



18º Congresso de Iniciação Científica

**CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E
CONCENTRADO**

Autor(es)

MARCELO FRANCA ALVES

Orientador(es)

RENATO SIQUEIRA DE PRETTO

1. Introdução

A constituição de um Estado tem por finalidades principais definir os limites de atuação do poder público, a forma pela qual o povo exercerá o poder (Estado Democrático) e as regras pelas quais os direitos fundamentais prevalecerão sobre as demais normas jurídicas. (LENZA, 2008, P. 9)

Somente a existência dessa Carta não garante que o desejo soberano do povo seja acolhido, conforme SIQUEIRA JR. (2009, p. 73): A existência de um documento escrito que traz em seu bojo a organização política de um Estado Democrático não é suficiente para a existência desse Estado. Faz-se necessária a previsão de institutos asseguradores, ante a ofensa da Constituição pelos detentores do Poder Público. [...] O Controle de Constitucionalidade, como instituto de direito processual constitucional, é um instrumento necessário no Estado de Direito, na medida em que é o meio adequado para garantir os preceitos estabelecidos na Carta Magna de 1988.

Portanto, cabe ao instituto do controle de constitucionalidade verificar se as normas infraconstitucionais passam pelo filtro que tem por parâmetro a Carta Magna (e normas equivalentes), decidindo se essas normas devem ou não permanecer no ordenamento jurídico. Caso essas normas sejam incompatíveis com a Lei Maior, diz-se das mesmas “nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida”. (BONAVIDES, 2006, p. 297) Nesse caso, esses dispositivos legais devem ser pós Constituição de 1988, pois sendo anterior, como regra, não se fala em Controle de Constitucionalidade, mas de Recepção ou não. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 35)

Esse controle é necessário em função do conceito de Supremacia da Constituição sobre todas as demais normas pertencentes ao sistema jurídico, bem como à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais. (MORAES, 2006, p. 635). MORAES ainda defende que mesmo sendo a Constituição autodenominada Rígida, não havendo um devido Controle de Constitucionalidade, essa Carta torna-se flexível, pois o “Poder Constituinte ilimitado” poderá ser exercido pelo legislador ordinário.

Como pertencente ao processo constitucional, o controle de constitucionalidade caracteriza-se por ser um processo sui generis, possuindo características do processo de conhecimento, mas também do processo cautelar e do processo de execução. (GUERRA FILHO, 2009, p. 10)

2. Objetivos

Objetiva-se com esse trabalho, a verificação das discussões doutrinárias e jurisprudenciais de como tem acontecido o controle de constitucionalidade, principalmente nos sistemas difuso e concentrado, contemporaneamente.

Para tanto, inicialmente procurou-se compreender essas duas modalidades de controle de constitucionalidade (fase concluída do projeto), especialmente em relação aos efeitos gerados pelas decisões nesse âmbito.

3. Desenvolvimento

A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica em doutrina e jurisprudência associadas com o tema, principalmente aquelas que discutem tendências contemporâneas.

4. Resultado e Discussão

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E CONCENTRADO

Segundo MEDINA (2010, p. 73 – 78) são dois os principais modelos de controle de constitucionalidade existentes: o político e o jurisdicional.

São características principais do modelo político:

- O controle é exercido por órgãos vinculados ao Poder Legislativo ou por órgão especial composto por membros escolhidos pelo Poder Legislativo e pelo Executivo.
- Não se exige dos seus membros formação jurídica.

Já o controle jurisdicional possui como principais características:

- O controle é exercido por órgãos do Poder Judiciário ou por Cortes Especiais compostas por magistrados e juristas.
- A investidura de seus membros é temporária.

O controle jurisdicional possui as seguintes variantes: controle exercido pelas Cortes Especiais e o controle exercido pelos órgãos comuns do judiciário. O controle realizado pelas Cortes Especiais tem sua origem na Constituição Austríaca em modelo elaborado por Hans Kelsen; já o exercido pelos órgãos comuns originou-se na Corte Suprema dos Estados Unidos da América. Por essa origem o primeiro é conhecido como Modelo Austríaco e o segundo como Modelo Americano.

Olhando pelo aspecto orgânico, o controle de constitucionalidade pode ser exercido em duas modalidades: difuso e concentrado, sendo que o controle difuso pode ser realizado por diversos órgãos do Poder Judiciário e o controle concentrado por um órgão específico.

Ainda são características do controle difuso (além de poder ser exercido por diversos órgãos do judiciário):

- Trata-se de controle incidental, ou seja, a constitucionalidade é discutida não como objeto da ação, mas como requisito necessário a ser pacificado antes de se entrar no mérito da questão: o bem da vida desejado (relação jurídica concreta).
- Conhecido como Controle por Via de Exceção ou de Defesa, Repressivo, Posterior, ou Controle Aberto. (LENZA, p. 146)

Já o controle concentrado, além da característica peculiar de ser exercido por um órgão do Poder Judiciário específico (no Brasil o Supremo Tribunal Federal), possui ainda as seguintes características:

- A constitucionalidade é discutida em tese, em abstrato, ou seja, não existe um caso concreto em que a constitucionalidade é discutida, tem-se, nesse caso a norma questionada, como objeto principal da ação (validade da norma jurídica em tese).
- Conhecido como Controle por Via de Ação.

OS EFEITOS DOS CONTROLES DIFUSO E CONCENTRADO

Iniciando pelos efeitos do Controle Difuso e tendo em mente que o mesmo caracteriza-se pela discussão da constitucionalidade em situação concreta, podemos entender com maior clareza seus efeitos:

- Inter Partes, ou seja, a decisão aplica-se somente às partes do processo subjetivo.
- Ex Tunc, ou seja, a decisão tem efeito retroativo, agindo como se a norma nunca houvesse existido.

Para ambos os efeitos existem exceções:

O STF pode utilizar o Poder Modulador, transformando o efeito, que em regra é ex tunc, em ex nunc (a partir do momento da decisão) ou mesmo pro futuro (em algum momento no futuro). Vejamos, por exemplo, o Recurso Extraordinário 197.917-8/2002 em que esse Tribunal reduziu o número de vereadores do Município paulista de Mira Estrela, determinando que essa decisão entrasse em vigor na próxima legislatura (efeito pro futuro).

Em outro sentido, para que a barreira do efeito inter partes possa ser superada, transformando-o em erga omnes, o legislador constitucional abriu a possibilidade do Senado Federal, através de Resolução, suspender a execução da norma declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, pelo STF:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (CR, 52)

Entende-se que a expressão “no todo ou em parte”, não permite ao Senado Federal escolher o trecho da norma a ser objeto de Resolução, mas ao STF definir se a norma é inconstitucional completa ou parcialmente, podendo ou não o Senado Federal editar a Resolução, porém, decidindo positivamente, deverá suspender a execução no quantum determinado pelo STF.

Ainda infere-se do termo “suspender” do dispositivo constitucional, que o efeito que, em regra é *ex tunc*, passa a ser *ex nunc*. (LENZA, 2008, p. 148 – 157) (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 32)

Exceção ao efeito *ex nunc* da Resolução do Senado Federal encontra-se nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1º do Decreto 2.346/97. Nesse caso, para a administração pública, aplica-se o efeito *ex tunc*:

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal. (Decreto 2.346/97, art. 1º) São, como regra, efeitos das decisões de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado:

- *Ex Tunc*, cabendo as mesmas observações do controle difuso quanto a esse efeito. Como exemplo à aplicação do Poder Modulador do STF pode-se citar o caso da contratação de funcionários da área da saúde pelo governo do Espírito Santo. A lei que permitia essa contratação teve artigo declarado inconstitucional pela ADI 3.430-8/ES. Nesse caso, a decisão do Supremo entrou em vigor 60 dias após a decisão ter sido comunicada.
- *Erga Omnes*: esse efeito é próprio desse tipo de controle exatamente porque a discussão da constitucionalidade é em abstrato. O maior interessado nesse tipo de controle é o próprio sistema jurídico que deve ficar livre da norma inconstitucional.
- *Vinculante*: a decisão vincula os demais órgãos do poder judiciário e a administração pública. Em outras palavras: o executivo (Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal) bem como o judiciário não poderão decidir ou agir contrariamente à essa decisão. Não estão sujeitos à vinculação o próprio STF e o legislativo.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (CR, 102)

A QUESTÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Requisito necessário a ambos os sistemas de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) é o atendimento ao artigo 97 da Constituição da República, conhecido como Cláusula de Reserva de Plenário:

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

Havendo questão (incidental) de constitucionalidade discutida em processo distribuído a uma câmara, turma ou seção do tribunal, deve-se suscitar questão de ordem, sendo o processo remetido ao pleno ou ao órgão especial do tribunal para análise da constitucionalidade. Mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF), exercendo o controle difuso (Recurso Extraordinário, Mandado de Segurança de parlamentar contra processo legislativo) ou concentrado está sujeito a essa determinação constitucional. Trata-se de “condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público”. (LENZA, p. 146 - 147). Esse princípio foi ratificado pelo conteúdo da Súmula Vinculante nº 10.

Em função da celeridade processual e da segurança jurídica é desnecessária a aplicação dessa cláusula em situações onde o Pleno, o Órgão Especial ou o STF já tenha decidido sobre matéria similar. Posição essa ratificada pelo legislador infraconstitucional no Código de Processo Civil, art. 481, parágrafo único:

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (CPC, 481)

Outra possível exceção à aplicação dessa cláusula está prevista no parágrafo 1º-A do artigo 557 do CPC que permite ao relator do processo dar provimento ao recurso, se a decisão de primeira instância confronte súmula ou jurisprudência do STF ou outro tribunal Superior:

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (CPC, 557)

Obviamente que a declaração de constitucionalidade por órgão fracionário não fere à referida Cláusula, pois o artigo 97 da Carta Magna fale em inconstitucionalidade.

5. Considerações Finais

Muito rico e complexo é o sistema que permite o Controle de Constitucionalidade, especialmente no Brasil. Inicialmente, seguindo o modelo americano, nossa nação adotava somente o controle difuso, mais tarde, porém, foi introduzido em nosso ordenamento o controle concentrado.

Outros temas de relevância tão importante quanto a dos assuntos discutidos nesse trabalho e que podem ser objeto de novos trabalhos relacionados ao tema são: abstrativização do controle difuso (desnecessidade da resolução do Senado Federal) e a transcendência dos motivos determinantes. São temas desafiadores e ainda não consensuais no STF que possuem como um dos seus maiores defensores o recente ex-presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes.

Referências Bibliográficas

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Programa Prova Final. Distrito Federal: TV Justiça. Disponível em: . Acesso em 15 fev. 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

ATIVISMO JUDICIAL. Programa Saber Direito. Distrito Federal: TV Justiça. Disponível em: . Acesso em 15 fev. 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 17 jan. 1973. Disponível em: . Acesso em 15 fev. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Consolida Normas de Procedimentos a Serem Observadas pela Administração Pública Federal em Razão de Decisões Judiciais, Regulamenta os Dispositivos Legais que Menciona, e Dá Outras Providências. Diário Oficial da União, 13 out. 1997. Disponível em: . Acesso em 15 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Viola a Cláusula de Reserva de Plenário (CF, Artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: . Acesso em: 15 fev. 2010.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. Saber Direito. Distrito Federal: TV Justiça. Disponível em: . Acesso em 15 fev. 2010.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO E REPRESSIVO. Programa Prova Final. Distrito Federal: TV Justiça. Disponível em: . Acesso em 15 fev. 2010.

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. Programa Prova Final. Distrito Federal: TV Justiça. Disponível em: . Acesso em 15 fev. 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: SRS, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito Processual Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2006.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Direito Processual Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.