

UNIVERSIDADE SANTO AMARO – UNISA
CURSO DE DIREITO

Camila da Silva

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – MODULAÇÕES DE
EFEITOS

São Paulo
2021

Camila da Silva

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – MODULAÇÕES DE
EFEITOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Universidade de Santo Amaro - UNISA como
requisito básico para a conclusão do Curso de
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Inglesi

São Paulo

2021

S579c Silva, Camila da

Controle de constitucionalidade – Modulações de efeitos / Camila da Silva. – São Paulo, 2021.

45 f. :il.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Santo Amaro, 2021.

Orientador: Prof. Me. Carlos Eduardo Inglesi.

1. Controle. 2. Constitucionalidade. 3. Controle concentrado e difuso. 4. Modulação de efeitos. I. Inglesi, Carlos Eduardo, orient. II. Universidade Santo Amaro. III. Título.

Elaborado por Maria Lucélia S Miranda – CRB 8 / 7177

Controle de Constitucionalidade; controle concentrado e difuso e modulação de efeitos.

Dedico este trabalho a todos os Mestres responsáveis pela minha formação. Dedico também ao meu grande irmão e amigo Leonardo da Silva, que esteve presente em momentos de fundamental importância de minha vida e de minha trajetória educacional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Oxalá por me ajudar a ultrapassar os obstáculos que encontrei ao longo do curso, mas pude perceber que todos foram necessários, pois, a cada obstáculo é um novo aprendizado e ao enfrenta-los me tornei mais forte! Agradeço os meus pais e meu esposo que trabalharam bravamente dedicando esforços para meu desenvolvimento.

Ao meu irmão Leonardo por me apoiar em todas as etapas de minha vida, torcedor perpétuo do meu sucesso, a qual amo de forma incondicional, advogado a qual com fé em Deus terei a honra de partilhar os trilhos do caminho da justiça, militantes em contribuir para a continuidade de uma sociedade justa e de paz.

Ao professor Carlos Eduardo Inglesi, por sua brilhante sabedoria e Inteligência. Mestre, em que depósito extremo respeito, dedicado em suas orientações na elaboração deste trabalho, agradeço pelo incentivo acreditando em minha capacidade de alcançar o conhecimento através dos estudos, nos recepcionando com carinho e atenção desde o início do curso.

RESUMO

A presente monografia analisa juridicamente e doutrinariamente o tema do controle de constitucionalidade especificamente no que se refere à modulação de efeitos, tema muito pertinente quando se trata dos mecanismos de controle das normas infraconstitucionais que, por meio dos instrumentos processuais, produzem decisões moldando seus efeitos, para interpretar de acordo à constituição a certas disposições normativas respeitando a Supremacia Constitucional.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; modulação de efeitos.

ABSTRACT

The present monograph analyzes legally and doctrinally the subject of constitutionality control specifically with regard to effects modulation, a very pertinent theme when it comes to the control mechanisms of infraconstitutional norms that through the procedural instruments produce decisions shaping their effects, in order to give interpretation according to the constitution to certain normative provisions respecting the constitutional supremacy

Keywords: Constitutionality Control; effects modulation.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Pirâmide de Hans Kelsen.....	13
-----------------------------------------	----

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
ADI	Ação Direta de inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADO	Ação Direta de Constitucionalidade por omissão
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	12
2.1	Conceito da Constituição	12
2.2	Fundamentos do Controle de Constitucionalidade	13
3	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ..	15
3.1	No Direito Estrangeiro	15
3.2	Surgimento do Controle de Constitucionalidade	16
3.2.1	No Direito Brasileiro	17
4	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	18
4.1	Constituição de 1824	18
4.2	Constituição de 1891	18
4.3	Constituição de 1934	18
4.4	Constituição de 1937	19
4.5	Constituição de 1946	19
4.6	Constituição de 1967/1969	20
4.7	Constituição de 1988	20
5	SISTEMA DE CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO NO BRASIL	22
5.1	Controle Difuso	22
5.2	Controle concentrado	25
5.2.1	Características do Controle Concentrado	28
6	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO OU REPRESSIVO	30
7	INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL	33
7.1	Inconstitucionalidade formal	33
7.2	Inconstitucionalidade material	34
8	ESPÉCIES DE AÇÕES PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	36
8.1	ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade	36
8.2	ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade	38
8.3	ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	39
8.4	ADO – Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão	40

9	MODULAÇÃO DE EFEITOS	44
10	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre uma pesquisa sobre o tema controle de constitucionalidade, a importância do controle difuso e concentrado no direito brasileiro.

As espécies de ações utilizadas como instrumento processual para a realização do controle frente à supremacia constitucional são decisões do supremo tribunal federal, proferida junto à ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por fim, mencionar o tema bastante pertinente sobre a modulação de efeitos das decisões proferidas pelo supremo tribunal federal, em respeito e atenção a supremacia constitucional em vista de razões de segurança jurídica e a legalidade que lhes permite a competência para produzir tais efeitos.

A teoria da nulidade considera inválida a norma que afronta a lei maior, melhor dizendo, para essa teoria esse ato já nasceu viciado, portanto, não podendo gerar efeitos no mundo jurídico .

Logo quando abordamos o tema controle de constitucionalidade dizemos que se trata de um mecanismo pelo qual o poder público realiza um controle da compatibilidade das leis e atos normativos em face à constituição.

Para efeitos de controle, todo o ordenamento jurídico pátrio deve estar em conformidade com os ditames constitucionais, assim quando há alguma norma incompatível com a constituição, tal norma deverá ser nula e excluída do ordenamento jurídico.

Para melhor entendimento sobre o assunto este material registrará algumas decisões do STF, quanto à declaração de inconstitucionalidade de normas e a modulação de efeitos.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Conceito da Constituição

Nas palavras de José Afonso da Silva, a Constituição de um Estado é:

“[...] a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas escritas ou costumeira, que regula a forma de Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”.

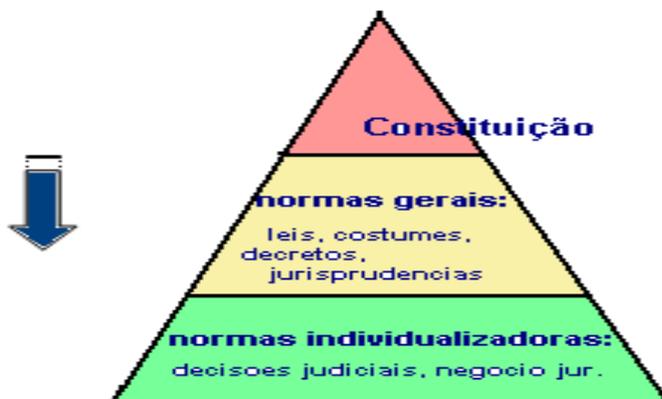
De uma forma mais simples, a Constituição é um documento jurídico de um Estado, ou seja, um Estado de direito que obedece às normas e regras definidas previamente. Portanto, a Constituição é uma lei máxima que está acima de todas as outras normas, limitando o poder e prevendo os direitos fundamentais aos cidadãos que vivem sob essa norma.

Hans Kelsen, afirma em sua obra “Teoria Pura do Direito” que a Constituição é uma lei fundamental e por ser uma norma de tamanha importância, as demais normas devem obediência. Assim cita Kelsen;

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.”

Vejamos como exemplo a pirâmide de escalonada de Kelsen.

" Norma HIPOTÉTICA Fundamental"



Kelsen, ainda sustenta que se uma lei é contrária com a Constituição, não pode sequer ser tida como norma:

“[...] quando se tem um fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de resistir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei.”

2.2 Fundamentos do Controle de Constitucionalidade

Controle de Constitucionalidade, nada mais é que a indagação em relação a uma norma, se essa é compatível ou incompatível com a Constituição, ou seja, é a verificação da compatibilidade de uma norma em face da norma maior, portanto, este controle se trata de um mecanismo importantíssimo e essencial, pois, através dele que se mantém a harmonia do sistema jurídico as garantias fundamentais e limites Estatais.

Temos como Fundamentos do controle de constitucionalidade a supremacia e rigidez. A Supremacia no sentido de estar acima e condicionar a edição dos demais atos, além de exigir um processo diferenciado de emenda.

Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos (1997, p.47).

“Com efeito, as normas componentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, a ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo a ela se encontrem subordinadas. Estar juridicamente subordinada implica que uma determinada norma prevalece sobre a inferior em qualquer caso em que com ela conflite.”

A Rigidez constitucional seria a dificuldade que se tem para alterar o texto contido na constituição, para que essa alteração seja realizada existe a necessidade de um processo mais trabalhoso que funcione como instrumento de garantia, estabilidade e segurança para as normas Constitucionais. Nas palavras de José Horácio Meirelles Teixeira:

“A essência das Constituições rígidas consiste, portanto, na exigência de processos mais solenes mais dificultosos e mais demorados, para sua modificação, que os processos comuns de elaboração das leis ordinárias, e, daí, dessa impossibilidade de serem modificadas por estas, uma certa permanência ou estabilidade, ao menos teórica, que, na expressão de Garcia Pelayo, as transforma num ‘complexo normativo ou forma firme, através da qual passa o movimento da vida”

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 No Direito Estrangeiro

A princípio com base em fatores históricos sobre o controle de constitucionalidade, observam-se duas importantes teorias que em regra geral abordam a inconstitucionalidade das leis. A “teoria da nulidade”, sistema austríaco de (Hans Kelsen), versus o sistema norte-americano de (Marshall), anulabilidade versus nulidade.

A teoria da nulidade assegura que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o mesmo terá sua validade abalada. Nesta questão se entende que ocorreu um vício congênito de nascimento, melhor dizendo, já nasceu viciado e, não existe nenhuma expectativa deste ato permanecer produzindo efeitos no ordenamento jurídico.

Portanto, quando falamos da teoria da nulidade, automaticamente estaremos falando da regra adotada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Regra que terá seu efeito ex-tunc, ou seja, retroativa, pois, os efeitos da norma inconstitucional são desconstituídos.

Nos ensinamentos de Cappelletti observa-se que:

“A lei inconstitucional, porque contraria a norma superior, é considerada absolutamente nula (null and void). E, por isto, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas meramente, declara (preexistente) nulidade da lei inconstitucional”.

Já a teoria da Anulabilidade trata-se de um modelo Austríaco de Hans Kelsen, este sistema é diferente do modelo norte-americano, pois, ao declarar a inconstitucionalidade da lei infraconstitucional à mesma deve ser extirpada do ordenamento jurídico, pois, se continuar existindo, será considerada válida e automaticamente produzirá efeitos.

Entretanto, esta teoria não é regra, mas sim, uma exceção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, sua eficácia é ex nunc, porque a decisão que reconhece que lei afronta a Constituição não será declarada a nulidade. A norma continuará a produzir efeitos no mundo jurídico até que o Supremo tribunal Federal publique o seu pronunciamento referente á inconstitucionalidade da lei.

Mauro Cappelletti explica que “Consequentemente, a declaração de inconstitucionalidade não terá como resultado imediato o denominado efeito repristinatório, pois que afeta apenas a validade da norma a partir daquela decisão, e não a sua eficácia”.

3.2 Surgimento do Controle de Constitucionalidade

No emblemático caso *Marbury v. Madison* como bem demonstra MARINONI (2012, p. 726):

“A suprema corte nasceu como órgão judiciário de última instância. Isso ocorreu em 1803, a Suprema Corte presidida pelo Juiz John Marshall, deparou-se com o famoso caso no qual se apreciou questão em que determinada lei foi contraposta à Constituição. Neste contexto, foi desenvolvido raciocínio que deu origem à tese – que passou ser conhecida com doutrina Marshall – de que todo juiz tem poder e dever de negar validade à lei que, mostrando-se indispensável para a solução do litígio, afrontar a Constituição. Ao final de 1800, o famoso caso desenhou-se da seguinte forma: O presidente John Adams estava em vias de ser substituído por Thomas Jefferson e os federalistas queriam conservar uma parcela do seu poder político. No início de 1801, o Congresso Americano, cuja maioria era federalista, aprovou lei autorizando a nomeação de 42 juízes de paz para os Distritos de Columbia e Alexandria. No dia 3 de março de 1801 – um dia antes da posse de Jefferson – o senado confirmou os 42 nomes – todos eles federalistas – no último dia de seu governo. Adams assinou os atos de investidura, que ficaram de ser entregues aos novos juízes pelo Secretário de Estado John Marshall, relevante figura do partido federalista. Nesse momento, Marshall já tinha sido indicado por Adams para presidente da Suprema Corte e prestado compromisso em 4 de fevereiro de 1801, embora tenha permanecido como Secretário de Estado, por solicitação do Presidente Adams, até o fim do seu mandato. Marshall não teve tempo para entregar os atos de investidura a todos os juízes de paz. Entre eles estava William Marbury. Porém, James Madison, Secretário de Estado do recém-empossado Thomas Jefferson, negou-se a entregar os atos de investidura àqueles que foram excluídos pela falta de tempo. Foi por isso que Marbury, ao final do ano de 1801, propôs ação originária perante a Suprema Corte, requerendo ordem de mandamus para compelir Madison a entregar-lhe o ato de investidura. A ação foi proposta com base no parágrafo 13 do Judiciary Act de 1789, uma das primeiras leis que o Congresso, recém-criado pela nova Constituição, havia editado. O caso só veio a ser julgado pela Suprema Corte em 1803, Marshall entendeu que Marbury tinha direito à investidura no cargo. Na sequência, consignou que, diante do direito de Marbury, necessariamente deveria haver um instrumento processual para tutelá-lo. Raciocinou nos termos de que todo direito deve ter à sua disposição um instrumento processual capaz de protegê-lo. Ao analisar o poder – a competência – da Suprema Corte para apreciar e conceder o mandamus, Marbury viu o conflito entre o parágrafo 13 do Judiciary Act de 1789 e o art. 3º da Constituição. O parágrafo 13 da lei de 1789 alterou a competência originária da Suprema Corte, atribuindo-lhe poder para apreciar e julgar outras ações originárias, como a proposta por Marbury. Marshall interpretou o art. 3º da Constituição como norma que fixou e limitou a competência originária da Suprema Corte, concluindo que o Congresso poderia alterar apenas a sua competência recursal. Diante do

claro conflito entre o paragrafo 13 do Judiciary Act de 1789 e o art. 3o da Constituição, Marshall enfim chega à questão cuja solução outorgaria imprevisível valor ao precedente. O problema passou a ser o de se a lei que conflita com a Constituição é válida e a Suprema Corte possui poder para invalidá-la ou, ao menos, deixar de aplicá-la.”

Sendo assim, este famoso caso trouxe a supremacia constitucional, como descreve Hans Kelsen, ao dizer que se uma lei é contraria com a Constituição, não pode sequer ser tida como norma:

“Quando se tem um fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de resistir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária á Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei.”

3.2.1 No Direito Brasileiro

A nos referirmos ao controle de constitucionalidade das leis, o controle judicial tem-se revelado uma das mais notáveis criações do direito constitucional e da ciência política no mundo moderno. No Brasil houve indispensável reforma com a vinda da constituição de 1988, que trouxe em sua estrutura normativa, modificações no controle de constitucionalidade.

Tais modificações que puseram fim ao chamado “monopólio da ação direta” outorgada ao Procurador-Geral da República, isto significa, que o Procurador Geral da República não poderia mais ajuizar ações de controle diante ao Supremo. A CF/88 adotou de outros instrumentos para a realização do controle de constitucionalidade, tais como: mandado de Injunção, ADO, mandado de segurança coletivo, e, sobretudo a ADI.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

4.1 Constituição de 1824

A primeira Constituição do Brasil, outorgada em 1824, pelo imperador Dom Pedro I, não se falava em um controle de constitucionalidade, essa constituição trazia a divisão entre quatro poderes, sendo eles, o executivo, o legislativo, o judiciário e o poder moderador. Na prática, o poder moderador era superior a todos os outros, quem exercia a guarda da constituição era o poder legislativo não o poder judiciário. Nessa época o imperador era detentor do poder exercendo uma função de coordenação. Sendo assim, cabia somente a ele manter a independência dos poderes. O artigo 99, ° desta constituição refere-se à figura do imperador, como uma pessoa inviolável e sagrada, além disso, o mesmo não estava sujeito à responsabilidade alguma.

4.2 Constituição de 1891

Foi somente com o fim do período imperial, que se pode ter um espaço á influencia norte-americana, que já trazia regras estabelecendo o controle difuso, ou seja, técnicas de controle de constitucionalidade. Essa carta foi influenciada por Rui Barbosa que era um grande estudioso do sistema americano do controle de constitucionalidade, portanto, foi Rui Barbosa que trouxe a influência do sistema americano para ser implantada no nosso ordenamento jurídico, em vista disso, passamos a ter um controle de Constitucionalidade de lei ou ato normativo infraconstitucional sendo exercido por qualquer juiz, ou tribunal.

4.3 Constituição de 1934

Essa Constituição trouxe diversas inovações para controle de constitucionalidade, sendo uma delas, a inovação do Senado Federal com a eficácia erga omnes, ou seja, a decisão tomada no controle difuso incidental, pois, em regra a eficácia subjetiva no controle incidental é inter partes, ou seja, a decisão vale somente para aquelas pessoas que estão discutindo aquele processo, portanto, foi a partir da constituição de 1934 que houve a possibilidade do Senado Federal expandir os efeitos da decisão tomada em um processo, para que essa decisão valesse para todas as pessoas.

4.4 Constituição de 1937

Já a Constituição de 1937 trouxe profundos retrocessos no sistema de controle de constitucionalidade, por mais que tenha mantido do controle difuso houve a retirada da possibilidade do Senado Federal referente aos efeitos erga omnes nas decisões tomadas no controle difuso, foi uma Constituição bastante conhecida por Polaca por ser um poder centralizador cedendo ao governo poderes praticamente ilimitada sendo assim, a principal característica desta Constituição era a concentração de poder exercida pelas mãos do Chefe do Executivo, no que se relacionasse ao controle de constitucionalidade.

O artigo 96º em seu parágrafo único mencionava que se uma lei fosse declarada inconstitucional, restaria a juízo do Presidente da República a análise da norma, portanto, se o Presidente da República entendesse que determinada lei era necessária ao bem-estar do povo e de interesse nacional, a mesma era remetida ao reexame parlamentar, se este a confirmasse por dois terços dos votos em cada uma das casas, a decisão do tribunal acabava sem efeito.

“Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. **Parágrafo único:** No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

4.5 Constituição de 1946

O texto Magno de 1946 trouxe novamente a tradição do controle judicial e reestabeleceu uma democracia que havia sido retirada por tantos duros golpes sofridos na trajetória constitucional brasileira. Foi também nesta constituição que houve a restauração dos poderes que foram violados pela constituição de 1937.

Sendo assim, foi estabelecido um sistema duplo de controle de constitucionalidade, ou seja, além do controle difuso que foi previsto na primeira constituição, tivemos também a ação de direta de inconstitucionalidade que foi atribuída ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade permitindo uma ampla fiscalização de constitucionalidade, pelo controle concentrado.

4.6 Constituição de 1967/1969

A Constituição de 1967 e de 1969 outorgadas durante um regime militar trouxe pequenas modificações nas características trazidas pela Constituição de 1946, no que tange ao controle de constitucionalidade.

Deste modo, a Constituição de 1967 retirou do ordenamento jurídico a possibilidade do processo de competência dos Tribunais de Justiça para um controle direto de constitucionalidade da lei ou ato normativo municipal que afrontasse a Constituição do Estado Federado.

Já a Constituição de 1969, em seu artigo 15º, §3º, alínea d, trouxe a possibilidade de um controle de constitucionalidade da lei municipal que afrontasse os princípios expostos nas Cartas dos Estados Federados.

4.7 Constituição de 1988

Por fim, a atual Constituição federal de 1988, elaborada pela assembleia nacional constituinte, saiu de um processo de 21 anos de ditadura militar trazendo uma Constituição cidadã, consolidando os dois modelos de controle, ou seja, o controle difuso e o controle concentrado além da ampliação no rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conseqüentemente, trazendo um fim ao monopólio, pois, sabemos que essa legitimidade era apenas concedida ao Procurador-Geral da República, portanto este rol estendeu-se a dez legitimados, conforme disposto na Constituição Federal de 1988 no artigo 103º, e seus incisos

Além de toda essa modificação conforme mencionada acima houve a possibilidade do controle de constitucionalidade das omissões legislativas seja de forma concentrada ou por vias difusas, (ADI e Mandado de Injunção). Os Estados poderão instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais, ou municipais em face da constituição estadual. Por fim a (ADPF), arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme parágrafo único art.102 CF/88

Nas palavras de José Afonso da Silva:

“O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina com 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 (STF) à matéria constitucional. Isso não o converte em corte constitucional” (J.A. Silva, curso de direito constitucional positivo, p.554-555).

5 SISTEMA DE CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO NO BRASIL

5.1 Controle Difuso

Quando refletimos a respeito da palavra difuso podemos perceber que ela nos traz um sentido de solto, ou diluído, ao transportar essa palavra para o controle difuso de constitucionalidade, conseguimos entender que este controle encontra-se mais diluído e não concentrado em apenas um lugar.

Por isso, que o controle difuso conhecido também como incidental, concreto, por via de defesa ou até mesmo como controle subjetivo, é aquele feito por qualquer juízo, ou tribunal que realizará a análise do controle de constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, mas para que esse controle seja exercido será necessário que se esteja diante de um caso concreto, cotidianamente, ou seja, um caso específico, em que qualquer pessoa possa alegar incidentalmente por via de defesa.

Para Alexandre de Moraes,

“O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois objeto principal da ação”. (MORAES, 2005, p. 641).

Desta maneira, o mérito não será o objeto da inconstitucionalidade, melhor dizendo, o que determinada pessoa esta pleiteando não é a inconstitucionalidade, mas sim um bem da vida que só poderá ser alcançado se o juiz ou tribunal declarar incidentalmente ao caso concreto a inconstitucionalidade de uma lei, ou de um ato normativo que esteja ao contrário com direitos fundamentais previsto na Constituição. De outro modo, se o pedido principal do autor for à declaração de inconstitucionalidade, deverá o juiz reconhecer a impossibilidade da análise por falta de competência.

Será nesta modalidade que se insere a importante Cláusula de Reserva de Plenário, regra contida no artigo 97º da CF/88, que nos traz o entendimento que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei, ou ato normativo do Poder Público”.

Portanto, a Cláusula de Reserva de Plenário além de estar presente desde a Constituição de 1934, declara que a inconstitucionalidade só pode ser declarada por uma decisão de maioria absoluta do pleno do tribunal, esses requisitos ocorrem porque é normal que os tribunais se organizem internamente em órgãos fracionários menores como câmara, turmas e sessões especializadas, contudo, os órgãos fracionários não podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, pois, essa função cabe somente ao Plenário. Pontes de Miranda, em seus ensinamentos mencionam que: “a exigência da maioria absoluta tem fundamentação em ser preciso que haja discutido de mediato o assunto, a fim de não ser excessivamente fácil a desconstituição de leis ou de outro ato do poder público por eiva de inconstitucionalidade”.

O Plenário é composto por todos os membros do tribunal ou órgão especial que exerce por delegação as atribuições do plenário, sendo assim, quando existir uma questão que aborde a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo referente ao caso concreto perante aos órgãos fracionários, estes não poderão julgar, e se tal julgamento ocorrer estará violando a cláusula de reserva do plenário, mesmo que não declarem expressamente a inconstitucionalidade da lei ou do ato.

A súmula vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal nos traz esse entendimento: “[...] viola a cláusula de reserva do plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Todavia, é importante deixar informado que a cláusula de reserva de plenário não será aplicada quando existirem julgamentos do tribunal referente a declaração de lei ou ato normativo válido e constitucional, ou seja, quando já houver manifestação do plenário ou órgão especial do próprio tribunal, ou manifestação do supremo tribunal federal sobre a matéria.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o controle judicial misto para que seja garantida a supremacia constitucional. A Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegura aos cidadãos o acesso ao Poder Judiciário, melhor dizendo, assegura o direito de ação garantindo-lhes o princípio da inafastabilidade jurisdicional, valendo-se do controle difuso para que se obtenha a declaração de inconstitucionalidade referente a uma lei ou um ato normativo que esteja ferindo, ou ameaçando seus direitos fundamentais.

Vejamos, portanto, que a cláusula de reserva de plenário tem como principal objetivo a segurança jurídica, para que não haja diversas ações circulando no ordenamento jurídico com a mesma finalidade gerando decisões de inconstitucionalidade.

A título de ilustração, um edital de concurso público que proíba a participação de candidatos que tenham tatuagem, trata-se de um ato normativo que fere o direito de igualdade que está previsto na Constituição, conseqüentemente, o interessado poderá se valer do mandado de segurança para que seja declarada a inconstitucionalidade do ato normativo, para que o mesmo possa ser isento do cumprimento e garantindo-lhe o seu direito líquido e certo.

Após a declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo o efeito será retroativo, ou seja, *ex tunc* e atingindo apenas o interesse deste cidadão que após a decisão teve seus direitos fundamentais garantidos. Vejamos, portanto, que embora o interessado desta relação saia satisfeito com a decisão, esse ato não será retirado do ordenamento o mesmo continuará produzindo efeitos para terceiros caso não exista manifestação de interesse por parte destes.

Contudo, se houver diversas pessoas manifestando-se a respeito do mesmo ato normativo encaixar-se-á o mandado de segurança coletivo e as ações coletivas, ou seja, teremos o controle difuso sendo exercido em sede de ação civil pública, pois garantiram a proteção dos direitos de um numero grande de interessados, mas essas ações não afastará o efeito *ex tunc*, mas as decisões fará coisa julgada atingindo a todos, ou seja, erga omnes. Isso porque a Lei 7347/85 (Lei de Ação Civil Pública) em seu artigo 16º que embora tenha sido alterada pela lei 9.494/97 que trouxe limites territoriais para os efeitos da decisão, que inclusive no dia 04 de março deste ano de 2021, o supremo tribunal federal por maioria absoluta trouxe entendimentos a respeito da extinção do limite territorial em face de ações civis públicas.

O texto do artigo 16º da lei 9.494/97 embora mantivesse o efeito erga omnes, trouxe limitações territoriais que foram entendidas pelos Ministros como violação ao princípio de igualdade.

Alexandre de Moraes em seu voto mencionou que:

"O juiz é ou não é competente para decidir uma questão? Se sim, a partir da decisão e da coisa julgada, os efeitos e a eficácia da decisão não se confundem com a limitação territorial. Os efeitos têm a ver com os limites da

lide. Não se pode confundir limitação territorial de competência com os efeitos", apontou.

Uma vez fixada a competência de um caso, a decisão do juiz não pode ter seus efeitos limitados territorialmente, avaliou o relator. O artigo 16, sustentou, exige a propositura de ações em todos os territórios de pessoas lesadas, o que contraria o sistema brasileiro. Com isso, contraria os princípios da igualdade e da eficiência da prestação jurisdicional, opinou o magistrado. Nesse cenário, declarou as pessoas que moram em lugares com acesso mais restrito à justiça ficam privadas de ter seus direitos assegurados.

Dessa maneira, Alexandre de Moraes votou por declarar a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/1997, e o consequente restabelecimento do texto original do dispositivo, que é o seguinte:

"A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

5.2 Controle concentrado

O controle concentrado se deu origem pela inspiração Kelseniana no século XX. Kelsen entendia que a Constituição precisava de maior proteção, embora já existisse o controle difuso o mesmo não seria suficiente para garantir essa segurança jurídica, portanto, trouxe em sua teoria o famoso escalonamento de diversas camadas normativas conhecidas como pirâmide de Hans Kelsen, que tem por finalidade a hierarquização das normas.

Assim cita Kelsen em sua obra teoria pura do direito:

"A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas."

O sistema concentrado é reconhecido pela doutrina como controle em tese, abstrato, por via de ação, ou controle objetivo, se trata de algo oposto do sistema difuso, pois, se concentra em apenas um órgão ou tribunal na defesa da

Constituição. Este controle é realizado de forma abstrata por via de ação, não há existência de um interesse subjetivo.

O sistema brasileiro permite que um legitimado específico entre com uma ação não para defender um interesse pessoal próprio, mas sim, para provocar o poder judiciário no sentido de fazê-lo declarar a inconstitucionalidade de uma lei que está ofendendo a Constituição, sendo assim, há uma existência de um controle objetivo e não subjetivo, além da existência de determinadas ações específicas que apenas os dez legitimados do rol taxativo do artigo 103º da CF/88 poderá propor, provocando o Supremo Tribunal Federal através de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação a declaratória de constitucionalidade (ADC), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação direta de constitucionalidade por omissão (ADO) e ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI- interventiva).

Diferentemente do controle difuso que o efeito da decisão é inter partes, ou seja, a decisão vale para o autor e para o réu que são as pessoas que estão no processo. No controle concentrado a lógica é inversa, pois, se um grupo de legitimados provocarem um único órgão ou o tribunal de forma abstrata em tese, essa provocação terá por objetivo a conquista de uma decisão que atingirá a todos, melhor dizendo, terá uma decisão *erga omnes*.

Para efeitos de ilustração, tivemos a reforma trabalhista que foi inserida na CLT com alguns dispositivos de constitucionalidade duvidosa, na ocasião a Procuradora Geral da República Raquel Dodge, ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade para que fosse verificada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade quanto à redação dos incisos II e III do artigo 394ºA da lei 13.467/2017.

Artigo 394ºA autorizava o afastamento de empregada gestante, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluindo, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade. O inciso II trazia em sua redação que “[...] atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação”.

Já o inciso III discorria que: “[...] atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher que recomende o afastamento durante a lactação”

Portanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5938 teve por unanimidade de votos o reconhecimento da inconstitucionalidade julgando procedente o pedido da ação:

Órgão julgador: Tribunal Pleno
Relator (a): Min. ALEXANDRE DE MORAES
Julgamento: 29/05/2019
Publicação: 23/09/2019
Ementa

Ementa: DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente.

Deste modo, a Procuradora através de uma forma objetiva por via de ação ajuizou a ADI, ação direta de inconstitucionalidade para fins de provocar o Supremo Tribunal, ou seja, fazê-lo declarar ou não a inconstitucionalidade daqueles dispositivos.

Vejamos, portanto, que tivemos um legitimado ajuizando uma ação em face da lei que a afronta a Constituição, e, não por um caso concreto. O tribunal

competente para julgar essa matéria é o Supremo Tribunal Federal (STF), Conforme dispõe o art.102, I, a, da Constituição de 1988. 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;

5.2.1 Características do Controle Concentrado

As principais características do controle concentrado de constitucionalidade são as seguintes:

5.2.1.1 Exclusividade de tribunal ou corte constitucional

A constituição rege o controle concentrado, autônomo ou principal, em nosso sistema brasileiro, o tribunal competente para julgar essa matéria é o Supremo Tribunal Federal (STF), Conforme dispõe o art.102, I, a, da CF/88, em que compete ao supremo tribunal federal a guarda da constituição, cabendo-lhe processar e julgar de forma originária, 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. Como característica junto ao sistema do controle concentrado, temos a composição de alguns instrumentos para o devido exercício do controle de constitucionalidade em abstrato. Conforme menciona Pedro Lenza:

ADI- Ação direta de inconstitucionalidade, art.102, I, a CF/88; ADC-Ação Declaratória de constitucionalidade, art.102, I, a CF/88, ambos regulamentados pela lei de no 9.868/99; ADPF- arguição de descumprimento de preceito fundamental, art.102,§1º CF/88, regulamentado pela lei no 9.882/99; ADO- Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, art.103,§2º, regulamentado pela lei no 12.063/2009; ADIF- Ação direta de inconstitucionalidade interventiva, art.36, III, c/c art.34, VII CF/88, regulamentado pela lei no 12.562/2011. (P.L. Direito constitucional esquematizado 22a edição, p.331).

5.2.1.2 Instrumentos do controle de constitucionalidade

Como característica junto ao sistema do controle concentrado, temos a composição de alguns instrumentos para o devido exercício do controle de constitucionalidade em abstrato. Conforme menciona Pedro Lenza:

ADI - Ação direta de inconstitucionalidade, art.102, I, a CF/88; ADC - Ação Declaratória de constitucionalidade, art.102, I, a CF/88, ambos regulamentados pela lei de no 9.868/99; ADPF- arguição de descumprimento de preceito fundamental, art.102,§1º CF/88, regulamentado pela lei no 9.882/99; ADO - Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, art.103,§2º, regulamentado pela lei no 12.063/2009; ADIF-15 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva, art.36, III, c/cart.34, VII CF/88, regulamentado pela lei no 12.562/2011. (P.L. Direito constitucional esquematizado 22a edição, p.331).

5.2.1.3 Efeitos erga omnes e ex tunc

O controle abstrato de constitucionalidade possui como característica o denominado efeito erga omnes, ou seja, por ser um processo objetivo afasta ou mantém a norma no mundo jurídico e a decisão é para todos, vincula a todos os órgãos do poder judiciário, e da administração pública direta ou indireta. Já a característica (ex tunc), significa dizer que da decisão desde logo, produzirá efeitos retroativos, ou seja, mesmo em casos anteriores à prolação da sentença.

6 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO OU REPRESSIVO

O controle de constitucionalidade pode ser didaticamente classificado quanto ao momento em que ocorre. Desta forma teremos o controle preventivo sendo realizado ainda no processo legislativo e que serve para prevenir a promulgação de uma norma que não esteja atendendo os interesses públicos ou que esteja contraia com a constituição.

O controle preventivo também pode ser exercido pelo chefe do poder executivo e o órgão judiciário, ocorrendo no momento em que o legislativo realiza a sua função, mas antes de a norma ser promulgada passa pelo executivo podendo o mesmo sancionar ou vetar. Já no judiciário ocorre em situação específica que seria na impetração de um mandado de segurança realizado pelo um parlamentar contra um projeto de lei ou contra uma proposta de emenda à constituição, neste caso este parlamentar pode impetrar o mandado de segurança por achar que é vítima ou será vítima de um ato ilegal que será praticado por uma autoridade pública.

Deixando a título de exemplificação; uma PEC que esteja tramitando no congresso nacional estabelecendo abolição ao voto secreto, mas ocorre que o voto secreto se trata de uma cláusula pétrea, que jamais pode haver proposta de emenda, pois sabemos que as cláusulas pétreas protegem e preservam a identidade material da constituição, preservando os valores e a democracia, conseqüentemente, neste caso o poder judiciário poderá intervir e evitar que seja promulgada uma norma inconstitucional.

Vale ressaltar que temos o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da impetração de mandado de segurança por parlamentar.

Informativo do STF;

“Projeto de lei e criação de novos partidos - 12 Em conclusão, o Plenário, por maioria, denegou mandado de segurança preventivo em que senador alegava ofensa ao devido processo legislativo na tramitação do Projeto de Lei - PL 4.470/2012 (Câmara dos Deputados), convertido, no Senado, no Projeto de Lei da Câmara - PLC 14/2013, que estabelece novas regras para a distribuição de recursos do fundo partidário e de horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, nas hipóteses de migração partidária — v. Informativos 709 e 710. Preliminarmente, por votação majoritária, conheceu-se do writ, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia. Estes consideravam que o objetivo da impetração seria controle prévio de constitucionalidade de lei, por suposta ofensa a princípios constitucionais, o que seria inadmissível, consoante jurisprudência da Corte. No que se refere a processo legislativo ordinário, acresciam que os projetos de lei apenas seriam impugnáveis, na via eleita, quando e se verificada inobservância a

dispositivos reguladores desse procedimento. Ademais, essa forma de controle também seria admissível na hipótese de emenda constitucional atentatória a cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º). No ponto, a Min. Cármen Lúcia destacava que, se houvesse projeto de lei a contrariar essas cláusulas, o controle judicial em mandado de segurança também seria cabível, embora não fosse o caso. MS 32033/DF, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 20.6.2013. (MS-32033)

No mérito, prevaleceu o voto do Min. Teori Zavascki. Considerou que as eventuais inconstitucionalidades do texto impugnado poderiam ser resolvidas se e quando o projeto se transformasse em lei. Ademais, a discussão sobre a legitimidade do controle constitucional preventivo de proposta legislativa teria consequências transcendentais, com reflexos para além do caso em pauta, pois tocaria o cerne da autonomia dos Poderes. Reputou que o sistema constitucional pátrio não autorizaria o controle de constitucionalidade prévio de atos normativos, e que a jurisprudência da Corte estaria consolidada no sentido de, em regra, deverem ser rechaçadas as demandas judiciais com essa finalidade. Delimitou haver duas exceções a essa regra: a) proposta de emenda à Constituição manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e b) projeto de lei ou de emenda em cuja tramitação se verificasse manifesta afronta a cláusula constitucional que disciplinasse o correspondente processo legislativo. Aduziu que, em ambas as hipóteses, a justificativa para excepcionar a regra estaria claramente definida na jurisprudência do STF. O vício de inconstitucionalidade estaria diretamente relacionado aos aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa. Nessas circunstâncias, a impetração de segurança seria admissível porque buscaria corrigir vício efetivamente concretizado, antes e independentemente da final aprovação da norma. MS 32033/DF, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 20.6.2013. (MS-32033)”

Temos também a súmula 266 do STF que menciona a não aplicabilidade do mandado de segurança contra lei em tese, ou seja, contra uma lei que ainda não existe no ordenamento jurídico, entretanto, o STF reconhece duas exceções que o mandado de segurança será cabível, sendo elas; um projeto de emenda à constituição que seria a famosa PEC que esteja violando uma cláusula pétrea, ou até mesmo de um projeto de lei que também esteja claramente violando uma norma constitucional sobre o processo legislativo. Vejamos, portanto, que somente os parlamentares possuem legitimidade para propor o mandado de segurança.

Para TEMER (2004, p.42-43) controle prévio ou preventivo:

“É aquele realizado antes da aprovação da norma, devendo o iniciador verificar já na elaboração do projeto a constitucionalidade daquela. Pode ser exercido pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário. É percebido quando se pensa em controle lato de constitucionalidade, pretende evitar o ingresso de lei, que já no seu processo de elaboração está viciada, isto é, em desacordo com o Texto da Constituição (...) se refere a atos prévios. Portanto, atos inacabados.”

Já o controle repressivo também conhecido como controle posterior ocorre após o encerramento do processo legislativo referente à criação da norma e sua

promulgação, este controle pode ser exercido pelos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. O judiciário faz o controle no momento em que há existência de uma ação que faz surgir uma decisão judicial declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma. Já o poder legislativo exerce o controle repressivo em duas situações tais como; rejeição de uma medida provisória e sustação de um ato normativo do poder executivo, isso ocorre no momento em que o poder executivo edita uma medida provisória que passara pelo legislativo, ao passar por esse poder ele poderá rejeitar por entender que está medida contraria constituição, mas também o poder legislativo tem uma segunda maneira de praticar o controle repressivo, seria no momento da sustação de um ato normativo por entender a respeito de sua inconstitucionalidade.

Por fim, o poder executivo também exercer o controle repressivo em situações em que o mesmo se recusa a executar uma norma por entender da sua inconstitucionalidade, ou seja, e não executa porque sabe de fato que a norma contraria a norma maior que é a constituição. Nos ensinamentos de Dirley:

“No Brasil, é praticado um controle preventivo da constitucionalidade, de natureza política, através dos pareceres das comissões de Constituição e Justiça das Casas legislativas, emitidos sobre os projetos de lei apresentados, bem assim pelos chefes do Executivo das três esferas políticas da Federação (Presidente, Governadores e Prefeitos). por meio do veto jurídico constitucional aposto a projetos de leis, por motivo de inconstitucionalidade.” CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: Teoria e Prática. 6. ed. salvador: Jus Podivm, 2012, p.112.

7 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL

7.1 Inconstitucionalidade formal

A inconstitucionalidade formal conhecida também por nomoestática que pode ser dividida por orgânica, subjetiva e objetiva.

A inconstitucionalidade formal orgânica ocorre quando existe um vício na competência, ou seja, não houve a observação correta referente competência legislativa para elaboração da lei ou do ato legislativo. O artigo 22º da Constituição Federal menciona que; Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II - desapropriação;

Com forma de exemplificação do fato, que embora seja um exemplo mais antigo, mas através deste conseguimos entender que se tratava de uma lei importante para os interesses dos trabalhadores civil de Rondônia, mas não pode permanecer no ordenamento jurídico por conta da inconstitucionalidade formal. Vejamos abaixo;

“Supremo declara inconstitucional Lei que obrigava fornecimento de café da manhã em Rondônia”.

A Lei estadual 1.314/04, de Rondônia, que obrigava as empresas de construção civil a fornecer café da manhã (leite, café e pão com manteiga) aos trabalhadores que chegassem com quinze minutos de antecedência ao primeiro turno de trabalho foi declarada inconstitucional.

Essa foi à decisão do Plenário ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3251, ajuizada pelo governador do estado contra a norma.

O relator, Ministro Carlos Ayres Britto, considerou que, conforme alegado pelo governador do estado na ação, à lei rondoniense legisla sobre direito do trabalho, que é de competência privativa da União. Assim, o relator votou pela procedência ação, declarando a inconstitucionalidade da lei. A decisão do Plenário foi unânime. Diante do exposto, a lei Estadual 1.314/04, não apresentava um problema de conteúdo, mas sim, um problema de competência, pois aquele que fez a lei não poderia ter a produzido por ser incompetente para legislar sobre o tema.

Temos também a inconstitucionalidade formal subjetiva: nesta inconstitucionalidade ocorre um vício na iniciativa, por exemplo; A iniciativa do Presidente da República para aumento de remuneração de servidores públicos, conforme disposto no artigo 61º §1º alínea a da CF. “são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

Criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

Vejamos, portanto, que se este projeto de lei for apresentado por deputado não será válido porque não atenderá a formalidade subjetiva por vício na iniciativa.

Por fim, temos a inconstitucionalidade formal objetiva que se relaciona em um vício no quórum, por exemplo; se existir uma lei complementar a mesma precisa ser aprovada por maioria absoluta.

Observa ainda LENZA (2015, p. 298):

“Existe um vício formal objetivo, na medida em que a lei complementar, por força do art. 69 da CF/88, deveria ter sido aprovada por maioria absoluta. Também nessa mesma senda, podemos elencar ainda o vício formal por violação a pressupostos objetivos do ato normativo, que seria, nada mais nada menos que procedimentos que antecedem a fase de formação da lei, por exemplo, podemos citar aqui as audiências e participações obrigatórias.”

7.2 Inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade material está relacionada ao conteúdo da norma, ou seja, existe uma incompatibilidade com a norma constitucional, por exemplo; o artigo 7º inciso XXX da CF menciona que: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.” Portanto, se tivermos uma lei a qual seu conteúdo ofenda o conteúdo de uma norma constitucional, teremos uma lei materialmente inconstitucional.

LENZA (2015, p.298) explica em sua obra os dois tipos de vícios;

“[...] o vício formal subjetivo verifica-se na fase de iniciativa. Tomemos um exemplo: algumas leis são de iniciativa exclusiva (reservada) do Presidente da República como as que fixam ou modificam os efeitos da Forças Armadas, conforme o art. 61, § 1º, I, da CF/88 [...] Em hipótese contrária (ex.: um Deputado Federal dando início), estaremos diante de um vício formal subjetivo insanável, e a lei será inconstitucional. [...] por seu turno, o vício formal objetivo será verificado nas demais fases do processo legislativo, posteriores à fase de iniciativa. Como exemplo citamos uma lei

complementar sendo votada por um quorum de maioria relativa. Existe um vício formal objetivo, na medida em que a lei complementar, por força do art. 69 da CF/88, deveria ter sido aprovada por maioria absoluta.”

8 ESPÉCIES DE AÇÕES PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao tratarmos das espécies de ações para a realização do controle de constitucionalidade, em respeitabilidade do princípio pétreo constitucional da elaboração do devido processo legal, são as espécies de ações os instrumentos pelos quais se darão o processamento da verificação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, com o intuito de resguardar a supremacia constitucional. Portanto a seguir trataremos das seguintes espécies:

8.1 ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) trata-se de uma ação constitucional que está ligada ao controle concentrado, sendo assim, é uma ação sendo exercida de modo direto contra leis e atos normativos Federais, estaduais e distritais editados após a constituição federal de 1988, sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão competente para julgar ação proposta pelos legitimados ativos do artigo 103º da Constituição para que seja defendido o direito da coletividade.

Referente aos legitimados há a existências de dois grupos, sendo eles; os legitimados especiais e legitimados universais. O Presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Partido Político com representação no Congresso Nacional, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados, são os legitimados universais não havendo necessidade de pertinência temática para propor ação direta de inconstitucionalidade.

Já os legitimados especiais, tais como; o Governador do Estado, mesa da assembleia legislativa ou da câmara legislativa do distrito federal, entidade de classe de âmbito nacional ou Confederação Sindical, para propor ação direta de inconstitucionalidade haverá a necessidade de demonstração de pertinência temática referente à lei que esta sendo objeto da ação.

Como forma de exemplificação; o governador de São Paulo não pode propor ao Supremo Federal a ação direta de inconstitucionalidade visando que se declara a inconstitucionalidade de uma lei do Acre, vejamos, portanto, que se essa lei não causa prejuízo nenhum no Estado de São Paulo não haverá pertinência temática, melhor dizendo, não haverá interesse de agir para propor essa ação.

Menciona Motta & William Douglas em sua obra que: (2002, p.83-85);

“Os legitimados ativos universais se caracterizariam por possuírem interesse de preservar a supremacia da Constituição em razão de sua própria natureza jurídica, ou seja, de suas atribuições institucionais. Uma ação direta proposta por eles jamais seria julgada inepta por falta de interesse de agir ou de pertinência temática. Seriam os legitimados ativos universais, O Presidente da República, O Procurador Geral da República, As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, Conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Já os classificados como legitimados ativos especiais devem demonstrar, de forma inequívoca, a relação de interesse entre o objeto da ação direta proposta e a classe profissional, social, econômica ou política que representam. Assim não basta o interesse genérico na preservação da Constituição. Precisam eles de um interesse específico, relacionado com sua classe. Desta forma, por exemplo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclina-se para apenas admitir ação direta por parte de Governadores de Estado e do Distrito Federal e as mesas de Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, se o objeto tiver relação, ainda que indireta, com os interesses das respectivas entidades federativas. Surge para o legitimado ativo especial mais um requisito: a pertinência temática do pedido. Assim, são legitimados ativos especiais o: Governador de Estado, a mesa de Assembleia Legislativa e confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

Referente a quórum de deliberação será necessário que se tenha a maioria absoluta de seus membros, ou seja, se o Supremo Tribunal Federal é formado por 11 (onze) ministros, será necessário, portanto, que se tenha ao menos 6 (seis) ministros declarando a inconstitucionalidade da norma.

No que tange aos efeitos, teremos a validade dessa declaração atingindo todas as pessoas, melhor dizendo, teremos efeito erga omnes, além do efeito vinculante que atingirá todo o judiciário e toda a administração pública federal, mas não vincula o poder legislativo, pois esse poder poderá editar uma norma idêntica por não se vincular a decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma.

Referente aos efeitos temporais, toda a vez que um ato for declarado inconstitucional em regra entendeu-se que esta norma sempre foi inconstitucional, sendo assim, a decisão retroage a data da edição do ato. O artigo 27º da lei 9868/99 diz que:

“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.”

Em outras palavras, se houver segurança jurídica envolvida ou interesse social relevante poderá o Supremo Tribunal Federal pela maioria de 2/3 de seus ministros podem fazer com que os efeitos ex tunc se tornem ex nunc, a partir do seu trânsito em julgado ou de outra data que venha a ser fixada, portanto, se esse feito ocorrer terá a chamada modulação dos efeitos das decisões tomadas em controle concentrado de constitucionalidade.

Quanto à petição a mesma deverá conter a lei ou ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido além dos fundamentos a cada impugnação e nos pedidos deveram conter suas especificações ao curso da ação, não será permitido o ingresso de terceiros, ou seja, de outros legitimados posteriormente. Referente ao instrumento de procuração deve-se observar o que também se encontra disposto no artigo 3º, 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”.

8.2 ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade regulamentada pela lei 9.868/99 tem por objetivo a verificação de leis ou atos normativos federais que sejam alvos de amplo debate de constitucionalidade. O órgão competente para julgamento da ADC é o Supremo Tribunal Federal, e o artigo 103º da CF/88, apresenta o rol dos legitimados para propositura da ação, sendo divididos por legitimados universais e legitimados especiais. Gilmar Mendes menciona que:

“O cabimento da ação declaratória de constitucionalidade pressupõe a existência de situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade da lei, não se afigurando admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma” (MENDES, 2006, P.3)

Os efeitos da decisão tomada em ação declaratória de constitucionalidade é erga omnes, ou seja, a decisão tomada vale para todos independentemente de serem partes no processo, além de vincular para todo o poder judiciário, ou seja, todos os juízes e toda a administração pública devem obediência à decisão tomada pelo Supremo, mas não se pode esquecer que o efeito vinculante não se aplica ao

poder legislativo, podendo o mesmo editar uma norma em contrariedade à decisão tomada em ação declaratória de constitucionalidade.

Conforme ensina Pedro Lenza:

“O art.102 §2o, criado pela EC. n.03/93, estabelece que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do poder judiciário e ao poder executivo. Assim podemos sistematizar os efeitos como sendo: erga omnes, ex tunc, vinculante”. (P.L.). Direito constitucional esquematizado, (22a, p. 429).

Portanto, em regra os efeitos são ex tunc, ou seja, retroativos a data da edição do ato, mas com a possibilidade da modulação dos efeitos temporais seguindo o mesmo requisito que o artigo 27º da lei 9868/99. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal pela maioria de 2/3 de seus ministros podem fazer com que os efeitos ex tunc se tornem ex nunc, ou efeitos pro futuro, ou seja, decidir que a eficácia da decisão tomada só venha a produzir efeitos a partir do transito em julgado ou de uma data que venha ser eventualmente fixada, em outras palavras, os efeitos não retroagem a data da edição do ato constitucional ou inconstitucional.

8.3 ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A lei no 9.882/99 regulamentou a ADPF prevista no art.102, §1o da CF/88, tendo como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental de ato do poder público. Podemos citar como preceitos fundamentais os direitos e garantias individuais, as cláusulas pétreas e os princípios constitucionais. A arguição de descumprimento de preceito fundamental também será cabível quando houver uma relevante discussão a respeito da constitucionalidade de lei ou ato normativo Federal, Estadual, ou Municipal. Temos um ponto muito importante na ADPF que seria o fato de a ação tratar de leis e atos normativos anteriores a Constituição de 1988.

Nesse sentido, o professor André Ramos Tavares menciona que:

“[...] preceito fundamental traduz-se, mais precisamente, na somatória entre, de uma parte, parcela dos próprios princípios constitucionais (já que nem todos eles são preceitos fundamentais), bem como, de outra parte, das regras cardeais

de um sistema constitucional, constituídas, essencialmente, pelo conjunto normativo assecuratório dos direitos humanos.”

A título de exemplificação teve a ADPF 130 que foi objeto de julgamento do Supremo Federal que julgou não recepcionada a lei 5250/67 conhecida como lei de imprensa feria o artigo 5º, incisos IV, V, IX, XIII, e XIV, além dos artigos 220º a 223º da Constituição Federal.

A Arguição de descumprimento fundamento tem caráter subsidiário, pois só será cabível quando não existir outro caminho eficaz para sanar o ato. O Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para o julgamento das ações, que após as decisões proferidas gera obrigação para todos, melhor dizendo, teremos a eficácia erga omnes, além do efeito vinculante em relação ao poder judiciário e ao poder executivo.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal por maioria deferir um pedido de liminar para que juízes e tribunais suspendam o processo ou efeitos de decisões judiciais, ou até mesmo de qualquer outra medida desde que apresente relação com a matéria, respeitada a coisa julgada. Por fim, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em ADPF é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 12 da lei 9.882/99).

Nos ensinamentos de Pedro Lenza:

“Percebe-se nítido caráter preventivo na primeira situação (evitar) e caráter repressivo na segunda (reparar lesão a preceito fundamental), devendo haver nexo de causalidade entre a lesão ao preceito fundamental e o ato do poder público, de que esfera for, não se restringindo a atos normativos, podendo a lesão resultar, de qualquer ato administrativo, inclusive decretos”

8.4 ADO – Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi acrescentada pela lei 12.063/2009, trazendo a possibilidade de ação quando existir a falta de medida regulamentadora de dispositivo constitucional, ou seja, tem a função de suprir a ausência de norma regulamentadora, nas palavras de Dirley da Cunha Jr; “A diferença reside no fato da primeira destinar-se a suprimir (invalidar) a norma lesiva e a segunda a suprir a omissão ou ausência de norma ou de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional” (CUNHA JR, 2011, p. 351).

A Constituição em seu artigo 37º menciona que:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; [...]”

Conforme se pode constatar que até hoje não existe a norma que versa a respeito do assunto, até o momento o poder legislativo não editou esta lei definindo os termos e limites do direito de greve dos agentes públicos, conseqüentemente a falta de norma regulamentadora impossibilita a efetividade da norma constitucional, impossibilitando a realização de greve por partes dos servidores públicos.

Diante dessas omissões existem duas vias cabíveis para que se possa solucionar a ausência de norma regulamentadora, tais como; mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O mandado de injunção é utilizado no controle difuso referente ao caso concreto com objetivo de possibilitar que uma pessoa ou um grupo de pessoas consiga exercer o direito que a constituição os garante, mesmo diante de uma inercia legislativa.

Referente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se trata de uma medida sendo realizada no controle concentrado, o órgão competente para julgar é o Supremo Tribunal Federal e os legitimados segue os mesmos disposto no artigo 103º da Constituição Federal.

Nas palavras de Tavares,

“A ação direta de inconstitucionalidade por omissão segue em praticamente tudo a ação direta de inconstitucionalidade genérica. Assim ocorre quanto aos legitimados ativos, quanto ao rito processual, quorum de manifestação. É de aplicar, pois, todos os dispositivos da Lei 9.868/99 que não conflitem com a natureza peculiar dessa ação, e que consiste exatamente no combate da omissão reputada violadora da Constituição do Brasil em vigor” (TAVARES, 2002, p. 334).

Importante ressaltar que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão além de servir para uma inercia legislativa, serve também para os casos de inercia administrativa, ou seja, para enfrentar situações em que o poder público responsável pela preservação à ordem pública deixa de adotar uma providência de índole administrativa.

Nos ensinamentos de Veloso diz que;

“Não é qualquer falta de providência de órgãos públicos que pode legitimar a intervenção do Judiciário, em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão, mas somente a ausência de medidas de cunho normativo, ou seja, de atos administrativos normativos, que são os que contêm regras gerais e abstratas, não sendo leis em sentido formal, mas apresentando-se como lei, no aspecto material. A ação governamental. No sentido de realizações, tarefas, obras, programas administrativos, está fora do âmbito da inconstitucionalidade por omissão” (VELOSO, 2000, p.251).

Portanto, o objetivo desta ação é provocar o judiciário para que o mesmo reconheça a tal demora referente a produção da norma regulamentadora.

A Constituição Federal em seu artigo 103º, §2º menciona que;

§ 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.

Vejamos, portanto, que a lei 12.063/2009, foi criada para solucionar a ausência da ADO. Sendo assim, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui duas espécies, sendo elas; omissão total ou omissão parcial.

A Omissão total ocorrerá na situação em que o poder público não pratica em nenhum grau nada o que foi ordenado pela constituição, ou seja, o poder público permanece inerte a constituição.

Já a omissão parcial ocorrerá quando o poder público atua de forma parcial e insuficientemente, ou seja, o poder público permanece omissos quanto ao cumprimento integral do que foi ordenado pela Constituição Federal. A legislação também reconhece que a omissão pode ocorrer de forma parcial propriamente dita, além da forma parcial relativa.

Omissão parcial propriamente dita, significada dizer que há a existência da norma regulamentadora, mas de forma deficiente ao texto constitucional, por exemplo; se o poder legislativo editar a norma que regulamente o direito de greve aos servidores públicos, mas não estabelece os limites, estaremos diante de uma norma deficiente. No tocante á omissão parcial relativa tem a existência da norma regulamentadora que atende um benefício a determinado grupo, mas acaba por não atender outro grupo de pessoas que deveriam ter sido contemplados pela lei.

Por fim, a lei 12.063/2009 incluiu o artigo 12ºF na lei 9868/99, trazendo a possibilidade de medida cautelar, mas em casos excepcionais de urgência e também de relevância a matéria. Vejamos o que diz este artigo;

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. [\(Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009\)](#)

Nos dizeres de Dirley da Cunha Junior;

“A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal” (CUNHA JUNIOR, 2011, p.393).

Portanto, a medida cautelar trata-se de um meio para prevenir e conservar direitos evitando prejuízos irreparáveis.

9 MODULAÇÃO DE EFEITOS

A modulação de efeitos foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro desde 1999, pela lei 9.868, que trata de julgamentos referente ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. O artigo 27º diz que:

“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.”

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal por maioria de 2/3 de seus membros restringem a declaração dos efeitos *ex tunc* por motivo de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Podendo decidir que determinada declaração só terá eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou em outro momento que seja fixada, deste modo, a modulação de efeitos concede que o Supremo Tribunal Federal decida que alguns atos continuem validos, mesmo que se tenha a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins comentam que:

"Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc e pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional". Controle de Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. Saraiva, 2001, p. 323-324.

A título de exemplificação; se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de norma que atribuiu aos brasileiros um novo imposto, essa decisão terá efeitos *ex tunc*, seria como se ela nunca estivesse existido, portanto, todas as cobranças deste imposto nunca poderiam ter sido realizadas, e com consequência do efeito, o governo precisará restituir todos os valores que recebeu indevidamente, mas dependendo da quantia envolvida nesta situação essa devolução poderá causar um enorme prejuízo para economia brasileira fazendo com

que o STF decida que inconstitucionalidade terá seus efeitos somente a partir da decisão, fazendo com que as cobranças já realizadas permaneçam válidas.

Vejam, portanto, que o governo beneficiado pela modulação de efeitos, não pode dar continuidade na cobrança deste imposto, mas também não precisará restituir os valores já recebidos.

Importante ressaltar que os efeitos *ex tunc* será sempre a regra, pois se trata da consequência automática da declaração de inconstitucionalidade, por outro lado, a modulação de efeitos se trata de algo excepcional que precisará ser reconhecida pelo STF, se não o fizer os efeitos *ex tunc* deverá ser aplicado na íntegra.

Cabe ressaltar que não existe previsão em lei para modulação de efeitos no controle difuso, mas ainda que não exista lei fundamentando a modulação de efeitos no controle difuso, o princípio da segurança jurídica justifica a modificação feita pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, o STF poderá declarar a inconstitucionalidade usando como fundamento o princípio da segurança jurídica.

De qualquer modo, o efeito *ex tunc* é o efeito automático da decisão e faz com que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade seja reconhecida desde o passado e não somente a partir da decisão proferida.

A declaração de inconstitucionalidade produz efeito *ex tunc* retroagindo a passado para reconhecer que a norma que fere a constituição é inconstitucional desde a sua origem.

No controle difuso conforme dito, não existe previsão em lei, mas o princípio da segurança jurídica é utilizado como fundamento para modulação de efeitos para declaração de inconstitucionalidade mesmo que seja no controle difuso.

10 CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, conclui-se que o controle de constitucionalidade trata-se de um mecanismo de extrema importância no sistema brasileiro, com objetivo de checar as leis ou atos normativos que se encontram incompatíveis com a Constituição Federal.

Podemos também entender que a constituição brasileira carrega a supremacia e a rigidez, sendo assim, nenhuma lei pode afrontar ou contrariar a lei maior, Se porque se encontra no topo do nosso ordenamento jurídico, sendo um fundamento de validade de todos os atos normativos, e sua rigidez traz dificuldades para altera-la estabelecendo uma formalidade para que haja as alterações do texto constitucional, assim estabelece o artigo 60º paragrafo 4º da Constituição Federal.

O sistema brasileiro adotou dois tipos de controle de constitucionalidade, um sendo chamado de controle difuso decorrendo da influência norte-americana, e o outro chamado de controle concentrado criado por Hans Kelsen, que atribuiu o valor da norma constitucional, criando assim um escalonamento de diversas camadas normativas, melhor dizendo, criou-se a famosa pirâmide de Kelsen.

Portanto as ações do controle de constitucionalidade são ações garantidoras da ordem democrática, pois além de garantir os direitos fundamentais, protege a supremacia constitucional atacando as leis ou atos normativos que fere a constituição ou até mesmo com a função de preencher as lacunas deixadas pelo legislativo quando não se cria as medidas regulamentadora de dispositivo constitucional.

REFERÊNCIAS

- J.A. Silva, curso de direito constitucional positivo, p.554-555
- ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII, cit., p. 787
- Teoria pura do direito / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 155
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. tradução de João Batista Machado. 6 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984. p. 309
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo:Saraiva,1997.
- TEIXEIRA,JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES. Curso de Direito Constitucional, texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991)
- CAPPELLETTI, Maur. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2º ed. porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. tradução de João Batista Machado. 6 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984. p. 309
- SILVA, José Afonso. Apud LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 159-160.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 629 p.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 709-710
- Temer, Michel. Elementos de direito constitucional (2004, p.42-43)
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: Teoria e Prática. 6. ed. salvador: Jus Podivm, 2012, p.112
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 19a . Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, P. 1196-1197
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Salvador: Juspodivm. 2011
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.
- VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2001.