulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, que possuem natureza de ato normativo primário,

que o judiciário em sua função atípica edita em forma de uniformização de jurisprudência. A previsão legal das Sumulas vinculantes está no artigo 103-A, que segue:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)  
(BRASIL, 1988)

Conforme visto, as sumulas vinculantes são atos normativos relativamente recentes, tendo em vista que somente foram adicionadas após a emenda 45 de 2004, quando foi estabelecida a competência ao Supremo Tribunal Federal para aprovação das referidas Sumulas de efeito Vinculante, para uniformização da sua jurisprudência, sobre matéria constitucional. (GIESELER, 2015)

Para sua efetiva aprovação é necessário preencher alguns requisitos, dentre eles estão à aprovação por mais de dois terços dos membros, incidir sobre matéria constitucional, e haver reiteradas decisões do Tribunal, e poderão ser editadas revistas ou cancelas, pelos legitimados em lei e pelos legitimados a promover a Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo igual o quórum no Tribunal para revisão e cancelamento do enunciado. (SILVA, 2014)

As sumulas de efeito vinculante ainda geram efeitos em face de todos os órgãos do judiciário e da administração pública direta e indireta em todas as esferas, federal, estadual, municipal, e poderá ser reclamada constitucionalmente pelos respectivos legitimados se a mesma estiver violando preceito constitucional, conforme observado no paragrafo terceiro do artigo 103-A supramencionado. (MENDES, 2009)

Destarte conforme visto as sumulas vinculante criam obrigações e poderiam ser equiparados a reformas a constituições visto que o rol de legitimados para se opuser a mesma, são quase idênticos ressalvados os caso previstos em lei, porém cabe ressaltar que não é possível Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de sumula vinculante, caso queiram se opor, os legitimados deveram adentrar com o pedido administrativamente no Tribunal. (GIESELER, 2015)

*Por fim fica evidente que todas as normas previstas neste tópico estão sujeitas ao crivo do judiciário, algumas possuem procedimentos especiais, outras procedimentos comuns, porém todas estão sujeitas a análise de sua constitucionalidade. Análise esta que poderá ser feita de forma preventivo pelo legislativo e do modo repressivo, pelo judiciário.*

#### **4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS.**

Conforme já explanado na teoria da pirâmide Kelsiana, existe uma hierarquia entre as normas, onde a Constituição encontra-se no ápice desta hierarquia, pois conforme visto se trata de uma materialização da Norma Hipotética Fundamental. Por este motivo, em um ordenamento jurídico a Constituição deverá ser respeitada e seguida, ou seja, as normas infraconstitucionais deverão obedecer ao que está disposto na Lei Maior.

Aqui também deverão ser observados os princípios orientadores do controle de constitucionalidade que conforme Maurício Gieseler (2015, p.217) “princípio da supremacia da constituição; presunção relativa de constitucionalidade das normas constitucionais derivadas e das normas infraconstitucionais; presunção absoluta de constitucionalidade das normas originárias; princípio da rigidez constitucional”, para que deste modo se verifique a adequação nos requisitos formais ou materiais, da legislação em face ao disposto na Constituição Federal.

Destarte caso as normas infraconstitucionais venham a desrespeitar a constituição, deverá ser arguida sua validade perante a Carta Maior, e caso estas venham e inferir na Norma Maior, estas serão consideradas inconstitucionais, por não respeitarem o texto da Carta Magna.

Neste sentido conforme preceitua Kelsen a respeito da necessidade da Carta de Direitos possuir uma forma de garantir a anulação dos referidos atos que venham a e infringir seu conteúdo, destarte vale trazer seu magistério:

[...] embora não se tenha plena consciência disso – porque uma teoria jurídica denominada política não lhe dá ensejo – é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamento ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados têm uma força jurídica a Constituição, a que estão subordinados e que lhes outorga validade. É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. Assim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência e rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta precaução se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade, desprovidas de força obrigatória? Certo é, também, que uma Constituição, que não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de atos inconstitucionais, não afigura de todo desprovida de sentido jurídico. A sua violação pode dar ensejo a sanções onde exista pelo menos o instituto da responsabilidade ministerial contra órgãos que participaram da formação do ato, desde que admita sua culpa. Mas, além do fato de que, como ressaltado, essa garantia não se mostra muito eficaz, uma vez que deixa íntegra a lei inconstitucional, não se há de admitir que a Constituição estabeleça uma única via possível para a edição de leis. O texto constitucional explicita, consoante o seu sentido literal subjetivo, que as leis devem ser elaboradas de um certo modo e que

não hão de ter, ou não, determinado conteúdo. Mas no seu sentido objetivo, admite a Constituição que a lei é válida, mesmo em caso de inobservância de regras de índole procedimental ou material. (KELSEN, *apud MENDES*, 2009, p. 1053).

Desta forma, entende-se que a norma Constitucional necessita de algo que proteja seu conteúdo sob pena de ineficácia da mesma, e também a quebra da segurança jurídica, pois em um Estado positivista, onde a Norma Constitucional, é a base para o ordenamento jurídico como um todo, é neste sentido que trazemos as formas, e também os sistemas de controle, para que destarte venha a dar conhecimento da segurança que o Constituinte originário conferiu a Carta de Direitos.

#### **4.1 Quais as formas de Inconstitucionalidade.**

Quando se fala em formas de inconstitucionalidade, deve-se ter em mente que o reconhecimento da inconstitucionalidade deriva de constituições rígidas, ou seja, são as Cartas de difícil modificação, e para que sejam alteradas emana um processo legislativo conforme já tratado, mais específico e dificultoso. Essa exigência de formalidades especiais para a reforma da Carta Política traz a tona o princípio da Supremacia formal da Constituição, que conforme apresenta Hans Kelsen em sua obra “A Teoria Pura do Direito”, traz a hierarquia das normas que é demonstrado através da “Pirâmide Kelsiana” onde a Constituição esta acima de todo ordenamento jurídico. Decorrente disto é que surge o termo inconstitucionalidade das Leis infraconstitucionais. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Neste diapasão Gilmar Mendes aduz em sua obra (2009, p. 1054) ”O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos poderes públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade [...]” destarte fica evidente que a inconstitucionalidade caso venha a ocorrer, a Constituição deverá ser protegida pelo Controle de Constitucionalidade, sendo que se a mesma não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais, esta não é obrigatória. (MENDES, 2009)

Passamos assim a análise das formas de Inconstitucionalidade que segundo Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino (2014, p.777)“por ação e por omissão; material e formal; total e parcial; direta e indireta; originária e superveniente; circunstancial; (chapada, enlouquecida, desvairada)” as quais passaremos a explanar de forma mais completa a seguir.

Inconstitucionalidade, nada mais é que o conflito de comportamento de entre as normas ou demais atos jurídicos e a Constituição, desta forma devendo ser observado o princípio da Supremacia Constitucional, e garantido o que preceitua a Constituição sendo extirpando do ordenamento tais atos. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Traçado o conceito de inconstitucionalidade, passa-se a análise das formas de inconstitucionalidade, sendo a primeira delas a inconstitucionalidade formal ou material, que é quando resulta de desconformidade do ato ou de seu processo com alguma regra da Carta Magna. A Inconstitucionalidade Formal é aquela em que a norma não respeita o devido processo legislativo a ela inerente, previsto pela Carta Magna, sendo assim será exercido um controle estritamente jurídico, onde os órgãos irão analisar se o procedimento para criação da norma foi o correto não sendo portanto analisado o conteúdo da mesma. Já no controle Material, conforme traz Paulo Bonavides (2014, p.306) “Desce ao fundo da lei, outorga a

quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição [...]”, ou seja, será interpretada a matéria, o conteúdo da norma, em relação ao que prevê a Constituição. (BONAVIDES, 2014)

Anda no mesmo sentido de formas de inconstitucionalidade vem a inconstitucionalidade por ação e por omissão que de acordo com José Afonso da Silva (2014, p.49) “a Constituição de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidades: a inconstitucionalidade por ação (atuação) e a inconstitucionalidade por omissão (art102, I, a, e III, a, b e c, e art103 e seus §§1º a 3º)”. A inconstitucionalidade por ação é quando são criadas normas no descompasso da Magna Carta, ou seja, não respeitando o princípio da Supremacia Constitucional, deste feito resulta o princípio da compatibilidade vertical onde as normas inferiores de um ordenamento jurídico devem respeitar a Constituição. Isto posto, a norma que veio a ser criada vai contra tal princípio, gerando uma incompatibilidade e devendo portanto ser invalidada. Já a inconstitucionalidade por omissão se verifica nos casos em que há uma omissão do legislador em face de um preceito constitucional que determine a criação de atos legislativos ou administrativos para tornar plenamente aplicáveis as normas Constitucionais, isto ocorre pela inércia do legislativo, o que em nosso ordenamento não é muito eficiente tendo em vista que ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apenas reconhece tal feito, e não cria a norma por ora necessária, e nem impõe a criação pelo legislativo, visto a separação dos poderes e o mesmo não fica obrigado a legislar, deixando omissos o assunto que possui previsão Constitucional. (SILVA, 2014)

Continuando passa-se a análise de inconstitucionalidade total e parcial, sendo que a norma jurídica poderá inferir a Carta Magna no seu todo ou em parte, sendo que a inconstitucionalidade total sempre ocorrerá quando houver vício de forma, ou seja, se existir a inconstitucionalidade formal haverá inconstitucionalidade total da norma, ou se a totalidade da norma jurídica contrariar a Constituição. Já a inconstitucionalidade parcial, ocorre quando o poder judiciário suprime parcialmente, fração de artigo, parágrafo, alínea, inciso, que contrariem a Carta Magna, porém de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade parcial só ocorrerá na via de controle concentrado ou abstrato, e não poderá mudar o sentido da norma observado a separação dos poderes. Por fim insta salientar que em determinadas ocasiões quando o reconhecimento da inconstitucionalidade o STF, verificar que a retirada do ato do ordenamento jurídico causar mais prejuízo que sua manutenção, deixa de declarar a nulidade do ato para evitar o agravamento do estado de inconstitucionalidade. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Seguindo nas formas de Inconstitucionalidade das normas jurídicas, tem-se a análise da inconstitucionalidade direta e indireta, no qual a primeira dá-se quando ocorre desconformidade entre atos normativos primários e a própria Constituição, ou seja, quando da criação de um ato normativo primário previsto no artigo 59 da Carta Magna de 1988, resulta inconstitucionalidade formal ou material estamos diante de uma inconstitucionalidade direta. Entretanto atos administrativos que são dotados de caráter secundário também podem incorrer no vício de inconstitucionalidade direta quando estes sejam editados em caráter autônomo com invasão ao campo material reservado a norma jurídica primária. Já a inconstitucionalidade indireta ou reflexa ocorre quando o vício encontrado não viola diretamente a constituição, porém viola a norma regulamentadora que prevê a conformidade com a constituição em seu corpo, essa distinção é de suma relevância pois de acordo com

entendimento do Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade indireta ou reflexa equipara-se a mera ilegalidade, e não se trata assim de inconstitucionalidade, e foge do objeto de controle. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Ainda nesse assunto tem-se a inconstitucionalidade originária e superveniente, onde a primeira é quando a inconstitucionalidade se dá no momento de produção da norma jurídica, ou seja, no momento em que for editada a norma, ela já contém o vício de constitucionalidade, desta forma a inconstitucionalidade originária se dá com a constituição vigente ao momento de produção da norma. E a inconstitucionalidade superveniente seria aquela em que a norma já existia e com decurso do prazo vem a se editar nova Constituição, ou seja, é uma inconstitucionalidade com algo futuro, o que se pesa relatar que segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se admite a existência de inconstitucionalidade superveniente visto que, a superveniência opera a revogação da norma, para complementar o assunto traz o que aduz em sua obra Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino (2014, p. 787) “não se trata de juízo de inconstitucionalidade, mas sim de regra de direito intertemporal, segundo a qual a norma posterior opera a simples revogação (e não a inconstitucionalidade) do direito anterior com ela incompatível”. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Continuando a análise das formas de inconstitucionalidade observa-se a inconstitucionalidade circunstancial, que nada mais é que a análise de determinada norma jurídica frente a seus efeitos os quais podem vir a gerar uma inconstitucionalidade, que advém da circunstância em que a norma será aplicada. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Por fim se passa a análise da inconstitucionalidade “chapada”, “enlouquecida”, “desvairada” expressões estas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal que as emprega quando a norma jurídica se manifesta evidente sem qualquer dúvida sobre sua invalidade frente a Constituição. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Destarte foram analisadas as várias hipóteses de reconhecimento de inconstitucionalidade, que a doutrina constitucionalista traz, as quais são de imensa necessidade de entendimento, pois, e decorrente delas que se acarreta o controle de constitucionalidade para sanar os vícios que as normas possam trazer ao ordenamento jurídico, e que venha em desconformidade com o que preceitua a Magna Carta de 1988.

## **4.2 Órgãos De Reconhecimento Prévio De Inconstitucionalidade**

Para trazer em tela o reconhecimento prévio de inconstitucionalidade deve-se primeiro traçar uma noção dos Sistemas de Controle de Constitucionalidade, sistemas esses que são conferidos pelo constituinte originário, quando traçam as formas como será exercido o controle de constitucionalidade. Estas formas de reconhecimento de inconstitucionalidade são trazidas como forma de defesa da Constituição e que segundo a escolha do legislador constituinte podem existir três hipóteses de sistemas de controle, que são: controle judicial, o controle político e o controle misto. Em nosso caso o Legislador escolheu o Controle Judicial e o controle político, onde as normas inconstitucionais são avaliadas pelos órgãos do poder judiciário, que nada mais é que quando a Constituição outorgar a órgãos do judiciário a competência para reconhecer a inconstitucionalidade, este modelo é conhecido como modelo Americano, devido ao fato de os Estados Unidos da América terem sido o primeiro Estado a

outorgar essa competência ao judiciário para nos casos concretos declarar a inconstitucionalidade das leis. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Ainda em nosso ordenamento ficou determinado que a Constituição irá outorgar a órgão político o controle de constitucionalidade, esse sistema é conhecido como modelo de controle francês, neste sentido o controle exercido nas casas legislativas e também o veto do executivo da propositura legislativa também configura no sistema político de controle. (MENDES, 2009)

O terceiro sistema de controle quanto ao órgão, conhecido como misto é quando o reconhecimento do controle de constitucionalidade fica a cargo de órgãos políticos e jurisdicionais, conhecido como modelo da Suíça, onde as leis nacionais passam pelo controle dos órgãos políticos e as leis locais são fiscalizadas pelo judiciário. (SILVA, 2014)

Neste sentido especificamos as formas de controle quanto aos órgãos, contudo existem ainda outras subdivisões das formas de reconhecimento da inconstitucionalidade. Como ficou demonstrado a nossa constituição adotou os sistemas jurisdicional, e político, porém dentro dessas formas o controle ainda poderá alternar quanto ao modo, podendo ser incidental ou principal. Será incidental o controle quando for arguido em um processo ou ação judicial, conforme o controle difuso e a forma processual derivam do modelo jurisdicional americano. Já o controle principal será arguido de forma principal em uma ação cujo objeto será a própria inconstitucionalidade da norma jurídica, deriva do modelo jurisdicional austríaco. Neste sentido o ordenamento Constitucional pátrio abarca ambas as hipóteses, ou seja, são aceitos tanto o controle principal quanto o controle incidental. (MENDES, 2009)

Destarte passa-se a análise de quanto ao momento do controle de constitucionalidade, onde o mesmo poderá ser preventivo ou repressivo. O controle preventivo é aquele que se concretiza antes da entrada em vigor do ato normativo, em nosso sistema constitucional se enquadra no controle exercido pelas casas legislativas, as comissões de constituição e justiça pelo veto do chefe do executivo com efetivo fundamento de inconstitucionalidade do projeto bem como no caso de Mandado de Segurança impetrado para impedir tramitação de emendas que violem cláusulas pétreas da Carta Magna. Contudo a forma de Controle que mais condiz com o ordenamento jurídico, é o repressivo visto que somente se permite o início do processo de controle após a entrada em vigor da norma jurídica. (MENDES, 2009)

Insta salientar que as formas de reconhecimento prévio de inconstitucionalidade, estão previstas no controle político quanto ao órgão, e no controle preventivo quanto ao momento conforme exposto, ou seja, a norma jurídica será interrompida na sua criação, não sendo considerada válida e, portanto não integrando o ordenamento jurídico pátrio, porém conforme exposto ambos os controles se convergem, pois se analisarmos tirando a exceção do o mandado de segurança impetrado para impedir violação de cláusula pétrea que neste caso será analisado pelo judiciário, os únicos legitimados a exercer o controle prévio são os órgãos políticos, as casas do legislativo e o chefe do executivo com o poder do veto, esta prerrogativa se dá por possuírem o poder de reforma atribuído pelo constituinte originário, e desta maneira de acordo com o principio da autotutela eles corrigem seus próprios atos quando eivados de vícios.

## **5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO E DIFUSO.**

No presente capítulo preende-se abordar as formas de exercer o Controle de Constitucionalidade, pois, conforme já exposto previamente as formas de inconstitucionalidade das normas e os sistemas de reconhecimento da inconstitucionalidade definidos anteriormente no trabalho, ou seja, agora será feita a análise de como se dará a efetivação do Controle de Constitucionalidade.

A doutrina traz dois grandes campos na ordem de como se dará o controle de constitucionalidade, quais sejam, o controle concentrado que é aquele exercido no tribunal constitucional de forma principal também conhecido como controle concentrado ou austríaco, e também o controle que se dá na via de ações incidentais acerca do questionamento da constitucionalidade da norma jurídica conhecido como controle difuso ou americano, neste diapasão, ainda figura um terceiro modelo o qual une as duas formas de controle e um único sistema, ou seja, no sistema misto será invocado tanto o controle concentrado quanto o difuso, contudo este terceiro haverá uma oportunidade para adentrar em suas peculiaridades, haja

vista que é necessário primeiro entendermos o controle abstrato e o controle concreto para daí passarmos a entender o sistema misto.

Assim verifica-se a importância da forma de controle para efetivação da validade do texto constitucional, pois, será através destes que a Norma Fundamental se imporá mediante as normas infraconstitucionais, pois é o modo de anular o que for contra a Carta Magna.

## 5.1 O Controle Concentrado

O controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato tem como finalidade a defesa Constituição perante as normas com ela incompatíveis, tal entendimento foi firmado por Hans Kelsen na elaboração da Constituição da Áustria de 1920, quando este trazia a necessidade da existência de um meio para garantir a eficácia da Carta Magna para que assim fosse garantido o princípio da supremacia Constitucional.

O controle abstrato advém de uma tese, ou seja, basta que a norma em análise venha contra os ditames da Norma Superior, não estando, portanto vinculado a uma situação concreta, e cujo principal objetivo é extirpar a lei ou ato inconstitucional do ordenamento jurídico. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Conforme previu Hans Kelsen para efetivação desse meio do controle de constitucionalidade é necessário à existência de um tribunal Constitucional, que sua função será a de resguardar o texto Constitucional, visto que o mesmo se trata da materialização da Norma Hipotética Fundamental, desta forma, o controle abstrato será efetivado pelo tribunal a qual recaiu a guarda do texto Constitucional, no caso do Brasil a competência para esta guarda foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal. (MENDES, 2009)

Conforme aduz brilhantemente em sua obra Gilmar Mendes, (2009, p. 1112) “a ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar [...]”, deste modo cabe ressaltar que o controle abstrato será exercido por ações previamente designadas para tal feito, e contara com um rol de legitimados para a propositura da mesma, ou seja, é um modelo de controle tendente a expandir devida sua eficiência em garantir que o conteúdo da Constituição seja respeitado, já que este é o efetivo motivo do Controle de Constitucionalidade.

### 5.1.2 O Modelo Austríaco de Kelsen

O Controle de constitucionalidade austríaco também conhecido como controle europeu, tem sua base na Áustria, cujos juristas coordenados por Hans Kelsen, formularam o presente modelo, ou seja, àquela forma de controle a qual se designa um tribunal constitucional para a proteção da mesma, com formas específicas e agentes legitimados para exercer o controle de constitucionalidade, em uma ação direta, que questiona apenas a tese de que a norma jurídica consta de vícios de inconstitucionalidade. (BONAVIDES, 2014)

O presente modelo de controle de constitucionalidade nasceu de entendimento defendido pelo sistema de controle norte-americano, e que Kelsen era profundo entendedor, e desta forma trazendo para o controle europeu, o principal entendimento que Kelsen trouxe do Controle norte-americano foi a respeito da supremacia da nora Constitucional, a qual está em

um patamar acima das demais, conforme sua teoria de hierarquização das normas a constituição encontra-se no topo da pirâmide, e onde as demais normas devem ser compatíveis com a Norma Superior. Porém mesmo com esta superioridade os órgãos legislativos poderiam promulgar leis em desacordo com a Carta Magna, e portando, conforme já referido neste trabalho deveria ser levantada uma forma de garantir que o texto desta seja respeitado, e esta superioridade perante os demais atos normativos garantidos. Contudo Kelsen não acreditava que o poder de garantir a efetiva superioridade da Constituição pudesse ficar a cargo dos juízes, alegando que tal fato determinaria um excesso de poder nas mãos dos magistrados, propondo assim a criação de um órgão defensor da Constituição por ele denominado: “Tribunal Constitucional”, que não seria integrante do poder judiciário nem dos demais poderes, e sim um órgão autônomo que segundo Kelsen, teria natureza político, e formado de membros da sociedade, e faria somente o controle abstrato não adentrando no mérito da demanda. (MELO FILHO, 2008)

Ainda a respeito do Tribunal Constitucional, que seria responsável por garantir a eficácia da Constituição, exercendo o controle abstrato ou concentrado, sua função era tão somente a análise da conformidade de uma lei superior com uma inferior, e caso este problema de compatibilidade entre as normas fosse suscitado na via incidental deveria o magistrado responsável pela litígio, suspender a demanda e submeter ao crivo do Tribunal Constitucional a validade da norma questionada. O Tribunal composto por quatorze membros efetivos e seis suplentes indicados, ora pelo Executivo, ora pelo Legislativo, e a função exercida por eles teria intuito de um legislador negativo, ou seja, enquanto o legislativo elabora as normas e dá vigência a elas, o legislador negativo anula as normas incompatíveis com a Constituição. (MELO FILHO, 2008)

O Controle austríaco exercido pelo tribunal constitucional possuía efeito *erga omnes*, ou seja, com efeito para todos, e somente poderia ser arguido nas ações diretas ou pelos juízes, neste segundo caso cabe ressaltar que os magistrados austríacos não possuíam competência para analisar questões Constitucionais, função exclusiva do tribunal constitucional, que ainda contava com uma decisão ampla, não vinculada a tese da ação direta, a qual após analisada teria efeito definitivo, sendo a norma considerada inconstitucional ou constitucional definitivamente. (MELO FILHO, 2008)

O que surge com o advento do Controle Abstrato, é indagação se a presente decisão que declara a inconstitucionalidade da norma possui efeitos “*ex tunc*” ou “*ex nunc*”, ou seja, *ex tunc* a decisão retroage ao momento de criação da norma e a invalida como um todo, fazendo com que seja considerada nula, destarte todos os seus efeitos seriam extirpados do ordenamento jurídico; ou *ex nunc* a decisão prolatada produziria efeitos a partir do momento de sua prolação, sendo a norma jurídica considerada anulada, deixando portanto, de produzir efeitos somente a partir do momento em que for publicada a sentença. Presumindo que a função precípua do Controle de Constitucionalidade seja resguardar o Texto Constituinte, e segundo o entendimento dos juristas austríacos a norma inconstitucional é considerada inválida, ou seja, o controle irá anular determinado ato normativo inconstitucional, gerando efeitos *ex nunc*, ou seja, a norma somente perderá a eficácia após a promulgação da decisão do tribunal que somente produzirá efeitos a partir desta. (BONAVIDES, 2014)

Ao defender a teoria que a norma jurídica será anulada, portanto os efeitos produzidos pela sentença conforme visto considerar-se-ão *ex nunc*, tal fato visa a busca pela

segurança jurídica visto que fatos pretéritos já consolidados não são afetados pela inconstitucionalidade, ou seja, o modelo de controle de constitucionalidade austríaco, peca na justiça das decisões porém sai a frente na segurança jurídica das decisões proferidas antes da efetivação do controle. Existe, contudo uma exceção a tal previsão, que após a reforma de 1929 previu que, chegando a corte questões de inconstitucionalidade de forma incidental, deverá o pronunciamento do Tribunal Constitucional ter efeito *ex tunc*, desde que limitado ao caso concreto. Ainda em relação ao controle abstrato de constitucionalidade poderá o Tribunal Constitucional entender que eficácia da segurança jurídica ficasse abalada em decorrência do reconhecimento da inconstitucionalidade, poderia a corte proporcionar um prazo não superior a dezoito meses para o governo editar uma nova norma em substituição ao ato anulado. (MELO FILHO, 2008)

Assim conforme restou evidenciado o Controle de Constitucionalidade Austríaco, tem sua raiz no controle norte-americano, o qual o pai do positivismo Hans Kelsen atribui seu entendimento e criou a forma de controle que se utiliza das ações diretas para o reconhecimento da inconstitucionalidade das normas, onde essas ações são julgadas por um Tribunal Constitucional o qual seria um poder autônomo por ele denominado legislador negativo, por ser quem retira a norma do ordenamento jurídico, criado para esta finalidade, e também garantir e efetivação da segurança jurídica.

## **5.2 O Controle Difuso.**

O Controle de Constitucionalidade Difuso teve sua origem nos Estados Unidos da América, desta forma sendo reconhecido como sistema americano de controle, que tem por base também a proteção do Texto Constitucional, porém a efetiva proteção será reconhecida através de qualquer órgão do Poder Judiciário, que o fara em face deum caso concreto suscitado perante os órgãos do judiciário declarando a inconstitucionalidade da norma concerne ao objeto da lide e o aplica ao caso concreto. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

O controle americano conhecido por ser o primeiro modelo de controle de constitucionalidade a ser elaborado, e teve seu desenvolvimento devido questões politicas que assolavam o ordenamento jurídico americano a época. (MELO FILHO, 2008)

A principal influencia para criação do controle difuso vem do parlamento inglês, que era metrópole das Treze Colônias Inglesas, devido isto em 1690 institucionalizou-se a soberania do parlamento que a qualquer momento poderia interferir em qualquer ato normativo do ordenamento jurídico sem, contudo ser analisada esta conduta por órgão administrativo ou judiciário. Decorrido disto se instaurou nas colônias inglesas o sistema *common law* sistema que agrega ao costume, força maior que a da norma onde os ingleses residentes nas colônias inglesas tinham o ideal de implantar ali sua nova terra. Em 1776 declararam a independência das Treze Colônias, em 1787 os treze novos Estados formados se reuniram em uma Confederação e promulgaram a Constituição para que desta forma mantivesse a união das colônias fator imprescindível para a manutenção da independência em face ao império Britânico. Esta concepção foi idealizada pelo juiz Marshal que para manter a indissolubilidade dos treze Estados os quais estariam sob a égide de uma Constituição que representava a pedra jurídica fundamental, colocando-a como suprema em face de todo o ordenamento jurídico visto a sua onipotência, destarte se no caso concreto a norma

infraconstitucional vier e interferir e sua vigência deverá o tribunal decidir a questão tendo por objetivo a defesa da Carta de Direitos, concluído Marshal que tal controle seria difuso, incidental e concreto. (MELO FILHO, 2008)

Neste sentido o controle de Constitucionalidade Difuso veio a se desenvolver efetivamente a partir de 1803 quando ocorreu o primeiro caso de controle de constitucionalidade que se tem conhecimento que é o caso “Marbury v. Madson” a partir de uma discussão estabelecida na Suprema Corte americana, caso que será analisado em momento posterior. O presente modelo irá analisar no caso concreto a validade da norma perante a Constituição, sendo exercido tal poder por qualquer órgão judicial incumbido da aplicabilidade da lei, possuindo assim o poder-dever de afastar uma norma incompatível com Norma Superior. (MENDES, 2009)

Ainda neste entendimento o controle de Constitucionalidade Americano não possui até os dias atuais controle de forma concentrada, pois, conforme exposto, no decorrer da história o Sistema Jurídico adotado pelos Estados Unidos foi o *common law* e desta forma os costumes possuem mais força que a lei, assim as decisões proferidas pelos tribunais superiores possuem efeito vinculante aos órgãos inferiores por este motivo não fala em controle concentrado acaba por abranger todas as formas de inconstitucionalidade que serão reconhecidas na forma incidental. (MENDES, 2009)

O Controle de Constitucionalidade Difuso adotou a teoria da nulidade do ato jurídico considerado inconstitucional, produzindo efeitos *ex tunc* sendo desta forma o ato extirpado do ordenamento jurídico, ou seja, nunca existindo, portanto todos os efeitos por ele produzidos serem desconsiderados. É um sistema que preza pela Justiça e não pela segurança jurídica. Enaltece o tema com a brilhante explanação de Gilmar Ferreira Mendes:

O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso a Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva. (MENDES, 2009, p.1057)

Assim o controle Difuso se trata de uma forma incidental de controle no qual todos os órgãos do judiciário são competentes para reconhecê-lo, desde que seja movido por um caso concreto, não podendo agir de ofício o judiciário, que produzirá efeitos *ex tunc* adotando a teoria da nulidade do ato jurídico inconstitucional, sendo considerado pela doutrina o sistema de controle que preza pela justiça no caso concreto.

### 5.2.1 Caso Marbury x Madson.

O caso Marbury vs. Madson é conhecido por se tratar do primeiro caso de controle de constitucionalidade que se tem conhecimento, ocorrido no ano de 1803, é considerada a base para o desenvolvimento do controle Difuso, tamanha é sua importância que segue síntese do caso.

Em 1803, Adams era o Presidente dos Estados Unidos, perdendo a sucessão presidencial para Thomas Jefferson. Antes de deixar o mandato presidencial, Adams nomeou partidários para vários cargos públicos. Marshall foi um desses nomeados, sendo regularmente empossado como Presidente da Suprema Corte. Alguns nomeados, entretanto, diferente de Marshall, não conseguiram ser empossados antes da posse do novo Presidente. Adams deixou os atos de nomeação preparados, faltando apenas a efetiva posse. Marbury foi um dos nomeados que não conseguiram tomar posse, tendo sido designado para o cargo de Juiz de Paz.

O novo Presidente, Jefferson, tomou posse, nomeando James Madison como seu Secretário de Estado. Madison, sob ordens de Jefferson, não entregou o ato de nomeação a Marbury, sob alegação de que esse ato estaria incompleto. Irresignado por não assumir o cargo, Marbury, ingressa com ação perante a Suprema Corte. Marshall, Presidente da Suprema Corte, decide que Marbury tem direito a assumir o cargo, mas não concede esse direito, pois a ação foi impetrada diretamente na Suprema Corte, como regia a legislação da época, contudo, a competência da Corte estava listada taxativamente na Constituição, e nessa não se encontrava a competência para esse tipo de julgamento. Deste modo, Marshall decide pela inconstitucionalidade do artigo da lei que concedia essa competência à Suprema Corte, pois tal norma era contrária à Constituição. Nasce, assim, o primeiro caso de controle de constitucionalidade. (POLLETTI, apud MELO FILHO, 2008)

Conforme denota-se o primeiro caso de inconstitucionalidade se concretizou devido a Constituição americana prever à competência da Suprema Corte um rol exaustivo, o ato considerado nulo modificava tal competência, assim demonstrando como se daria o controle difuso, pois no caso em tela foi necessário que o tribunal fosse suscitado de forma incidental para então declarar a inconstitucionalidade da norma, que o fez de forma a gerar efeitos *ex tunc* ou seja o ato normativo foi desconsiderado desde a sua criação.

## **6 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL – MODELO MISTO.**

Em se tratando do controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil, temos que demonstrar como foi o desenvolvimento deste ao longo da história, vindo desde a Constituição do Império de 1824 até a Constituição da República de 1988 trazendo a forma de garantia da vigência e eficácia do Texto Maior no decorrer das constituições brasileiras.

A Constituição de 1824 estabeleceu um controle moldado no sistema francês consagrando a soberania do Parlamento, ou seja, toda a forma de controle de constitucionalidade ficava a cargo do Legislativo, ou seja, cabia ao legislativo segundo Gilmar Mendes (2009, p.1083) “a atribuição de fazer leis, interpreta-las, suspendê-las e revoga-las, bem como velar na guarda da Constituição [...]”. Pois na constituição do Império cabia ao imperador solucionar as demandas envolvendo conflito entre os poderes e não a o judiciário, pois era dele o Poder Moderador, para a manutenção da independência e harmonia entre os poderes, destarte, nesse modelo adotado pela Constituição de 1824 determinava ao Legislativo a competência para exercê-lo e quando este viesse a exorbitar suas funções o Poder Moderador viria para assim manter o equilíbrio no sistema. (MENDES, 2009)

Seguindo na ordem cronológica, surge a Constituição da Republicana de 1891, amplamente influenciada no que tange o controle de constitucionalidade, pelo constitucionalismo dos Estados Unidos da América saindo do sistema da soberania do parlamento e outorgando a guarda da Constituição ao Judiciário, que passaria a análise do caso concreto para decretar a inconstitucionalidade da norma. Dando início ao controle de constitucionalidade difuso no Brasil, que ocorre pela via de exceção, devendo para tanto existir um caso concreto com provocação dos interessados. Tal controle não retirava a norma inconstitucional do ordenamento jurídico, produzindo efeitos somente *inter partes* não

existindo ainda a possibilidade de retirada da lei do ordenamento jurídico por via de ação. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Adiantando na história do controle de constitucionalidade brasileiro tem-se a Constituição de 1934, a qual manteve o sistema difuso e introduziu no nosso sistema de controle de constitucionalidade profundas e significativas alterações, a primeira delas fora chamada de reserva de plenário, na qual somente a maioria absoluta dos diversos Tribunais do Judiciário tem competência para declarar inconstitucionalidade. É também desta Constituição que surgiu a atribuição de efeitos gerais a decisão de inconstitucionalidade, ou seja, o efeito *erga omnes*, porém, para que tal efeito viesse a vigorar via necessária uma análise da decisão pelo Legislativo, que a presente Carta atribuiu ao Senado Federal, ou seja, as decisões de inconstitucionalidade que fossem pronunciadas pelo Supremo tribunal Federal e fossem aceitas pelo Senado Federal, teriam efeito *erga omnes*. Também nessa Constituição foi instituído o mandado de segurança, remédio constitucional que visa assegurar direito líquido e certo contra ato praticado por autoridade com abuso de poder ou ilegalidade. Por fim foi apresentado um projeto de instituir uma Corte Constitucional inspirada no modelo Austríaco, conforme se tem conhecimento, o modelo concentrado de Kelsen foi criado em 1920 e aperfeiçoado na reforma de 1929, influenciou o constituinte brasileiro a época de elaboração da Carta de Direitos. (MENDES, 2009)

Em seguida veio a Constituição de 1937 que para todos os doutrinadores foi considerada um retrocesso no que tange ao controle de constitucionalidade, a qual manteve o sistema difuso, porém enfraqueceu a competência do judiciário, vez que as declarações de inconstitucionalidade teriam de passar pela análise do executivo o qual teria o poder de encaminhar a lei para uma reanálise no legislativo, que por dois terços de seus membros invalidariam a decisão do Judiciário e a norma inconstitucional voltaria a ser aplicada. A presente Carta ainda eliminou a qualidade do mandado de segurança como garantia constitucional, e onde não poderiam ser apreciados os atos dos Chefes do Executivo federal e estadual e dos Ministros de Estado, bem como suspendeu a competência do senado em analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal e declarar o efeito *erga omnes*. No âmbito do controle de constitucionalidade a presente Constituição foi um imenso retrocesso para o tema. (MENDES, 2009)

Assim surge a Constituição de 1946 que trouxe de volta ao ordenamento jurídico as disposições suprimidas pela Carta 1937, o controle difuso retorna e sua competência e novamente atribuída ao judiciário, a guarda da Carta Magna, por via de exceção. Restaurando também a competência do senado em suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Em 1965 com o advento da emenda 16 de 1965, foi um grande salto para controle de constitucionalidade brasileiro, pois a partir desta emenda o controle de constitucionalidade abstrato ficava instituído no ordenamento jurídico pátrio, julgamento atribuído ao Supremo Tribunal Federal, sendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) sendo legitimado a propositura somente o Procurador-Geral da República, destarte ensejando o início do Modelo Misto de controle, onde agora o controle estava a ser efetivado na via direta, e na via incidental. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Seguindo com panorama histórico do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras, assim passa-se a análise das contribuições da Constituição de 1967 para o controle de constitucionalidade brasileiro, a princípio foi mantido o que estava previsto na emenda 16/1965 da Constituição de 1946. A diferença levantada por esta Constituição diz respeito do papel do Procurador-Geral da República em exercer a atividade de controle sem contudo deixar que ideais ou interesses políticos influenciassem suas decisões a respeito de levantar ou não o controle de constitucionalidade abstrato para análise do judiciário. Por fim a Carta de 1967 também atribuía eficácia *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de inconstitucionalidade (MENDES, 2009)

Por fim a Constituição de 1988, que ampliou significativamente as formas de garantir o efetivo controle de constitucionalidade, pois, trouxe em seu corpo o Modelo Misto de controle onde manteve o controle difuso exercido por todos os órgãos do poder judiciário, bem como inovou ao trazer novas formas de controle abstrato. Começando por ampliar o rol de legitimados quando se trata das ações diretas, retirando assim o monopólio do Procurador-Geral da República e passando a possuir um rol mais extenso previsto no artigo 103 da Constituição da República de 1988.

A Carta de 88 ainda trouxe novas formas de exercer o controle de constitucionalidade abstrato nas ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, ações estas que passaremos a um melhor entendimento mais a frente. Além de reconhecer estas novas formas de controle de constitucionalidade a Carta Magna de 1988, atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para no âmbito do controle abstrato atribuir efeito do reconhecimento da inconstitucionalidade apenas *ex nunc*, ou seja, resguarda os efeitos já produzidos pela norma, quando for de entendimento do tribunal que determinado ato normativo ao ser declarado inconstitucional sua extinção do ordenamento jurídico, efeito *ex tunc*, possa a gerar uma confusão jurídica maior do que apenas tornar a norma sem efeitos na forma *ex nunc*. No que se refere ao Controle Difuso a novidade apresentada pela Carta Constitucional de 1988, foi a questão da repercussão geral das questões constitucionais discutidas para admissibilidade do recurso extraordinário a partir da emenda 45 de 2004. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Para concluir o assunto sobre a evolução em face do controle de constitucionalidade que surgiram com advento da Carta de Direitos de 1988, traz-se os ensinamentos do Professor José Afonso da Silva:

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também, agora timidamente, a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a reconhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu

conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades. (SILVA, p.554-555. apud LENZA, 2012)

Assim Conforme vimos toda a evolução do controle de constitucionalidade na historia das constituições brasileiras, restou evidente que ao final desta evolução o país adotou uma forma mista de controle onde emprega tanto previsões do controle difuso quando atribui a todos os órgãos do judiciário a competência para dirimir demandas incidentais a par da constitucionalidade das normas criando efeitos *ex tunc* e *inter partes*, bem como deposições do controle concentrado quando admite as ações diretas opostas perante o Supremo Tribunal Federal, onde as decisões proferidas em favor da inconstitucionalidade das normas terão efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, deixando claro que nosso sistema como é exercido se trata de uma forma única.

## **6.1 O Reconhecimento De Inconstitucionalidade Em Ações Diretas.**

Conforme já exposto o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil na Constituição de 1988 foi o modelo Misto onde o judiciário reconhece do controle de forma incidental na via de exceção bem como na forma direta na forma de controle abstrato, nesta segunda hipótese o Supremo Tribunal Federal, órgão que compete à guarda da Constituição nos moldes do artigo 102 da Constituição de 1988, também será o competente para julgar as ações na forma direta, que nossa Constituição traz: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), estas ações são a forma como o controle de constitucionalidade na via concentrada é exercido pelo judiciário brasileiro.

### **6.1.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica**

A primeira ação a qual se analisa é a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica que tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo impugnado, assim a real intenção é o exame da validade da norma face a Constituição da República que é norma de eficácia plena, sendo portanto, a forma de garantir a rigidez do texto constitucional, o julgamento será efetuado pelo Supremo Tribunal Federal que o fará após ajuizamento da referida ação pelo rol dos legitimados, que terão o intuito de agir no interesse coletivo, tendo em vista que estão preservando a Constituição e a harmonia do sistema jurídico com intuito de extirpar do ordenamento jurídico as normas, assim incompatíveis. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Para garantir o interesse coletivo removendo a norma do ordenamento jurídico na via abstrata, o constituinte originário da Carta de 1988 expandiu o rol de legitimados a propor a presente ação, que na constituição anterior era exclusivo do Procurador-Geral da República, sendo um avanço incomensurável, pois retira o monopólio desta entidade, e legitimam todos os arrolados no artigo 103 da Carta Magna 1988, quais sejam:

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 Assembleia 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.

(BRASIL, 1988)

Contudo entre os legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, foram divididos segundo a doutrina em legitimados Especiais e Legitimados Universais, no primeiro, os Legitimados Especiais são aqueles que necessitam provar a pertinência temática, que é a comprovação do nexa entre necessidade e interesse deste, para pleitear a extinção da norma do ordenamento jurídico. Os considerados Legitimados especiais são os elencados nos incisos IV, V e IX do artigo 103 supracitado. (GIESELER, 2015)

O termo pertinência temática surge com advento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que exige a necessidade que o assunto tratado pela ação direta de inconstitucionalidade esteja abrangido pelo ramo de atuação da entidade, o que destarte fez concretizar também os reais conceitos, de entidade de classe no âmbito nacional e das confederações sindicais, as quais tiveram limita o direito de propositura do efetivo controle concentrado reduzido, conforme traz em sua obra Gilmar Mendes (2009, P.1157) “A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir [...]”, talvez tal entendimento originou-se pelo fato das entidades de classe e as confederações sindicais possuírem a legitimidade do mandado de segurança coletivo com previsão constitucional no artigo 5º inciso LXX, alínea b, e isto de certa forma fez com que o Supremo entendesse que no tocante as ações diretas no controle abstrato houvesse a comprovação de pertinência visto que apesar das entidades representarem uma coletividade, esta seria um tanto quanto mais específica, devendo assim ser comprovada a pertinência temática. (MENDES, 2009)

Tal tema também é levantado em relação às Assembléias Legislativas dos estados e da câmara legislativa do Distrito Federal, bem como aos Governadores de estado e do Distrito Federal, que estão respectivamente determinados como legitimados nos incisos IV e V do artigo 103 supracitado. E que segundo entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, comungam também da necessidade de comprovação da pertinência temática, pois, possuem a especificidade do alcance do controle de acordo com STF. (MENDES, 2009)

Os legitimados Universais são aqueles que não possuem a necessidade de comprovar a pertinência temática, que são os elencados nos incisos I a III e VI a VIII do artigo 103 da Carta Magna 1988. A única ressalva que deve ser demonstrada em relação aos legitimados universais fica a cargo dos partidos políticos com representação no congresso que estão previstos no inciso VIII do artigo 103 da Constituição de 1988, que segundo entendimento da jurisprudência do STF a representação será verificada no momento da ação e não importando a perda desta representação no desenvolvimento regular do tramite da ação. E também no que

tange a decisão para a propositura da ação fica a critério do presidente do partido não tendo portanto a intervenção do diretório partidário. (MENDES, 2009)

No que se refere a capacidade postulatória, ou seja os legitimados não necessitam de advogado para ajuizar a demanda, sendo que de acordo com entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal somente dois legitimados não possuem a capacidade de ajuizar a ação autonomamente, que são os elencados nos incisos VIII e IX do artigo 103 da Carta Magna de 1988 que são, partido político com representação no congresso e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, respectivamente, estes necessitam da figura do advogado pra ajuizar a Ação Direta de inconstitucionalidade. (GIESELER, 2015)

Em relação ao objeto da ação e necessário a transcrição do artigo 102 inciso I alínea a da Constituição de 1988, senão vejamos:

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](#)) (BRASIL, 1988)

Desta forma a Constituição nos traz que as leis ou atos normativos que podem vir a ser questionados pela via da ação direta de inconstitucionalidade, são os atos normativos ou leis estaduais e atos normativos ou leis federais, conforme o dispositivo constitucional, ou seja, atos normativos ou leis municipais não podem ser objeto da ADI, visto que o ordenamento jurídico municipal somente será analisado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso ou em forma abstrata em sede de arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. E no caso do Distrito Federal que possui competência legislativa estadual tanto municipal somente serão analisadas em face de ADI aquelas que compreenderem assuntos de competência estadual, enquanto as normas que contiverem tipicidade municipal não poderão ser questionadas perante o Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta, somente como já relatado na forma concreta. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Nesta baila somente as normas editadas após o advento da Carta Constitucional de 1988 e que podem ser submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, normas anteriores a promulgação da Constituição não podem ser objeto da ação, tendo em vista que estas serão submetidas a análise de recepção ou revogação sendo possível somente contesta-las frente a Norma Superior na via de controle Difuso em um caso concreto ou em forma abstrata, quando em sede de arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. (MENDES, 2009)

Quando se retrata o objeto que pode ser arguido em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal nas palavras de Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino são: (2014, p. 843 e 845) “ atos que possuam normatividade, vale dizer, sejam caracterizados por generalidade e abstração (aplique-se a um numero de pessoas e de casos, todos quantos se enquadrem na situação hipotética abstratamente descrita no ato normativo”, ou seja, é necessário que os atos a serem impugnados possuam aplicação a todos,

e ser autônoma para que destarte a possa vir a ser objeto do Controle abstrato. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Deste modo em relação ao objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade somente poderá ser em face de norma vigente, visto que projeto de lei nem normas já revogadas podem ser objeto de ADI, tendo em vista que segundo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a função da ADI é assegurar o cumprimento do texto constitucional, porém, se a norma ainda não entrou em vigor ou se a mesma já foi extirpada do ordenamento jurídico, conseqüentemente em ambos os casos a normas não possuem eficácia, e destarte não infringem o Texto Maior. (GIESELER, 2015)

Assim o objeto da Ação poderá ser qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual, editado após a promulgação da Carta Magna de 1988, que produza efeitos gerais, não seja secundário ou regulamentar e que esteja em vigor, dentro desses requisitos podem reclamar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade quaisquer leis ou atos que já especificados neste trabalho, com exceção das Sumulas que segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal não possui as características acima elencadas de generalidade e abstração, portanto não podendo ser objeto de ADI. Outra observação que torna pertinente é em relação à medida provisória que quando convertida em lei deverá o titular da ação promover o aditamento da petição informando a mudança do objeto.

Destarte já se tem conhecimento da competência para julgamento da ADI, o rol dos legitimados e o objeto da ação, momento que passaremos a análise da forma processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade, seu procedimento que passou a ser regulado com advento da Lei 9868/1999, dispositivo que determina como se dará a petição inicial da ADI, que está especificado mais precisamente no artigo 3º da referida lei que segue:

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 apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação. (BRASIL, 1999 a)

O que deve ressaltar-se, é que se trata de uma ação imprescritível, podendo ser levantada a inconstitucionalidade a qualquer tempo, ou seja, a norma não se convalida no tempo, podendo o ato ser impugnado a qualquer tempo, salvo duas exceções, leis ou atos normativos editados antes da Carta Magna de 1988 que conforme vimos estão sujeitos a recepção ou não pela Norma Suprema, e no caso de normas que ainda não estão em vigor que conforma já exposto devido ao caráter geral, e abstração se a norma não produz efeitos ela não preenche esses requisitos em relação ao objeto. (MENDES, 2009)

No que tange ao procedimento da ADI uma vez instituído não poderá o titular desistir do pleito, pois conforme já visto o controle de constitucionalidade e algo que alberga os conceitos de generalidade e do bem comum a sociedade nas palavras de Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino: (2014, p.856) “o legitimado não atua defendendo interesse próprio, mas sim o interesse público de restauração da harmonia do ordenamento jurídico”. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Para que haja análise pelo Supremo Tribunal Federal exige-se a necessidade dos fundamentos jurídicos o quem a vem a impugnar a norma debatida, porém o tribunal não fica vinculado a proferir a decisão com fundamento nas alegações feitas pelo autor ele poderá justificar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos contidos na ação, essa justificativa se dá porque a causa de pedir nas ações diretas é aberta, porém cabe salientar que o Tribunal não está vinculado a causa de pedir, todavia o pedido deverá ser respeitado não podendo o Tribunal declarar inconstitucional outro dispositivo senão aquele impugnado. (MENDES, 2009)

Outra questão pontual da Ação Direta de Inconstitucionalidade bem como das demais ações do controle concentrado, é o pedido e suas especificações que conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não será aceito alegações genéricas como forma de pedido da demanda, assim fica caracterizado o princípio do pedido o qual o judiciaria deverá ser suscitado a movimentar-se, e somente fará quando o pedido for específico. (MENEDES, 2009)

Ainda no que tange ao procedimento da ADI, sempre serão ouvidos sucessivamente o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, a presença do Advogado-Geral da União está prevista no artigo 103, parágrafo 3º da Carta Magna 1988, demonstra que este deverá defender o ato impugnado frente a arguição de inconstitucionalidade, tendo a Corte Constitucional posicionado que o AGU seria o defensor da lei, o que era duramente rebatido pela doutrina visto que o Advogado-Geral da União deveria defender toda e qualquer norma que fosse arguida sua inconstitucionalidade, porém o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência no sentido de o Advogado-Geral da União tem a livre iniciativa para determinar como e se vai atuar como defensor da norma impugnada, lembrando ainda que o Advogado-Geral da União não é legitimado para propor o controle abstrato. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Também será ouvido o Procurador-Geral da República, que se trata do chefe do Ministério Público da União, que se trata de um órgão encarregado de defender o ordenamento jurídico, e possui papel importante no Controle de Constitucionalidade a começar por ser um dos legitimados a propor as ações diretas, e também sempre terá manifestação nas ações pela via concentrada conforme disposição do artigo 103, parágrafo 1º da Constituição de 1988. O seu parecer em relação a norma impugnada e meramente opinativo não estando o Supremo Tribunal Federal vinculado a seu posicionamento. Como sua função é precipuamente defender o rigoroso cumprimento da Constituição, manifestando pela inconstitucionalidade ou não da ato impugnado. O que cabe salientar em relação ao Procurador-Geral da República prestar parecer opinativo o mesmo poderá manifestar pelo não provimento de sua própria propositura, porém isto não deve ser confundido com desistência da ação que conforme vimos não existe no controle concentrado, e sim como sua função outorgada pela Carta Maior, e como vimos o parecer não vincula a decisão da Corte Federal. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Prosseguindo com o conteúdo da ação Direta de inconstitucionalidade passamos a análise da intervenção de terceiro no curso da ação, e conforme dispõe o artigo 7º da Lei 9868 de 1999 traz:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (BRASIL, 1999 a)

Assim e vedada a intervenção de terceiros no processo da ADI, conforme prevê o dispositivo da lei supracitada, tendo em vista que este instituto é do processo civil que visa o reconhecimento de direito concreto, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade possui caráter geral, inexistindo partes e direitos subjetivos, inexistindo portanto forma de intervenção de terceiros na forma como está prevista no processo civil. Porém a intervenção de terceiros vedado pelo dispositivo da lei não se trata da admissibilidade do litisconsórcio ativo entre legitimados, e também não se pode confundir a intervenção de terceiros que é vedada, com o *amicus curiae* que passaremos a análise. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

A norma que regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade a lei 9868 de 1999, em seu artigo 2º acima ilustrado, traz a figura do *amicus curiae* que se trata do “amigo da Corte”, que será a manifestação de um órgão representante de uma quando este apresenta dominante relevância da matéria que tem conhecimento, para auxiliar o Tribunal na sua decisão, a necessidade do *amicus curiae* será definida pelo relator do processo que averiguando os requisitos de conveniência e oportunidade, que quando admitidos a decisão interlocutória que assim o fizer não poderá ser objeto de recurso, todavia, existem alguns precedentes que consideram possível a possibilidade de recurso agravo para reclamar da decisão que não aceitou para análise do pleno do Supremo Tribunal Federal decidir sobre a necessidade da figura do *amicus curiae*. (LENZA, 2012)

Outro assunto que é pertinente em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade é sobre a existência de Medida Cautelar em seu pleito, concedida mediante liminar que tem o intuito de garantir a futura decisão meritória. Que quando atendidos os pressupostos processuais do *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, será acatada a fim de afastar o dano irreparável ou de difícil reparação caso os efeitos somente viessem a ser produzidos na decisão de mérito. A cautelar somente será concedida por votação de maioria absoluta dos ministros do Supremo Tribunal Federal, e tendo em vista a relevância da matéria o seu significado para a garantia da segurança jurídica, poderá o Supremo converter o julgamento da cautelar em julgamento da ação em si, caso o relator entenda pertinente a conversão da cautelar em julgamento definitivo da ação, ele passará a apreciação ao pleito, que caso acate não irão mais analisar a cautelar e sim o objeto definitivo da ação. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Os efeitos produzidos pela cautelar acolhida pelo Pleno se darão a partir da publicação da publicação da mesma no diário da justiça da união, salvo disposição em contrario definida pelo Supremo Tribunal federal, o presente efeito em regra terá efeito *ex nunc*, porém poderá produzir efeitos *ex tunc* caso outorgado pelo Pleno do Tribunal, que nesse caso obedecerá a um requisito que é o estabelecimento de acordo verificando o efeito *ex tunc*. Os efeitos da decisão da cautelar são *erga omnes* dotada de força vinculante aos demais órgãos do judiciário da administração pública direta e indireta não poderão dar aplicação à lei ou ato normativo que esteja por força de medida cautelar suspenso em face de ação direta, bem como suspende todos os processos os quais envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo que embasa a ação. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Conforme dispõe em sua obra Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino (2014, p.871) “[...] liminar implica a reprivatização provisória das normas anteriormente revogadas pela lei objeto da ação direta”. Destarte a medida cautela na Ação direta de Inconstitucionalidade é uma exceção ao efeito reprivatizatório, ou seja, a norma impugnada deixa de vigor e sua antecessora se possui volta a vigor temporariamente.

Para demonstrar como se dá a Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade traz à baila a seção II do Capítulo II da Lei 9868 de 1998 senão vejamos:

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.  
§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação. (BRASIL, 1999 a)

Assim chegamos a decisão da Ação direta de Inconstitucionalidade, que esta prevista no capítulo IV da Lei 9868 de 1999, a qual estabelece que o julgamento dessas ações será efetuado quando presente ao menos 8 dos 11 ministros, sendo declarada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade perante aprovação de maioria absoluta do Tribunal. (MENDES, 2009)

Para melhor entendimento segue o Capítulo IV da Lei 9868 de 1999, que demonstra como será realizada a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, e traz demais características das decisões:

DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
E NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Art. 25. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

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.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1999 a)

Tendo em vista a transcrição do dispositivo legal, nota seu fácil entendimento, pois são auto explicáveis os dispositivos da norma, ou seja, com a simples leitura fica fácil conhecer a forma como será a decisão da ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, conforme prevê o artigo 24 da lei 9868 de 1999 demonstra o caráter ambivalente ou dúplice da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que não sendo acatada inconstitucionalidade será, portanto declarada a Constitucionalidade da norma, sendo assim demonstrando que a negativa em dar procedência a ação faz com que elas se transforme Ação Direta de Inconstitucionalidade em Ação Declaratória de Constitucionalidade, e vice-versa. (MENDES, 2009)

Destarte o previsto no dispositivo legal fica claro em seu artigo 26 supracitado, que as decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade são irrecorríveis gerando qualidade as decisões, no que refere a segurança jurídica e a economia processual, evitando assim reiterados recursos interpostos com caráter meramente protelatórios. (MENDES, 2009)

Desta feita conforme dispõe o artigo 27 da Lei 9868 de 1999, a lei declarada inconstitucional e face de ADI pelo Supremo Tribunal Federal, será decretada a nulidade desta do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes*, contra tudo e contra todos, com efeitos vinculantes aos demais órgãos do judiciário e administração publica direta e indireta, com efeito, repristinatório em relação a norma vigente anteriormente a norma impugnada, e efeitos retroativos *ex tunc* porém nesta ultima conforme o artigo citado, o Supremo Tribunal Federal por maioria de 2/3 de seus ministros quando entender que em benefício da segurança jurídica e o interesse social poderá restringir os efeitos da decisão a *ex nunc* ou *pro future*.

Outro efeito produzido pelo reconhecimento da inconstitucionalidade é o efeito repristinatório, visto que foi decretada a nulidade da norma, retroagindo os fatos ao *statu quo ante*, destarte a norma impugnada nunca existiu e assim retorna e viger a norma anterior. (LENZA, 2012)

Neste sentido, ainda sobre os efeitos criados pelo controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se a Transcendência dos Motivos Determinantes que se trata dos fundamentos empregados pelo Supremo Tribunal Federal na decisão de uma ação direta são também vinculantes conforme prevê o artigo 102 parágrafo 2º, será vinculante a decisão de mérito proferida pelo STF, contudo o dispositivo não informa as partes da decisão as quais terão efeito vinculante, que em via de regra nas decisões no processo civil o que faz a coisa julgada é tão somente o dispositivo da sentença. O STF em sua jurisprudência concluiu que nas Ações Diretas terá efeito vinculante também os fundamentos empregados pelo Supremo para decidir a demanda, ou seja, os motivos que levaram o STF a proferir a sentença a chamada *ratio decidendi* também terá efeitos vinculantes. (GIESELER, 2015)

Por fim no que diz respeito aos efeitos produzidos pela decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade está a Modulação dos Efeitos Temporais, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que conforme vimos gera efeitos *ex tunc* a norma nunca existiu retornando os fatos ao *statu quo ante*, que a força da decisão é *erga omnes* que os efeitos e os fundamentos são vinculantes, e destarte sendo aplicado o efeito repristinatório como efeito da decisão que declara inconstitucional uma norma, desta forma traz a modulação dos efeitos temporais, que visando à segurança jurídica ou o relevante interesse social, o STF poderá modular os efeitos do acórdão, ou seja, ao invés de se tratar de efeitos *ex tunc*, os efeitos poderão ser modificados caso entenda o STF que tal procedimento seja necessário para assegurar o relevante interesse social ou a segurança jurídica ao ordenamento jurídico pátrio. O STF poderá determinar que os efeitos a serem produzidos pela declaração de inconstitucionalidade tenham eficácia *ex nunc*, somente tenham validade a partir do acórdão declaratório de inconstitucionalidade, também poderá ser estabelecido a vigência *pro futuro*, no qual o efeitos da decisão ganhem efeitos em uma data futura, e ainda o STF poderá escolher uma data entre a entrada em vigor da norma e o transito em julgado do acórdão. (LENZA, 2012)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica foi aqui retratada de forma mais minuciosa e mais abrangente tendo em vista que as demais ações diretas com previsão em nosso ordenamento têm por base o que preceitua a ADI genérica, em relação as demais ações diretas ficará demonstrado apenas o que diverge da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

#### 6.1.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade trata-se de outra forma de controle abstrato de constitucionalidade que surgiu com a emenda 03 de 1993 com objetivo de assegurar a segurança jurídica, encontra respaldo legal no artigo 102 inciso I da Carta Constitucional de 1988, e tem por finalidade declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a ADC diferentemente da ADI em que se pode ser impugnado lei ou ato normativo estadual e federal, assim somente pode ser objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade lei ou ato normativo federal. (GIESELER, 2015)

Ainda no que se refere o objeto da ADC é necessário que seja demonstrado à controvérsia jurídica em face do ato impugnado, comprovado através de pronunciamentos contraditórios pela jurisdição ordinária, ou seja, para que seja aceito o objeto da ação deverá existir uma real controvérsia entre os demais órgãos jurisdicionais, os quais estejam declarando a inconstitucionalidade do ato, e destarte gerando uma repercussão coletiva negativa em relação ao direito concreto da sociedade. Assim consagrou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (2009, p. 1182 e 1183) “a exigência quanto à necessidade de demonstração da controvérsia judicial sobre a legitimidade da norma a fim de que se possa instaurar o controle abstrato de declaração de constitucionalidade”. (MENDES, 2009)

O real intuito da ADC é transformar a constitucionalidade relativa que todas as normas no ordenamento jurídico possuem, em constitucionalidade absoluta, para que isto ocorra, o STF competente para julgar a presente, aprecie o conteúdo e declare a constitucionalidade absoluta para em casos concretos em que haja muita divergência nos juízes e tribunais, a decisão proferida pelo acórdão do STF tenha efeitos *erga omnes* e não podendo mais a norma ser contestada nos demais órgão do judiciário e da administração pública direta e indireta, pois o efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal impera sobre estes órgãos. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Da legitimidade para propor a Ação Declaratória de Constitucionalidade segue a mesma linha dos legitimados a propor a ADI com as mesmas considerações feitas, bem como a figura do *amicus curiae*, que também seguira a mesma forma do narrado na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Seguindo no procedimento da demanda, deverá ouvir o Procurador-Geral da República emitindo seu parecer conforme o faz na ADI, bem como a figura do Advogado-Geral da União, devido ao caráter ambivalente entre ADC e ADI, pois elas têm caráter dúplice, desta feita a presença da figura do Advogado-Geral da União é indispensável sendo o responsável pela defesa da norma deverá figurar no processo devido a esta ambivalência entre ADI e ADC, pois em sede da ADC o Supremo Tribunal Federal poderá em caso de provimento declarar a norma Constitucional em caso de negar o provimento a norma é declarada inconstitucional, por este motivo a necessidade do Advogado-Geral da União ser chamado no processo. Contudo vale ressaltar que não existe ambivalência nas decisões que determinarem a cautelar das ações, tendo em vista que ambivalência recai tão somente a decisão de mérito proferida pelo STF. (LENZA, 2012)

Por fim no que diz respeito aos procedimentos da ADC, a ultima diferenciação em relação à ADC é no que refere à medida cautelar, na qual possuirá um prazo de suspensão dos efeitos da norma impugnada, prazo este que será de 180 dias contados da publicação da decisão que deferir a cautelar, que possuirá efeitos *erga omnes*, vinculantes e *ex nunc* dentro do prazo especificado, podendo a Suprema Corte, caso entenda necessário para assegurar o bem social poderá decidir pela cautelar possuir efeitos *ex tunc*. Não havendo decisão da ação dentro do referido prazo cessará os efeitos da cautelar voltando assim norma a vigorar, até a decisão definitiva de mérito do Supremo. (LENZA, 2012)

Destarte a Ação declaratória de Constitucionalidade possui um caráter dúplice conforme visto, assegurado no artigo 24 da Lei 9868 de 1999, e sua decisão seguirá nos moldes da ADI, de maioria absoluta dos membros da Corte, ou seja, seis votos estando presente ao menos oito ministros, cabendo ressaltar a causa de pedir aberta na qual não

vincula a decisão do Supremo. No demais a Ação Declaratória de Constitucionalidade segue o que predispõe a ADI genérica. (MENDES, 2009)

### 6.1.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a mais recente forma de controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal, surgiu com a emenda 03 de 1993 e encontra respaldo no artigo 102 parágrafo primeiro da Carta Magna de 1988, porém somente obteve sua regularização a partir da elaboração da Lei 9882 de 1999. A ADPF se trata de mais uma ação do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que antes do advento da lei 9882 de 1999 que regulamenta a presente ação, segundo o STF o artigo 102 parágrafo primeiro se tratava de uma norma de eficácia limitada e enquanto a norma não fosse devidamente regulamentada a Corte não poderia apreciá-la. (LENZA, 2012)

Para melhor demonstrar o intuito da ADPF traz a baila o artigo primeiro da lei 9882 de 1999:

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; (BRASIL, 1999 b)

A presente ação tem por finalidade suprir algumas lacunas que não são atendidas pelos demais modos de controle abstrato e encontra como por objetivo garantir ou evitar dano a preceito fundamental, sempre visando o benéfico a garantia a coletividade de um direito que possa vir a ser tolhido, entretanto a norma regulamentadora não informou o que vem a ser Preceito Fundamental, deixando o conceito em aberto até que haja jurisprudência do Supremo regulando o que venha a ser Preceito Fundamental. Contudo tal fato trouxe à ADPF uma ampliação de seu objeto que no caso poderá enquadrar leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais, veja que neste ultimo se trata da única forma de levar uma norma ou ato normativo municipal ao crivo do Supremo Tribunal Federal através do controle de constitucionalidade concentrado, bem como normas anteriores ao advento da Constituição de 1988, além dos atos normativos secundários e dos atos do poder publico não normativos. (GIESELER, 2015)

O rol exemplificativo da possibilidade de objeto da ADPF e devido fato de sua subsidiariedade, prevista no artigo quarto parágrafo primeiro da lei 9882 de 1999, que traz que somente será aceita a arguição de preceito fundamental quando não possuir outro meio eficiente, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (2009, p.1202) “impõe que a arguição de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, §1º)”, assim a ADPF deverá ser a ultima forma de assegurar a eficácia da constituição quando a mesma não for defendida em hipótese por ADI ou ADC. Contudo resta necessário informar aqui sobre a possibilidade de a ADPF se transformar em uma ADI, visto o princípio da fungibilidade, que e trata de uma substituição de uma medida processual por

outra quando alcance a possibilidade e a finalidade que busca, que será efetuado observados todos os requisitos para a propositura da ADI poderá a ADPF ser convertida em ADI. (MENDES, 2009)

A figura do Procurador-Geral da Republica, atuará na ADPF como *custos legis* podendo em alguns casos será autor e fiscal da lei já que se trata de um dos legitimados para levantar o controle de constitucionalidade de forma abstrata, os demais atos se darão da mesma forma como ocorre na ADI. O Advogado-Geral da União não necessariamente haverá de atuar na ação, tendo em vista o caráter subsidiário da ADPF, e como a função do Advogado-Geral da União e defender a constitucionalidade no ordenamento jurídico, alguns atos irão sair da sua seara, e não haverão de ser analisados por ele, contudo a própria lei que regulamenta a ADPF prevê que o relator da ação no Supremo devesse suscitar a manifestação do Advogado-Geral da União. Por fim a participação do *Amicus Curiae* segue o mesmo que previamente disposto na ADI. (GIESELER, 2015)

A medida cautelar é permitida na ADPF conforme disposição do artigo quinto parágrafo segundo da lei 9882 de 1999 que será deferida pelo relator da ação no Supremo Tribunal Federal quando por maioria absoluta dos votos dos membros nos casos de urgência ou perigo de lesão. Ainda na relação do procedimento da cautelar na ADPF se diferencia da ADI, pois nesse caso não será gerada a audiência da autoridade que editou o ato impugnado, podendo a decisão deferir a suspensão do ato impugnado em face aos demais órgãos do judiciário. (MENDES, 2009)

A decisão na ADPF segue o já exposto na ADI, ou seja, será decidida quando presentes dois terços dos membros, e por maioria absoluta dos votos, que são seis. E conforme está disposto tanto na lei 9868 de 1999 bem como na lei 9882 de 1999 as decisões proferidas são irrecorríveis e à não-rescindibilidade da decisão proferida em face de ADPF. Os efeitos a serem gerados pela decisão estão dispostos no artigo 11 da lei 9882 de 1999, que demonstra que o ato será anulado com efeitos *ex tunc*, vinculante, *erga omnes*, podendo conforme na ADI caso o Supremo Tribunal Federal entenda necessário para garantia da segurança jurídica e garantir os direitos sociais poderá modular os efeitos temporais da decisão. (MENDES, 2009)

#### 6.1.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão trata-se de um meio de sanar o denominado pela doutrina de síndrome da inefetividade das normas constitucionais, que nada mais é que garantir a efetividade das normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, que necessitam de regulamentação. (LENZA, 2012)

A ADO possui previsão legal no artigo 103 paragrafo segundo da Lei Maior de 1988, que traz:

§ 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. (BRASIL, 1988)

Suas formalidades processuais estão previstas na lei 9868 de 1999, que teve uma adição em seu texto com o advento da lei 12063 de 2009, que passou a estabelecer a forma processual da ADO.

A competência para julgamento da ADO é como nas demais formas de controle abstrato cabe ao Supremo Tribunal Federal, conforme disposição do artigo 103 parágrafo segundo e analogicamente o artigo 102 inciso primeiro, alínea “a”, e com o advento da lei 12063 de 2009 que complementa a lei 9868 de 1999, reforça o ainda mais o posicionamento do STF em relação a sua competência para conhecer da ação, e também em relação aos legitimados para a propositura da ADO que até a edição da lei 12063 de 2009, eram determinados de forma análoga, e a partir de então passaram a ser os mesmos legitimados para a propositura da ADI e ADC, obedecendo assim as disposições constitucionais, bem como as demais considerações feitas sobre a legitimidade em face de ADI.

O objeto da ADO são as omissões inconstitucionais, que ocorre quando a norma constitucional deixa de ser aplicada devido à falta de atuação dos órgãos competentes para editá-las, porém e devido informar que a omissão que pode ser objeto de ADO, é somente aquelas que estejam relacionadas com as normas constitucionais de eficácia limitada. Posto isto somente podem ser objeto de ADO normas federais e estaduais, que figurem as omissões, não podendo conforme na ADI, existir controle de normas omissivas municipais perante o Supremo Tribunal Federal. Desta feita é entendimento do STF que caso a norma constitucional que demande a regulamentação, venha ser revogada por emenda constitucional, a ADO será extinta por perda de objeto. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

As omissões normativas que visam ser sanadas pelo controle abstrato, podem ser divididas em total ou parcial, será total, nas palavras do professor Pedro Lenza (2012, p. 363) “quando não houver o cumprimento constitucional do dever de legislar”, e sendo parcial quando houver a norma, porém de forma deficitária, podendo ser dividida pela doutrina entre omissão parcial propriamente dita ou relativa, na primeira a norma existe, porém regulamenta o direito constitucional de forma deficitária, na segunda quando a norma existe, contudo regulamenta seu alcance a somente determinado grupo da sociedade, em ambos os casos é necessária a ADO para sanar tal vício. (LENZA, 2012)

Se tratando do procedimento da ADO a figura do Procurador-Geral da República agirá na ADO de forma diversa da ADI, pois neste caso somente atuará como *custos legis* nas ações em que não propor. A manifestação do Advogado-Geral da União é dispensada visto que sua função, é garantir a constitucionalidade das normas, e em sede de ADO, não existe norma no ordenamento a ser defendida. Continuando sobre o procedimento da ADO tem-se a figura do *amicus curiae* que segue exatamente o que dispõe a ADI em relação ao tema. Por fim em relação ao procedimento é prevista a figura da cautelar, disposta no artigo 12-F da lei 9868 de 1999 contudo até o momento o STF não decidiu pela concessão de nenhuma cautelar em sede de ADO. (GIESELER, 2015)

Os efeitos produzidos pela decisão de mérito da ADO se limitam a declaração da omissão do poder competente para a legislação do ato, pois devido ao princípio da separação dos poderes, não é admitido que um poder se sobrepusesse aos outros, ou seja, da decisão que defere a omissão, ela não poderá obrigar os demais poderes a editarem a respectiva norma. Até hoje em toda a história do controle de constitucionalidade brasileiro, em somente uma hipótese o STF decidiu em determinar um prazo para a edição da respectiva norma, que se tratava de uma ADI 3682 que pelo princípio da subsidiariedade o STF converteu-a em ADO, estipulando prazo de 18 meses para a regulamentação do dispositivo impugnado. Porém quando a decisão reconhecer omissão de órgão administrativo e não de poder, a decisão do

Supremo Tribunal Federal, designará um prazo razoável a ser estipulado pelo Tribunal tendo em vista as circunstâncias sob pena de incorrer em crime de responsabilidade. (LENZA, 2012)

## **6.2 O Reconhecimento De Inconstitucionalidade Pelo Supremo Tribunal Federal Em Ações Incidentais.**

Em se tratando do controle incidental exercido pelo STF, é primeiro necessário demonstrar como é exercido o controle difuso no ordenamento pátrio. Tal controle se dá por meio incidental ou direto, onde qualquer juiz ou tribunal analisa o caso concreto e se posiciona pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato impugnado, podendo para tanto emitir decisão que terá efeitos *inter partes*, podendo excepcionalmente possuir efeitos *erga omnes* quando a demanda chegar em sede de recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Tal controle emana dos direitos e garantias fundamentais que esta prevista em nossa Carta de Direitos de 1988, que em seu artigo quinto inciso XXXIV, aduz: “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Conforme dispõe o artigo supracitado é uma garantia individual prevista pela Carta Magna de 1988, alcançando a todos as pessoas do ordenamento jurídico pátrio. É devido a tal garantia de peticionar e ao princípio da supremacia da Constituição é que existe a possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade no caso concreto que será definido pelo juízo competente para julgamento da demanda. (SILVA, 2014)

O controle difuso de constitucionalidade é exercido pela via incidental, existindo um caso concreto onde o judiciário será movimentado, porém a arguição de inconstitucionalidade constará apenas de fundamento da petição não sendo o objeto da mesma, ou seja, nas palavras do professor Pedro Lenza (2012, p.269) “a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual”.

O Supremo Tribunal Federal irá reconhecer da inconstitucionalidade das normas na via incidental em sede de Recurso Ordinário ou Extraordinário que estão previstos no artigo 102, incisos II e III da Carta Constitucional de 1988 que segue:

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

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. ([Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)) (BRASIL, 1988)

Conforme já demonstrado no presente trabalho, ao STF coube a guarda da Constituição, que exercerá na via abstrata em forma de ações diretas ou na via difusa através do recurso ordinário que possui hipóteses estritas, ou do recurso extraordinário que será a forma mais abrangente de levar um caso concreto de controle de constitucionalidade a apreciação do Supremo, que conforme disposto no artigo acima deverá ser previamente suscitada nos tribunais inferiores. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

Com advento da Emenda Constitucional 45 de 2004 trouxe duas inovações ao Recurso Extraordinário, a primeira foi ampliar as possibilidades de cabimento do recurso prevista no artigo 102 alínea “d”. A segunda foi à exigência que o recorrente deverá comprovar a repercussão geral das questões constitucionais impugnadas, que se encontra transcrito no artigo 102 parágrafo terceiro da Constituição de 1988. A partir desse momento a repercussão geral passou a ser pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, que quando não comprovada a repercussão poderá o STF recusar o recurso mediante deliberação de dois terços de seus membros. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

O recurso extraordinário possui seu procedimento previsto no Código de Processo Civil vigente mais precisamente nos artigos 541 a 546, que irão determinar juntamente com o Regimento Interno do Supremo as formalidades em que o Recurso Extraordinário estará sujeito para tramitação na Corte.

Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: [\(Revigorado e com redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994\)](#)

I - a exposição do fato e do direito; [\(Incluído pela Lei nº 8.950, de 1994\)](#)

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; [\(Incluído pela Lei nº 8.950, de 1994\)](#)

III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. [\(Incluído pela Lei nº 8.950, de 1994\)](#)

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. [\(Redação dada pela Lei nº 11.341, de 2006\)](#).

Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões. [\(Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#)

§ 1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada. [\(Incluído pela Lei nº 8.950, de 1994\)](#)

§ 2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. [\(Incluído pela Lei nº 8.950, de 1994\)](#)

§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões. [\(Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998\)](#)

Art. 543. Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. [\(Revigorado e com redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994\)](#)

§ 1º Concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado. [\(Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994\)](#)

§ 2º Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário. [\(Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994\)](#)

§ 3º No caso do parágrafo anterior, se o relator do recurso extraordinário, em decisão irrecorrível, não o considerar prejudicial, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial. [\(Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994\)](#)

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008\).](#)

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. [\(Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

§ 1º O agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido. [\(Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

§ 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental. [\(Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#)

§ 3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008. [\(Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: [\(Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; [\(incluído pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

II - conhecer do agravo para: [\(incluído pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; [\(incluído pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; [\(incluído pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. [\(incluído pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

Art. 545. Da decisão do relator que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, o recurso não admitido na origem, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 557. [\(Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010\)](#)

Art. 546. É embargável a decisão da turma que: [\(Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994\)](#)

I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; [\(Incluído pela Lei nº 8.950, de 1994\)](#)

II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário. [\(Incluído pela Lei nº 8.950, de 1994\)](#)

Parágrafo único. Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno. [\(Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994\)](#) (BRASIL, 1973)

Resta salientar ainda que o procedimento do recurso extraordinário será também tratado no regimento interno do STF, que trará outras especificidades do presente recurso.

Uma disposição que deve ser lembrada quando se fala em controle de constitucionalidade pela via difusa, se trata da reserva de plenário dos tribunais que encontra fundamento no artigo 97 da Lei Maior de 1988. O dispositivo trata da devolução do feito a análise do tribunal *ad quem* que verificando que o processo levanta a inconstitucionalidade de ato normativo ou lei, essa análise será levada ao pleno do tribunal ou órgão especial para resolver a demanda suscitada. Entretanto tal clausula não se aplica as Turmas do STF, primeiro pelo fato de que o supremo não se trata de um tribunal no sentido fixado no artigo 97 da Carta Constitucional de 1988, e também pelo fato do STF ao decidir pela inconstitucionalidade das normas o deverá fazer pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Assim demonstra a importância que tem o controle exercido pelos tribunais quando arguido a validade constitucional da lei ou ato normativo. (LENZA, 2012)

Quando se fala da decisão definitiva do Supremo, deve ser lembrado que nesse, e exclusivamente nesse caso o Senado Federal terá participação, e poderá editar resolução suspendendo a execução da legislação conflitante com a Norma Maior, desde que o faça sem infringir a decisão da Suprema Corte, tal previsão encontra-se expressa no artigo 52 inciso X da Constituição de 1988. Sendo tal medida prevista exclusivamente no controle difuso. (GIESELER, 2015)

Da decisão no curso de um caso de controle concreto que poderá emanar de um juiz singular um tribunal, ou por um tribunal superior, terão os mesmos efeitos independentemente do órgão prolator da decisão, que só alcançará as partes do processo, ou seja, *inter partes* com efeito vinculante e *ex tunc*. Em relação a pronuncia de inconstitucionalidade pelos órgãos do

judiciário segue conforme prevê os professores Vicente de Paulo de Marcelo Alexandrino (2014, p. 822) “proferida em qualquer nível, limita-se ao caso em litigio, no qual foi suscitado o incidente de constitucionalidade, fazendo coisa julgada apenas entre as partes do processo”. O efeito *ex tunc* onde opera a retroatividade declarando a nulidade da relação jurídica fundada na norma inconstitucional, poderá existir aqui a modulação dos efeitos temporais da decisão proferida que será feita pelo STF quando em situações excepcionais que envolvam a segurança jurídica ou o relevante interesse social atribuir efeitos *ex nunc* a partir da decisão, ou ate mesmo em prospectiva em momento posterior. (PAULO e ALEXANDRINO, 2014)

### **6.3 O Modelo Misto Brasileiro.**

Conforme abordado pelo trabalho viu-se que o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, foi o modelo Misto, pois conforme vimos é aplicado em nosso ordenamento jurídico o Controle Concentrado que é exercido através das ações diretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal, ADI, ADO, ADPF e ADC. E vimos também que nosso ordenamento reconhece da inconstitucionalidade das normas através do Controle Difuso onde o reconhecimento será efetuado por todos os órgãos que detém o poder meritório do judiciário, e que será conhecido em sede de qualquer demanda jurídica que suscitar o incidente de constitucionalidade. Assim encerrando o estudo do complexo sistema de controle de constitucionalidade e de sua aplicabilidade pelo judiciário brasileiro.

## **7 CONCLUSÃO**

Enfim encerra-se o presente trabalho e conclui-se que as cartas de direitos surgidas pelo mundo foram uma forma de garantir nos primórdios os direitos do homem, para que

fosse retirado do Soberano o direito de restringir como bem entendesse esses direitos. A primeira carta de direitos surgida a Magna Carta de 1215 do Rei João Sem Terra, foi o nascimento de uma garantia necessária e como viu-se traria repercussões grandiosas servindo de alicerce para as demais cartas de direitos que a sucederam, como a Carta de Direitos da Virginia a Carta de Direitos Francesa, a Constituição dos EUA, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e até mesmo a nossa Carta Constitucional de 1988. O que se abstrai desse nascimento e crescimento das cartas de Direitos surgidas, foi além da necessidade de proteger os direitos do homem em relação ao Estado, foi de que estaria ali iniciando o conhecimento de uma Norma Hipotética Fundamental que até então nunca se tinha ouvido falar.

A partir de então somente no início do século XX com o advento das ideologias de Hans Kelsen o pai do positivismo, é que se vê o respaldo dessas cartas surgidas através da história, conforme por ele proposto, os direitos fundamentais estariam assegurados nesta norma. Kelsen em seus estudos propôs a existência de uma Norma Hipotética Fundamental, a qual seria de suma importância para assegurar os direitos do povo frente ao Estado, visto a hipossuficiência do homem em relação à soberania do Estado. Partindo deste princípio Kelsen elaborou uma pirâmide na qual no topo estavam as Cartas de Direitos ou as Constituições que segundo ele seriam uma materialização da Norma Hipotética Fundamental, e nos patamares inferiores as demais normas do ordenamento jurídico de determinado Estado. A necessidade de determinar uma superioridade das normas Constitucionais se verifica conforme já exposto, da natureza de assegurar os direitos fundamentais ao Povo elemento constituinte do Estado.

Assim as Constituições são formas supremas e onipotentes visto que as mesmas surgem geralmente de um legislador constituinte originário estabelecido exatamente para a elaboração da Carta de Direitos de determinado Estado. Este entendimento é de suma importância, pois, é devido a tal posicionamento que as normas Constitucionais estão acima das demais. Devido a natureza de sua criação, é que nasce no mundo a ideia de controle de constitucionalidade das leis, visto que conforme prevê Hans Kelsen em sua pirâmide normativa as Cartas de Direitos estão no topo e devendo as normas inferiores respeitarem o que estiver preceituado na Norma Fundamental, ensejando assim o fundamento para o controle de constitucionalidade das demais normas jurídicas.

Prosseguindo é necessário demonstrar a forma como ocorre este instituto da inconstitucionalidade das normas, que na verdade é quando as normas de determinado ordenamento jurídico veem a ferir a Carta Fundamental, elas seriam então determinadas inconstitucionais, porém, somente reconhecer da inconstitucionalidade normativa não é o suficiente, é necessário afastar tal dispositivo do ordenamento em respeito à norma hipotética fundamental sob pena de ineficácia da mesma. As formas como se dá a inconstitucionalidade dos atos normativos podem ocorrer das seguintes maneiras: material ou formal, direta ou indireta, total ou parcial, entre outras formas as quais podem ocorrer à inconstitucionalidade. Ademais as formas de reconhecimento da inconstitucionalidade podem ser preventiva ou repressiva, no primeiro a norma não chega a entrar em vigor, pois os responsáveis pela sua edição irão solucionar o vício, no segundo o controle é efetuado pelos órgãos do judiciário de maneira repressiva, ou seja, quando a norma já está vigente e existe a necessidade de garantir a eficácia da Norma Superior. E devido a tais entendimentos surge a figura dos modelos de controle de constitucionalidade pelo mundo, que são fundados no controle repressivo judicial,

os quais são a via de garantir a supremacia da Constituição frente às normas no patamar inferior da pirâmide.

Conforme restou comprovado a necessidade de garantir a supremacia e eficácia da Constituição de determinado ordenamento jurídico, eis que surge o primeiro caso de controle de constitucionalidade que se tem conhecimento no mundo que se trata do Controle Difuso exercido no caso *Marbury x Medson* que ocorreu nos Estados Unidos da América onde foi decidido na Corte Americana pela inconstitucionalidade de um ato do executivo em face de análise a Constituição americana que analisou no caso concreto a validade de um ato *inter partes* em sede da Carta Magna, desde então ficou conhecido como controle difuso de Constitucionalidade das normas, pois analisou repressivamente o caso concreto revolucionando a doutrina em relação ao controle de constitucionalidade.

Que obteve grandes avanços e a partir do século XX com o positivista Hans Kelsen que criou outro sistema de controle de constitucionalidade o Controle Abstrato onde seria determinada a análise de inconstitucionalidade a uma Corte Constitucional através de ações diretas que arguiriam a constitucionalidade perante a Corte. O controle Difuso desenvolvido pelos EUA, presa pela justiça não importando assim com a segurança jurídica, já o controle Concentrado desenvolvido por Hans Kelsen é adepto ao controle de constitucionalidade garantir a segurança jurídica do que propriamente a justiça. Ambas as formas de controle possuem seus pontos positivos e negativos visto que no controle difuso norte americano a jurisprudência ganha muita força, já no controle abstrato a Corte é que detém a maior parte do poder.

Por fim chega a análise do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que adotou o sistema Misto, ou seja, aceitou tanto o sistema difuso norte americano quanto o sistema abstrato austríaco, pois o controle de constitucionalidade exercido pelo Brasil segue o que preceitua o controle difuso no reconhecimento das ações incidentais que levam o caso concreto a análise dos órgãos do judiciário. Desde que o reconhecimento da inconstitucionalidade não seja objeto da ação, sendo, portanto fundamento para o pleito, porém prevê o controle abstrato que será efetuado pelo Supremo Tribunal Federal em via das ações diretas que possuem um rol exaustivo de legitimados para apresentar tal medida frente a Corte Suprema que a decisão proferida pelo STF terá efeitos *erga omnes, ex tunc*, vinculante aos demais órgãos do judiciário. Podendo, caso a Corte entenda, modular os efeitos da decisão quando a repercussão social e a segurança jurídica estiverem em xeque, outro efeito proveniente das decisão em sede das ações direta é a transcendência dos motivos determinantes o qual vincula os dispositivos utilizados pela corte nos efeitos da decisão e também o efeito repristinatório visto que o sistema de controle concentrado brasileiro adotou a teoria da nulidade da norma jurídica inconstitucional, deverá o ato impugnado ser extirpado do ordenamento jurídico, voltando a vigor o ato normativo anterior a ele. Conforme ficou demonstrado no presente trabalho as ações diretas possuem especificidades intrínsecas somente a elas.

Já o controle difuso exercido pelos órgãos jurisdicionais possui uma ampla forma de ser suscitado, podendo até a análise do controle de constitucionalidade concreto chegar ao STF em via de Recurso Extraordinário, o qual a Corte dará a decisão encaminhando para o senado que poderá agir de modo a suspender o ato objeto da decisão ou não, e devido a separação dos poderes não poderá o STF determinar imposição a outro poder que no caso

trata-se do legislativo. Da decisão pelos tribunais que apreciarem a constitucionalidade nas normas deverá o fazer através de maioria absoluta de seus membros, conforme vimos, sendo outra especificidade do controle misto adotado pelo Brasil.

Assim o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro adotou o modelo Misto, que se transformou em uma forma extremamente complexa de entendimento, porém o modo como está implantado o controle no judiciário brasileiro considero a forma mais eficaz, visto que a constitucionalidade das normas poderá ser levantada por qualquer cidadão que se veja reprimido pela norma inconstitucional, e também pelos legitimados quando a coletividade estiver oprimida dos direitos fundamentais garantidos pela Norma Suprema.

Destarte o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro é o mais complexo, porém o mais justo e seguro, sendo esta a aplicabilidade do controle de constitucionalidade pelo judiciário brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: PC Editorial LTDA, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 08 de abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm) Acesso em 11 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 9.868, De 10 De Novembro De 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm) Acesso em 06 de novembro de 2015; **a**.

BRASIL. Lei nº 9882, De 03 De Dezembro De 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm) Acesso em 06 de novembro de 2015; **b**.

CRIVELARO, Dandara L. Amaral; TREVISAN, Thiago Valentin; AMARAL, Sergio Tibiriçá (ori)./O **Legado Jurídico da Magna Carta de 1215**/, 2006. Disponível em: <http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1251/1193> Acesso em 17 de Junho de 2015.

**DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DA VIRGÍNIA**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>.> Acesso em 27 de setembro de 2015; **a**.

**DECLARAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**. Disponível em: <http://photos.state.gov/libraries/adana/30145/publications-other-lang/PORTUGUESE-CONTINENTAL.pdf> > Acesso em 27 de setembro de 2015; **b**.

**DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 27 de setembro de 2015; **c**.

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em 27 de setembro de 2015; **d**.

LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO FILHO, João Aurino de. [Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, [ano 13, n. 1753, 19 abr. 2008](#). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11158>> Acesso em 20 de Outubro de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado** 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PORTAL EXAME DE ORDEM. **Doutrina Direcionada: 1ª Fase OAB**. 2ª edição. Recife: Armador, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª edição. São Paulo: PC Editorial LTDA, 2014.

SOARES, Amanda; OLIVEIRA, Gabriela; MORAES, Muryel (ori)/**Teoria Pura Do Direito: A Hierarquização Das Normas/**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>> Acesso em 27 de setembro de 2015.