

Dirley da Cunha Júnior

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

no Brasil e no Direito Comparado

**12<sup>a</sup>**  
**edição**

revista  
atualizada  
ampliada

2024

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

---

### 1. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. CONSIDERAÇÕES GERAIS E NATUREZA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional no controle concentrado logrou despontar-se no direito brasileiro, embora timidamente, a partir da Constituição de 1934, com a criação da representação interventiva confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita exclusivamente à competência decisória do Supremo Tribunal Federal (art. 12, § 2º), nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais consagrados no art. 7º, I, alíneas *a a h* da Constituição da época (ditos *princípios constitucionais sensíveis*).

Contudo, foi com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que se instalou definitivamente no Brasil o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal, com a criação da representação genérica de inconstitucionalidade (hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade por ação), nos moldes do sistema europeu, de competência reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

A Constituição vigente ampliou e aperfeiçoou o controle concentrado, com a criação de novas ações diretas e a extensão da legitimidade para provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal a outras autoridades, órgãos e entidades, além de haver acenado para a possibilidade de adoção de efeitos vinculantes nas decisões proferidas no âmbito das ações próprias deste sistema de controle, com o que aproximou muito o Supremo Tribunal brasileiro aos Tribunais Constitucionais europeus.

À vista desse modelo, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma **fiscalização abstrata** das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma **ação direta**, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Assim, a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza de **questão principal**, porque relacionada ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual – relembremos – a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial, suscitada como

incidente ou causa de pedir, porém jamais como pedido. Por isso, o controle concentrado – à exceção do que ocorre na ADPF incidental<sup>1</sup> – é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao Supremo Tribunal Federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame de caso concreto. O Supremo Tribunal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição.

## 2. CONCEITO E TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Segundo anotou JORGE MIRANDA<sup>2</sup>, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade expressam uma *relação*: uma *relação*, respectivamente, de conformidade e desconformidade que se estabelece entre a *Constituição* e o *comportamento estatal*. O primeiro termo da relação de inconstitucionalidade é, pois, a Constituição, porém não na sua globalidade ou em bloco, mas, sim, por referência a uma norma certa e determinada. Nesse particular, a inconstitucionalidade se caracteriza pela violação, uma a uma, da norma constitucional. O segundo termo da relação de inconstitucionalidade é o comportamento estatal, que tanto pode ser positivo (uma ação), como negativo (uma omissão), na medida em que haverá inconstitucionalidade tanto em face de um ato praticado contra uma norma constitucional como em razão da inércia do poder público diante de uma norma constitucional que determina um agir. Esse comportamento estatal – positivo ou negativo – pode ser normativo ou não normativo, geral ou individual, abstrato ou concreto. A relação de desconformidade entre a Constituição e o comportamento estatal, todavia, há de ser necessariamente *direta*, que se traduza exatamente numa violação direta e imediata de uma norma constitucional.

Com razão o autor. Com efeito, quando se abordou o tema relacionado à supremacia constitucional, como aspecto inerente às Constituições rígidas, viu-se que ela implica o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos do poder público, que exige que todos os atos estatais, comissivos ou omissivos, normativos ou não, sejam conformes, formal e materialmente, com os preceitos contidos na Constituição. Ou seja, os atos do poder público só estarão conformes à Constituição e, conseqüentemente, só serão constitucionais, quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Como adiante analisaremos, a chamada ADPF incidental, prevista no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99, é uma ação direta que leva ao STF o exame de uma controvérsia concreta, ocorrente em sede difusa, acerca de lesão a preceito fundamental.

<sup>2</sup> *Manual de Direito Constitucional*, T. II, p. 310-316.

<sup>3</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 826.

Mas saber se toda Constituição propicia o reconhecimento de uma inconstitucionalidade equivale a saber se sofre gradações a força vinculante de suas normas, consoante as qualidades que umas tenham e outras não tenham, em virtude dos sistemas em que estejam integradas. É nesse contexto que ocorre falar na distinção entre Constituições rígidas e flexíveis. Consoante escólio de Jorge Miranda, o critério desta distinção reside na posição ocupada pela Constituição perante as leis em geral. Se ela se coloca acima destas, numa posição de supremacia, evidentemente que se considera rígida, por ser solene e se submeter somente a processo agravado para sua alteração (emenda ou revisão constitucional). Ao revés, se se encontra no mesmo plano das leis em geral, sem posição de supremacia ou forma especial que a distinga destas, ela decerto é flexível. Nesse passo, apenas as Constituições rígidas ensejam o fenômeno da inconstitucionalidade das leis, “porque ultrapassam as leis e prevalecem sobre as suas estatuições”<sup>4</sup>.

Enfim, a desconformidade dos atos ou omissões do poder público com a Constituição rígida, ou a sua incompatibilidade vertical, como preferem chamar alguns autores<sup>5</sup>, enseja o reconhecimento científico do fenômeno jurídico da inconstitucionalidade. Mas não é qualquer desconformidade com o texto constitucional que se qualifica como inconstitucional para os efeitos de seu controle abstrato. Primeiro, porque a inconstitucionalidade é exclusiva dos comportamentos do poder público, não se cogitando em falar de inconstitucionalidade de atos dos particulares, ainda que normativos<sup>6</sup>. Segundo, porque o descompasso dos atos do poder público com a Constituição há de ser *direto e imediato*, pois não há falar em “inconstitucionalidade indireta ou mediata”, que nada mais é do que uma ilegalidade, inconfundível com a noção rigorosa e científica de inconstitucionalidade. Admitir-se o contrário levaria a considerar que todas as questões de invalidade normativa seriam questões constitucionais, o que é inconcebível.

Por isso mesmo, Marcelo Figueiredo, após reconhecer que o problema da inconstitucionalidade das leis circunscreve-se às relações intrassistemáticas entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais, afirma que “só as relações *imediatas* entre normas constitucionais e normas legais (*lato sensu*) são levadas em conta nesta abordagem”<sup>7</sup>. Nessa perspectiva conceitual, pode-se dizer que

<sup>4</sup> *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 37.

<sup>5</sup> José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 49. Para esse autor, a incompatibilidade vertical de normas inferiores com a Constituição é o que, tecnicamente, se chama *inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público*.

<sup>6</sup> Essa afirmação comporta temperamentos. Com efeito, em face do reconhecimento da eficácia *horizontal* dos direitos fundamentais, é possível falar em inconstitucionalidade por violação a direito fundamental decorrente de ato particular.

<sup>7</sup> *Teoria da Inconstitucionalidade das leis*, p. 72.

só há inconstitucionalidade quando houver uma relação *imediate* de incompatibilidade vertical entre um ato e as normas constitucionais. Isso significa que, se um ato do poder público estiver em desconformidade com a lei, ele é ilegal, ainda que mediatemente viole a Constituição; se estiver em desconformidade imediata com a Constituição, ele é inconstitucional.

Essa distinção não só é importante sob o ponto de vista do rigor terminológico e científico, como para se delimitar o campo de incidência do controle concentrado de constitucionalidade e do exercício da jurisdição constitucional abstrata pelo Supremo Tribunal Federal.

A ideia de inconstitucionalidade, portanto, decorre do princípio da hierarquia das normas jurídicas, em vista do qual as normas inferiores haurem seu fundamento de validade nas normas superiores. Como na ordem jurídica interna a Constituição é a norma jurídica suprema, a matriz de todas as outras manifestações normativas do Estado, qualquer norma que a venha diretamente contrariar é tida como inconstitucional, expondo-se à invalidação. Mas é relevante esclarecer que só haverá inconstitucionalidade quando houver conflito com alguma norma específica da Constituição, “embora se considere, para esse fim, não apenas a letra do texto, mas, também, ou mesmo preponderantemente, o ‘espírito’ do dispositivo invocado”.<sup>8</sup> Assim, em relação a preceito expresso da Constituição, não se deve atender, apenas, ou prevalentemente, à letra do texto, mas procurar o sentido, o espírito e o real significado e alcance da norma. Desse modo, se “a lei ordinária é incompatível com a *mens legis* de alguma prescrição do Estatuto Político, a inconstitucionalidade é irrecusável”. Porém, quando a incompatibilidade ocorre com o ‘espírito’ que anima a Constituição, sem que se possa apontar nenhuma norma constitucional violada pela lei impugnada, a questão é assaz duvidosa, máxime diante de uma Constituição eclética<sup>9</sup>, de que é exemplo a Constituição brasileira. No mesmo sentido apontam as lições de Meirelles Teixeira, segundo o qual a “alegação de inconstitucionalidade deve, portanto, fundar-se na violação de determinado preceito ou princípio, *expresso* ou *implícito* da Constituição, não no seu espírito, como um todo”.<sup>10</sup>

A inconstitucionalidade, porém, não mais se cifra aos atos comissivos do poder, pois a exigência da conformidade das situações jurídicas com os ditames constitucionais, como decorrência natural da supremacia constitucional, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige-se mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional, apurável pela

<sup>8</sup> C. A. Lúcio Bittencourt, *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*, p. 55.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 380.

via do controle de inconstitucionalidade por omissão<sup>11</sup>. Assim, há transgressão da Constituição tanto quando se faz o que ela proíbe, como quando se deixa de fazer o que ela impõe. Isso conduz à reflexão de que o princípio da constitucionalidade ou conformidade com a Constituição transporta duas dimensões – o princípio da constitucionalidade positiva e o princípio da constitucionalidade negativa – o que pressupõe a existência de limites negativos e de diretivas positivas aos órgãos de direção política<sup>12</sup>.

Pode-se até entender que, no constitucionalismo liberal, a omissão dos poderes públicos era a melhor garantia de respeito à esfera individual do cidadão. Todavia, essa concepção perde totalmente o sentido quando o Estado, já sob as vestes do Estado do Bem-Estar Social, assume, jurídica e politicamente, a responsabilidade de assegurar um grau ótimo na realização das necessidades sociais, de tal modo que a intervenção dos poderes públicos representa, nesse novo paradigma de Estado, uma condição indispensável à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais ou de segunda dimensão, contra os quais a omissão dos poderes apresenta-se como uma das mais odiosas formas de violação da supremacia da Constituição.

A inconstitucionalidade, ou seja, a desconformidade direta e imediata do comportamento estatal com a Constituição, ainda pode apresentar-se sob diferentes **tipos**, a saber: a) *inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material*; b) *inconstitucionalidade total e parcial*; c) *inconstitucionalidade originária e superveniente*; d) *inconstitucionalidade antecedente* (ou imediata) e *consequente* (ou derivada); e e) *inconstitucionalidade progressiva*.

A inconstitucionalidade **formal** compreende a inconstitucionalidade orgânica e a inconstitucionalidade formal propriamente dita. A inconstitucionalidade orgânica decorre do vício de incompetência do órgão de onde provém o ato normativo (ex.: Diz a Constituição, no art. 93, que o Estatuto da Magistratura é de iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Se algum Deputado ou Senador, ou o Presidente da República, ou mesmo um outro Tribunal apresentar um projeto de lei complementar para aquele fim, este, ainda que regularmente aprovado, sancionado, promulgado e publicado, é inconstitucional, por vício de iniciativa, em face da incompetência do órgão). Tão drástica é essa inconstitucionalidade, que o STF tem entendido que a sanção a projeto de lei com vício de iniciativa não tem o condão de saná-lo<sup>13</sup>.

A inconstitucionalidade formal (propriamente dita) decorre da inobservância do procedimento legislativo fixado na Constituição (ex.: Uma lei

<sup>11</sup> José Afonso da Silva, op. cit., p. 48.

<sup>12</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, op. cit., p. 479.

<sup>13</sup> Adin 103-RO, Rel. Min. Sidney Sanches, DJU de 15.12.95; Adin 873-1-RS, Rel. Min. Maurício Correia, DJU de 22.08.97, entre outros.

complementar aprovada com o *quorum* de maioria simples, quando a Constituição exige, no art. 69, a maioria absoluta).

A inconstitucionalidade **material** refere-se ao conteúdo do ato normativo. É materialmente inconstitucional todo ato normativo que não se ajusta ao conteúdo dos princípios e regras da Constituição. Todas as normas da Constituição, por serem imperativas, servem de paradigma material para o controle da constitucionalidade dos atos normativos, sejam elas expressas ou implícitas, desde que determinadas.

A inconstitucionalidade é **total** quando o vício contamina todo o ato normativo. É **parcial** quando a mácula atinge o ato apenas em parte, podendo ser um artigo, um parágrafo, um inciso ou uma alínea do texto legal, ou mesmo uma expressão de qualquer um destes, não incidindo, aqui, a vedação do § 2º<sup>14</sup> do art. 66 da Constituição Federal de 1988.

Em regra, a inconstitucionalidade formal ataca todo o ato. Assim, se um determinado ato foi editado por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou com violação ao seu procedimento de elaboração (inconstitucionalidade formal propriamente dita), ele é, em princípio, totalmente inconstitucional.

Mas, como adverte Clèmerson Merlin Clève<sup>15</sup>, há situações em que a não observância da norma constitucional que fixa procedimento ou competência dá lugar a uma inconstitucionalidade apenas parcial. Isso se verifica, por exemplo, quando uma lei ordinária, disciplinando matéria própria desse tipo de lei, dispõe, por meio de um de seus artigos, de matéria reservada à lei complementar. Nessa hipótese, haverá a inconstitucionalidade formal apenas deste artigo usurpador da reserva constitucional. Nesse sentido, como esclarece Jorge Miranda, não é apenas a inconstitucionalidade material que pode ser total ou parcial. Também a inconstitucionalidade formal pode sê-lo, pois se “é certo que estas afectam o acto em si, não menos seguro é que, afectando-o, vão projectar-se no seu resultado, designadamente na norma que seja seu conteúdo”.<sup>16</sup> Como exemplo, o autor lembra que há inconstitucionalidade orgânica parcial quando um ato provém de um órgão que não poderia editar algumas das normas nele contidas.

Ainda de referência à inconstitucionalidade parcial, tem admitido a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a existência de situações em que a inconstitucionalidade parcial implica na nulidade total do ato. E isso ocorre quando: 1) em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conformes à Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo, ou 2) quando a norma

<sup>14</sup> “O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 49.

<sup>16</sup> *Manual de Direito Constitucional*, T. II, p. 340.

inconstitucional fizer parte de uma regulamentação global à qual emprestava sentido e justificação<sup>17</sup>.

É **originária** a inconstitucionalidade quando ela surge com o simples nascimento do ato, comprometendo-se desde a origem. Ou seja, quando o ato já nasce inconstitucional, por violar a norma constitucional em vigor.

É **superveniente** quando se manifesta posteriormente em face de uma alteração constitucional, de uma renovada interpretação da Constituição ou, ainda, em virtude de mudança nas circunstâncias fáticas<sup>18</sup>. Ou seja, o ato nasce constitucional à luz do texto constitucional em vigor, porém vem a padecer, em momento posterior, de inconstitucionalidade em razão de não ter sido recepcionado pela nova Constituição ou em face de emenda à Constituição já existente. Nesse particular, é importante tecer algumas considerações, para distinguir entre inconstitucionalidade formal superveniente e inconstitucionalidade material superveniente. Haverá a primeira, quando o ato normativo anterior seguiu um procedimento diverso (na época previsto como o correto) ou foi editado por um órgão distinto (na época o competente para a edição do ato) em face da novel norma constitucional. Haverá a segunda, quando o ato anterior (materialmente conforme à Constituição da época) não se compatibiliza com o novo conteúdo da norma constitucional.

Não se tem admitido, em princípio, a inconstitucionalidade formal superveniente. Ou seja, aceita-se a norma anterior que, inobstante formalmente em contradição com a nova norma constitucional, com esta se compatibiliza materialmente, a dizer, não haverá a chamada inconstitucionalidade formal superveniente (ex.: O CTN, não obstante editado na ordenação constitucional anterior como lei ordinária, é considerado pela Constituição vigente como lei complementar; o Código Penal, que era um decreto-lei, foi recebido como lei ordinária, etc.).

Em sentido inverso, o ato normativo anterior incompatível materialmente com a nova norma constitucional será automaticamente atingido pela inconstitucionalidade material superveniente. No caso do direito brasileiro, isso se resolve pela consequência prática da revogação tácita, não se falando, na hipótese, de controle abstrato da constitucionalidade daquele ato<sup>19</sup>. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a alteração da norma constitucional, decorrente de reforma constitucional ou de promulgação de nova Carta, implicará, não a inconstitucionalidade superveniente da lei (material ou formal), mas sim a sua revogação. Esse entendimento do Supremo, todavia, está fadado à superação,

<sup>17</sup> Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 49/50.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>19</sup> Contudo, com o advento da Lei nº 9.882/99 (art. 1º, parágrafo único), é possível, na hipótese, o controle concentrado de constitucionalidade por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

pelo menos no que diz respeito à arguição de descumprimento de preceito fundamental, em face do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/99.

A inconstitucionalidade **antecedente** ou **imediate** decorre da direta e imediata violação de uma norma constitucional.

Já a **consequente** ou derivada decorre de um efeito reflexo da inconstitucionalidade imediata. Vale dizer, é a que atinge certo ato por atingir outro ato de que ele depende. Cuida-se, na hipótese, da chamada inconstitucionalidade **por arrastamento** ou **por atração**<sup>20</sup>. Assim, como explica Clèmerson Merlin Clève, será inconstitucional a norma dependente de outra norma declarada inconstitucional e pertencente ao mesmo diploma legislativo. Haverá, igualmente, a inconstitucionalidade consequente quando houver uma norma que encontra o seu fundamento de validade em outra norma ou mantém relação de dependência com um terceiro ato já declarado inconstitucional. “É a situação, por exemplo, do regulamento em relação à lei; da lei em relação à medida provisória (no caso de conversão) ou da lei delegada em relação à lei de autorização (resolução do Congresso Nacional)”<sup>21</sup>

A inconstitucionalidade **progressiva** ocorre quando uma lei ou norma, ainda constitucional, transita progressivamente para o terreno da inconstitucionalidade, em razão da superveniente modificação de determinado estado fático ou jurídico. Vale como exemplo o que restou configurado acerca do art. 68 do CPP<sup>22</sup> diante dos artigos 127 e 134 da Constituição Federal de 1988. Entendeu o STF no sentido de que, enquanto o Estado de São Paulo não instituir e organizar a Defensoria Pública local, tal como previsto na Constituição da República (art. 134), subsistirá, íntegra, na condição de *norma ainda constitucional* – que configura um transitório estágio intermediário, situado “entre os estados de plena constitucionalidade e de absoluta inconstitucionalidade” –, a regra inscrita no art. 68 do CPP, mesmo que sujeita, em face de modificações supervenientes das circunstâncias de fato, a um processo de progressiva inconstitucionalização. Conferir o julgamento do RE 147.776-SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, realizado pela Colenda Primeira Turma do STF (RTJ 175/309-310):

<sup>20</sup> Na Questão de Ordem suscitada na ADI 2982, o STF decidiu, acolhendo a **inconstitucionalidade por arrastamento**, pela extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial da Ação Direta. Ver também: “Não obstante de constitucionalidade duvidosa a primeira parte do mencionado artigo 74, ocorre, no caso, a impossibilidade de sua apreciação, em obséquio ao ‘princípio do pedido’ e por não ocorrer, na hipótese, o fenômeno da inconstitucionalidade por ‘arrastamento’ ou ‘atração’, já que o citado dispositivo legal não é dependente da norma declarada inconstitucional.” (ADI 2.895, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20/05/05).

<sup>21</sup> Op. cit., p. 56.

<sup>22</sup> “Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 4) será promovida, a eu requerimento, pelo Ministério Público.”

“Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa, entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc*, faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado – se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C.Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.”

Examinados o conceito e os tipos de inconstitucionalidades, concentrem-nos, doravante, na identificação, no direito brasileiro, das ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade.

### 3. A PROVOCAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO-PRINCIPAL DE CONSTITUCIONALIDADE: AS AÇÕES DIRETAS

Em face de sua nova configuração constitucional, o controle concentrado de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pode ser provocado, pela via principal, por meio das seguintes **Ações Diretas**: (a) a *ação direta de inconstitucionalidade por ação* (**ADI por ação** ou apenas **ADI**); (b) a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (**ADI por omissão** ou apenas **ADO**); (c) a *ação direta de inconstitucionalidade interventiva* (**ADI interventiva** ou **Representação Interventiva**); (d) a *ação declaratória de constitucionalidade* (**ADC**) e (e) a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (**ADPF**).

A Constituição de 1988, outrossim, autorizou os Estados instituírem um sistema de controle concentrado de constitucionalidade de suas leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face de suas Constituições Estaduais, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, tanto por ação como por

omissão, de competência exclusiva dos Tribunais de Justiça, vedando apenas a legitimidade para agir a um único órgão (art. 125, § 2º). Ademais, ficou franqueada aos Estados a criação da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, também de competência exclusiva dos Tribunais de Justiça, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual (art. 35, IV, primeira parte).

O controle concentrado-principal de constitucionalidade distingue-se fundamentalmente do controle difuso-incidental. Diz-se *concentrado*, porque só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, e não por qualquer outro órgão do Poder Judiciário. Chama-se *principal*, porque só pode ser provocação mediante a propositura de ações especiais e diretas que veiculam as questões constitucionais como o próprio objeto ou pedido principal da demanda, e não como simples fundamento ou causa de pedir de alguma pretensão. No controle concentrado-principal de constitucionalidade, as partes legitimadas propõem ao órgão judiciário competente (Supremo Tribunal Federal ou aos Tribunais de Justiça, a depender da hipótese) uma fiscalização *abstrata* ou *em tese* da validade das leis ou atos normativos do poder público em confronto com o texto constitucional.

Não há, aqui, o desígnio voltado à resolução de alguma controvérsia ou litígio travado entre partes definidas em um caso concreto. Há, tão somente, a **defesa objetiva da Constituição**, pelo exame da compatibilidade vertical entre uma lei ou um ato normativo do poder público e a norma fundamental. No Brasil, esse controle é exclusivamente sucessivo<sup>23</sup>.

As ações especiais que suscitam o controle concentrado-principal de constitucionalidade têm natureza de **ação objetiva**, que instauram um **processo objetivo**<sup>24</sup>, por meio do qual será dirimida uma questão constitucional. Não se compõe, por

<sup>23</sup> Embora o Supremo Tribunal Federal entenda incabível o controle abstrato preventivo, já deixamos registrado o nosso entendimento, com supedâneo na melhor doutrina, favorável à sua possibilidade.

<sup>24</sup> Na ADC n. 1-1/DF, o Relator, Min. Moreira Alves, assim asseverou: “Esta Corte já firmou o entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como *processo objetivo*, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados” (In: *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Coords. Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196). Vide J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 835: “O controle abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a ‘defesa da constituição’ e da ‘legalidade democrática’ através da eliminação de actos normativos contrários à constituição”.

meio delas, qualquer conflito de interesse, mas apenas conflito entre normas. Em razão de sua natureza objetiva, no processo de controle concentrado-principal de constitucionalidade das normas não há partes, não há contenda, não há disputa ou tutela de direitos subjetivos, enfim, não há pretensão resistida. Há, tão somente, já sublinhamos, a defesa objetiva da supremacia da Constituição, de interesse de toda a coletividade. Por isso mesmo, uma vez proposta a ação direta, não se admitirá desistência<sup>25</sup>. Descabe, inclusive, a arguição de suspeição<sup>26</sup>, não se permitindo, outrossim, intervenção de terceiros<sup>27</sup>, por qualquer

<sup>25</sup> Lei nº 9.868/99, art. 5º: “Proposta a ação direta, não se admitirá desistência”. Antes mesmo dessa lei, o Supremo já havia assentado que “dado o caráter objetivo de processo relativo à ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que o requerente não pode desistir da ação proposta; a causa *petendi* não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, mas abarca todas as normas que integram a Constituição Federal; pode-se prescindir das informações dos Poderes ou órgãos de que emanou o ato normativo impugnado; não se admite a assistência; não é cabível ação rescisória” (ADC n. 1-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves. In: *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Coords. Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197).

<sup>26</sup> ADI 2.321-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/06/05: “Fiscalização normativa abstrata – processo de caráter objetivo – inaplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição – consequente possibilidade de participação de Ministro do Supremo Tribunal Federal (que atuou no TSE) no julgamento de ação direta ajuizada em face de ato emanado daquela alta corte eleitoral. O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo, não está impedido de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a constitucionalidade, *in abstracto*, de atos ou de resoluções emanados daquela Egrégia Corte judiciária. Também não incidem nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, em consequência, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, em tese, não de uma situação concreta, mas da validade jurídico-constitucional, a ser apreciada em abstrato, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público.” Vide, também, AdinMca 1354-8, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07.02.96. Todavia, no que tange à arguição de impedimento, esta é possível se o magistrado houver atuado no processo como requerente, requerido, Advogado-Geral da União ou Procurador-Geral da República (RTJ 146:3 e 147:719). Assim, vide ADI 4, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25/06/93: “Ministro que oficiou nos autos do processo da ADIN, como Procurador-Geral da República, emitindo parecer sobre medida cautelar, está impedido de participar, como membro da Corte, do julgamento final da ação.”

<sup>27</sup> Lei nº 9.868/99, art. 7º: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”. O STF já vinha decidindo nesse sentido (conferir: ADIN 1254-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 14.08.96, DJU de 19.09.97). Porém, no § 2º desse artigo,

de suas modalidades<sup>28</sup>. Ressalte-se, porém, que é possível a assistência entre os próprios legitimados ativos, com exceção daquele legitimado que, eventualmente, esteja figurando, no processo concreto, como parte ré<sup>29</sup>. E, finalmente, não comporta ação rescisória<sup>30</sup>.

É importante também enfatizar, que nas ações objetivas do controle concentrado-principal, o órgão judiciário competente, apesar de encontrar-se condicionado pelo pedido<sup>31</sup>, não fica preso ou limitado à causa de pedir apontada pelos legitimados. De fato, no controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos do poder público, o pedido delimita o objeto da ação, de modo que o Supremo Tribunal Federal (ou os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, se se tratar de controle das leis ou atos municipais ou estaduais em face da Constituição Estadual) só pode apreciar os atos normativos questionados. Mas, por outro lado, o órgão judiciário competente é livre para examinar as normas constitucionais que hão de servir de parâmetro da fiscalização da constitucionalidade, não estando, portanto, condicionado pelos fundamentos do pedido, deduzidos pelo requerente, tendo em vista que a causa de pedir, nas ações diretas, é *aberta*<sup>32</sup>.

Assim, não está a Suprema Corte adstrita à fundamentação jurídica invocada na ação direta, cabendo-lhe, pois, examinar a constitucionalidade das

---

dispõe a lei que: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

<sup>28</sup> O STF já vinha decidindo que o “instituto da oposição (CPC, arts. 56/61), por restringir-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos, não se estende e nem se aplica ao processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade” (ADIN 1350, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 27.06.95).

<sup>29</sup> Conferir, a propósito, a ADIN 807-2 (QO), Rel. Min. Celso de Mello, j. em 27.05.93, DJU de 11.06.93.

<sup>30</sup> Lei nº 9.868/99, art. 26: “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

<sup>31</sup> Cuida-se do princípio do pedido. Ver Juliano Taveira Bernrades, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*, p. 402.

<sup>32</sup> ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/03/01: “O Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime à parte o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de não-conhecimento da ação direta, indicar as normas de referência – que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade – em ordem a viabilizar a aferição da conformidade vertical dos atos normativos infraconstitucionais”.

normas atacadas em face de toda a Constituição Federal. Isso quer dizer que, embora cumpra ao proponente da ação direta proceder à abordagem específica (logo, não poderá fazê-lo de forma genérica), sob o ângulo da causa de pedir, das normas constitucionais violadas, o certo é que, na linha da jurisprudência pacífica do STF<sup>33</sup>, nas ações diretas, cujo processo é objetivo, a *causa petendi* pode ser desconsiderada e substituída por outra, por iniciativa do próprio Tribunal.

Para além disso, ainda em face da natureza objetiva do processo abstrato de controle da constitucionalidade dos atos normativos, as ações diretas têm natureza dúplice. Isso significa que, julgando improcedente o pedido e sendo, por conseguinte, rejeitada a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade invocada, o Supremo Tribunal Federal deverá declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato normativo questionado<sup>34</sup>.

Enfim, cada uma das ações diretas desempenha uma função importante no contexto da defesa objetiva da Constituição. Num panorama geral, e relativamente à **ADI** e à **ADC**, cumpre esclarecer que, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por ação busca-se *eliminar* do sistema uma lei ou ato normativo em contraste com a Constituição, com a pronúncia de sua inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, por outro lado, procura-se a *preservação* de uma lei ou ato normativo federal, cuja inconstitucionalidade está sendo suscitada na via difusa, com a declaração de sua constitucionalidade.

Já no que toca à **ADI** e à **ADO**, a diferença reside no fato de a primeira destinar-se a *suprimir* (invalidar) a norma lesiva a Constituição e a segunda a *suprir* a omissão ou ausência da norma ou de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional.

Ademais, a **ADI interventiva** (representação interventiva) distingue-se da **ADI genérica** (ADI e ADO), em razão da primeira preordenar-se a sancionar politicamente o Estado (ou Distrito Federal), com a intervenção federal e a consequente supressão de sua autonomia política, pela não observância dos chamados princípios constitucionais sensíveis.

Por fim, a novel **ADPF** não se confunde com as demais ações diretas, por ostentar, relativamente a estas, um carácter subsidiário, além de se limitar à defesa das normas constitucionais que se qualificam como preceitos fundamentais.

Não obstante as distintas funções que desempenham no sistema jurídico, as ações diretas podem ser substituídas umas pelas outras, caso sejam atendidos

<sup>33</sup> AdinMca 1358-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 26.04.1996; AdinMca 1606-SC, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 31.10.1997.

<sup>34</sup> A Lei nº 9.868/99, art. 24, assim dispõe: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

todos os requisitos de admissibilidade da ação correta. Por essa razão, o **princípio da fungibilidade** se aplica entre as ações do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, caso não seja cabível a ADI proposta, é possível sua conversão em ADPF, com base no princípio da fungibilidade, caso estejam presentes todos os requisitos de admissibilidade desta ação, e vice-versa. Ademais, também é possível a fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação (ADI) e por omissão (ADO)<sup>35</sup>.

O STF passou a admitir a cumulação de pedidos típicos de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) em uma única demanda de controle concentrado (ADI 5.316, Rel. Min. Luiz Fux<sup>36</sup>).

#### 4. A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – A INTERVENÇÃO DO PARTICULAR, DO COLEGITIMADO E DO “AMICUS CURIAE” NA ADI, ADC E ADPF

Durante muito tempo se questionou acerca da possibilidade da intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a natureza *objetiva* desse tipo de processo, dada a circunstância de que nele não se discute interesses ou direitos subjetivos e, em consequência, não há partes em litígio nem caso concreto a acertar, fixou seu entendimento no sentido de que não é aceitável a aludida intervenção.

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF, acolhendo a posição da Suprema Corte, positivou no art. 7º (para a ADI) e no art. 18 (para a ADC) regra

<sup>35</sup> ADI 875, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe-076 Public 30/04/2010.

<sup>36</sup> “A Corte, inicialmente, **assentou a regularidade processual na cumulação de pedidos típicos de ADI e ADC em uma única demanda de controle concentrado**, o que se daria na espécie, vencido o Ministro Marco Aurélio. Asseverou que **a cumulação de ações seria não só compatível como também adequada à promoção dos fins a que destinado o processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, destinado à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional**, reiterado o que decidido na ADI 1.434 MC/SP (DJU de 22.11.1996). Além disso, **a cumulação objetiva de demandas consubstanciaria categoria própria à teoria geral do processo**. Como instrumento, o processo existiria para viabilizar finalidades materiais que lhes seriam externas. A cumulação objetiva apenas fortaleceria essa aptidão na medida em que permitiria o enfrentamento judicial coerente, célere e eficiente de questões minimamente relacionadas entre elas. Não seria legítimo que o processo de controle abstrato fosse diferente. Outrossim, **rejeitar a possibilidade de cumulação de ações além de carecer de fundamento expresso na Lei 9.868/1999 apenas ensejaria a propositura de nova demanda com pedido e fundamentação idênticos, a ser distribuída por prevenção, como ocorreria em hipóteses de ajuizamento de ADI e ADC em face de um mesmo diploma**. Ademais, os pedidos articulados na inicial não seriam incompatíveis jurídica ou logicamente, sendo provenientes de origem comum” (ADI 5316/MC, Informativo n. 786).