

Bernardo Gonçalves Fernandes

Curso de
**DIREITO
CONSTITUCIONAL**

**16^a
Edição**

—
revista
atualizada
ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Poder Judiciário

Sumário: 1. Funções do Poder Judiciário – 2. Órgãos do Poder Judiciário: Introdução: 2.1. Análise do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – 3. Garantias: 3.1. Garantias Institucionais: 3.2. Garantias dos membros: 3.2.1. A vitaliciedade: 3.2.2. Inamovibilidade: 3.2.3. A irredutibilidade dos subsídios – 4. Observações importantes sobre o Poder Judiciário – 5. Estrutura e composição dos órgãos do Poder Judiciário: 5.1. Supremo Tribunal Federal: 5.2. Uma pequena Reflexão Crítica: *quis custodiet ipsos custodes?*: 5.3. Súmulas Vinculantes: 5.4. A Teoria dos Precedentes no novo CPC de 2015: 5.4.1. Introdução: 5.4.2. Conceito: 5.4.3. Fundamentos do Respeito aos Precedentes: Segurança Jurídica: 5.4.4. Eficácia Jurídica e Efeitos dos Precedentes: 5.4.5. Deveres Gerais dos Tribunais relacionados aos precedentes: 5.4.5.1. Algumas Reflexões Críticas: 5.4.6. A dinâmica da aplicação dos precedentes: 5.4.6.1. Técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente: *distinguishing*: 5.4.6.2. *Overruling*: 5.4.7. Algumas considerações críticas quanto à teoria dos precedentes no novo CPC/2015: 5.5. Superior Tribunal de Justiça: 5.6. Tribunal Superior do Trabalho e a Justiça do Trabalho: 5.7. Tribunal Superior Eleitoral e a Justiça Eleitoral: 5.8. Superior Tribunal Militar e a Justiça Militar: 5.9. Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais e Tribunais de Justiça e Juizes de Direito: 5.10. Considerações Finais sobre o Poder Judiciário: 5.10.1. Justiça de Paz: 5.10.2. Quinto Constitucional: 5.10.3. Juizados Especiais – 6. Precatórios: 6.1. Emenda Constitucional nº 62/2009 e o entendimento do STF: 6.2. Emenda Constitucional nº 94/2016, Emenda Constitucional nº 99/2017, Emenda Constitucional nº 109/2021, Emenda Constitucional nº 113/2021 e Emenda Constitucional nº 114/2021: 6.3. A questão da incidência dos juros de mora nos precatórios: 6.4. A questão da constitucionalidade do art. 86 do ADCT inserido pela Emenda Constitucional nº 37/2002.

1. FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

No que tange ao Poder Judiciário, também, temos o exercício de funções típicas e atípicas. Sem dúvida, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional (prestação jurisdicional), que se traduz justamente na interpretação e aplicação das normas para a resolução de casos concretos solvendo lides com caráter de definitividade e, com isso, realizando a pacificação social.

Certo é que podemos desenvolver essa assertiva clássica da chamada escola paulista de processo e muito usual na doutrina pátria, a partir de outro marco teórico processual. Embora minoritário, para os teóricos do processo como um procedimento realizado em contraditório (de vertente Fazzalariana), adeptos da escola mineira de processo, a função jurisdicional visa, sobretudo, a solver conflitos visando a um provimento final dotado de legitimidade através da simétrica paridade entre os participantes do evento processual, desenvolvendo-se, com isso, um processo discursivamente alinhado ao Estado Democrático de Direito.

As funções atípicas do Poder Judiciário são explicitadas por dicção constitucional. Sem dúvida, estas são aquelas que seriam, em tese, típicas do Poder Executivo e Poder Legislativo, mas, será o Poder

Judiciário que irá realizá-las, à luz de dispositivos constitucionais.

Nesses termos, o Judiciário irá exercer de forma atípica função administrativa, exemplificativamente, nos termos do **art. 96, I, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, da CR/88**. Assim sendo, compete privativamente aos Tribunais: b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correcional respectiva;¹ c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciais; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no artigo 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; e f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

1. É constitucional resolução de Tribunal de Justiça estadual que altera o horário de expediente forense, pois se trata de matéria abrangida pelo autogoverno dos tribunais. Contudo, esse ato normativo não pode modificar a jornada de trabalho dos servidores do Poder Judiciário local, porque o assunto diz respeito ao regime jurídico destes, cuja iniciativa é privativa do chefe do Poder Executivo. STF. Plenário. **ADI 4450/MS**, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em **30.10.2023** (Inf. 1114).

O Poder Judiciário também exerce de forma atípica função legislativa. Assim sendo, conforme o art. 96, I, “a”, da CR/88,² compete privativamente aos Tribunais a elaboração dos seus respectivos regimentos internos com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

2. ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO: INTRODUÇÃO

Conforme disposição constitucional presente no art. 92 da CR/88, são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça (Emenda Constitucional nº 45, de 2004); o Superior Tribunal de Justiça; o Tribunal Superior do Trabalho (Emenda Constitucional nº 92, de 2016); os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;³ os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Aqui, algumas considerações são importantes à luz da Constituição. São elas:

a) O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal;

b) O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. Nesse sentido, são intitulados pela doutrina de **órgãos** (ou centros) **de convergência**. Nesses termos, nos moldes estabelecidos por **Cândido Rangel Dinamarco**, “cada uma das justiças especiais da União (Trabalhista, Eleitoral e Militar), acrescenta-se, tem por cúpula seu próprio Tribunal Superior, que é o responsável pela última decisão nas causas de competência dessa justiça – ressalvado o controle de constitucionalidade, que sempre cabe ao Supremo Tribunal Federal. Quanto as causas processadas na Justiça Federal ou nas locais, em matéria infraconstitucional a convergência conduz ao Superior Tribunal de Justiça, que é um dos Tribunais Superiores da União embora não integre Justiça alguma, em

matéria constitucional, convergem diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Todos os Tribunais Superiores convergem unicamente ao Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo da justiça brasileira e responsável final pelo controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos e decisões judiciais”;⁴

2.1. Análise do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

O Conselho Nacional de Justiça, apesar de estar incluído no texto constitucional como órgão do Poder Judiciário **não** é dotado de **função jurisdicional**.⁵

4. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 368. LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, p. 527. Este também explicita o que boa parte dos processualistas chamam de órgãos de superposição. Para eles, dentre os **órgãos de convergência**, existiriam os de **superposição**, que seriam o STF e o STJ. Nesse sentido a argumentação, para conhecimento, é a seguinte: “[...] podemos classificar o STF e o STJ (Tribunais da União) não só como órgãos de convergência, conforme já visto, mas também, como **órgãos de superposição**. Isso porque, embora não pertençam a qualquer justiça, as suas decisões se sobrepõem às decisões proferidas pelos órgãos inferiores das Justiças comum e especial. As decisões do STJ se sobrepõem àquelas da Justiça Federal comum, da Estadual e daquela do Distrito Federal e Territórios, ao passo que as decisões do STF se sobrepõem a todas as Justiças e Tribunais.”

5. Nos termos do **Informativo 605 do STF**: “O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, sob pena de atuação *ultra vires*, **não pode interferir em atos de conteúdo jurisdicional, emanados de quaisquer magistrados ou de Tribunais da República**. Com base nesse entendimento, o Plenário **desproveu agravos regimentais em que se pretendia a desconstituição de decisões liminares, proferidas pelo Min. Celso de Mello, em mandados de segurança dos quais relator**. As decisões impugnadas suspenderam a eficácia de deliberações administrativas emanadas do Corregedor Nacional de Justiça, cujo dispositivo declarara ineficazes julgamentos de tribunal de justiça concessivos de mandados de segurança impetrados perante a referida Corte. (...) No mérito, reputou-se que, embora o CNJ esteja incluído na **estrutura constitucional do Poder Judiciário**, sua natureza **seria meramente administrativa e sua competência teria sido definida, de modo rígido, pela EC 45/2004, que introduzira o art. 103 – B na CF**. Salientou-se que esse artigo, em seu § 4º, II, estabelece que o referido órgão tem o poder de “apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário”. Aduziu-se que as deliberações administrativas, objetos dos casos em apreço, seriam impregnadas de conteúdo jurisdicional e que o Supremo já assentara posicionamento no sentido de não caber àquele órgão nenhuma competência cujo exercício fosse capaz de interferir no desempenho da função típica do Poder Judiciário (ADI 3367/DF, DJU de 25.4.2005). Competir-lhe-ia, porém, dentre outras atribuições, **fiscalizar o exercício dos deveres funcionais por parte do magistrado, e não a atividade jurisdicional dele**. Outros precedentes citados: MS 27148/DF (DJe de 25.5.2010) e MS 28537 MC/DF (DJe de 21.5.2010)”. **MS 28.598 AgR-MC/DF**, Rel. Min. Celso de Mello. **14.10.2010**. No mesmo sentido: **CNJ. Corregedora Nacional de Justiça. Ato que suspende a eficácia de decisão monocrática proferida nos autos de ação cautelar. Inadmissibilidade. Atuação “ultra vires” da senhora corregedora nacional de justiça, porque excedente dos estritos limites que conformam o exercício das atribuições meramente administrativas outorgadas pela constituição da república ao conselho nacional de justiça e aos órgãos e agentes que o integram. Incompetência absoluta do CNJ, não obstante órgão constitucional de controle interno do poder judiciário, para intervir em processos e em decisões de natureza jurisdicional. Impossibilidade constitucional de o CNJ (que se qualifica como órgão de caráter eminentemente administrativo) fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de ato de conteúdo jurisdicional**. Precedentes do supremo tribunal federal. Magistério da doutrina. Medida liminar deferida. MS 33.570/DF julg. 30.04.2015. Rel. Min. Celso de Mello.

2. É bom lembrarmos que no art. 96, I, “a” também temos função administrativa, na parte específica que preleciona competir aos Tribunais a eleição dos seus órgãos diretivos.

3. Aqui é necessário um esclarecimento, não raro olvidado. A Constituição literalmente afirma que os Juízes, por exemplo, Federais, são órgãos do Poder Judiciário. É claro que abstraindo essa perspectiva literal podemos afirmar que, nesses casos, nos quais a Constituição cita literalmente Juízes, estamos sim diante do juízo.

Assim sendo, o CNJ instituído pela Emenda nº 45 de 2004, tem por funções exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como fiscalizar os juízes no cumprimento dos seus deveres funcionais, se apresentando, portanto, como um órgão de caráter eminentemente administrativo (repetimos: sem a função jurisdicional).

A Constituição nos apresenta **um rol exemplificativo** de competências do CNJ. Assim sendo, conforme o art. 103-B, § 4º da CR/88, compete ao CNJ, além de outras atribuições a serem definidas no estatuto da magistratura:

- Zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- Zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário⁶, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei,⁷ sem prejuízo da

6. No **MS 28.141**, julgado em 10.02.2011, temos que:“(…) O Conselho Nacional de Justiça, órgão de natureza administrativa que é, não possui competência para determinar o afastamento de cobrança de emolumento judicial com fundamento na sua inconstitucionalidade, mesmo porque tal ato termina por afastar a aplicação da própria lei tributária. II – A providência a ser adotada, por eventuais interessados em afastá-la, é a propositura de ação direta de inconstitucionalidade com o intuito de por fim a cobrança de tal exação. (…)”. Aqui é de ressaltar que o emolumento referido estava presente na Lei 8.943/2008 do Estado do Mato Grosso que destinava a entidade de classe privada tal contribuição (AMDEP). Com isso, seguindo sua jurisprudência, asseverou o STF que:“(…) Embora o CNJ não pudesse, no caso, afastar a cobrança da contribuição instituída pela Lei 8.943/2008, para a Associação Mato-grossense dos Defensores Públicos – AMDEP, não é possível a concessão da segurança (para a AMDEP), pois restabelecer a citada cobrança seria fazer tabula rasa da jurisprudência desta Corte, que é absolutamente pacífica no sentido de que é vedada a destinação de valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado”. Com isso foi declarada pelo STF a inconstitucionalidade incidental da referida Lei. (MS 28.141, julg. em 10.02.2011, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

7. Conforme o STF no **MS 28.611-MC-AgR**:“(…) O Conselho Nacional de Justiça, embora integrando a estrutura constitucional do Poder Judiciário como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura – excluídos, no entanto, do alcance de referida competência, o próprio STF e seus ministros (**ADI 3.367/DF**) –, qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam, quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus conselheiros ou, ainda, do corregedor nacional de justiça, fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e Tribunais em geral, razão pela qual se mostra arbitrária e destituída de legitimidade jurídico-constitucional a deliberação do corregedor nacional de justiça que, agindo ultra vires, paralise a eficácia de decisão que tenha concedido mandado de segurança. (…)” (**MS 28.611-MC-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 14.10.2010, Plenário **No mesmo sentido: MS 28.598-MC-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em

competência do Tribunal de Contas da União;

- Receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário,⁸ inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;
- Representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
- Rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano⁹;
- Elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- Elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

14-10-2010, Plenário; **MS 27.148-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 11-5-2011, Plenário, *DJE* de 25-5-2011.

8. Conforme ditame constitucional, presente no art. 103-B § 7º, a União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

9. Conforme decisão do STF no **MS 27.767-AgR**:“(…)O pedido de revisão disciplinar para o CNJ deve ser feito até um ano após o julgamento do processo disciplinar pelo respectivo Tribunal, nos termos do art. 103-B, § 4º, V, da Constituição. Dessa forma, esgotado tal prazo só restará ao interessado socorrer-se da via judicial para discutir a punição que lhe foi aplicada. (…)” (**MS 27.767-AgR**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. em 23.03.2011, Plenário do STF). E conforme o **MS 33565**: O CNJ pode proceder à revisão disciplinar de juízes e membros de tribunais desde que observado o requisito temporal: processos disciplinares julgados há menos de um ano. Essa medida pode ser instaurada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado e admite que o CNJ agrave ou abra de uma decisão disciplinar revista (art. 103-B, § 4º, V, da CF/88). 1ª Turma do STF. **MS 33565/DF**, Rel. Min. Rosa Weber, julg. em 14.06.2016.

Sobre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, bem como sua composição, é necessário termos algumas considerações:

1) Devemos salientar que, não obstante a crítica de boa parte da doutrina nacional, o STF deixou consignado a competência do CNJ para a edição de ato normativo primário no âmbito das matérias descritas no art. 103-B, § 4º da CR/88 à luz de sua função de controle administrativo e correcional. O *hard case* que permitiu essa possibilidade envolveu a **Resolução nº 7** do CNJ (sobre o nepotismo) que o STF declarou constitucional por maioria de votos na **ADC nº 12**.¹⁰

Outros exemplos interessantes, são a Resolução nº 75/2009 e a Resolução nº 531/2023 que estabeleceram normas destinadas a regulamentar e a uniformizar o procedimento e os critérios relacionados ao concurso de ingresso na carreira da magistratura do Poder Judiciário nacional.¹¹

10. Nos termos da ADC 12/MC julg. em 16.02.2006: "(...) A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da CR, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04." Rel. Min. Ayres Britto. Uma outra Questão interessante que se coloca atualmente (pois ainda pendente de julgamento no STF) e a possibilidade do CNJ regulamentar a gestão de precatórios no âmbito do Poder Judiciário. Certo é que a Resolução 115/2010 do CNJ que se refere a esse tema está sendo objeto da ADI 4465. Nessa, o Ministro Marco Aurélio (que, diga-se, é um dos Ministros que não concorda com a edição de atos normativos primários pelo CNJ) *ad referendum* do pleno concedeu Medida Cautelar entendendo que o CNJ extrapolou sua função administrativa. Nesses termos, manifestou-se pelo referendo da medida acatadora concedida afirmando: "(...) que o CNJ não possuiria poder normativo e que teria extrapolado sua atuação administrativa ao regulamentar texto constitucional relativamente à EC 62/2009, além de adentrar o campo da execução de débito da Fazenda Pública retratada em título judicial. Reputou ainda que o CNJ atropelara mecanismo que já estaria sendo observado nos Estados-membros, ao dispor sobre a obrigatoriedade de depósito, até dezembro de 2010, correspondente ao total da mora atualizada, dividida pelo número de anos necessários à liquidação, revelando passível de ocorrer em 15 anos. Concluiu que implicações referentes à observância da EC 62/2009 não poderiam ser definidas, em tese, pelo mencionado órgão administrativo. Após, pediu vista o Min. Ayres Britto (...)" Nesses termos, aguarda-se o voto vista e os posteriores posicionamentos dos Ministros do STF (aqui ressaltamos apenas que algumas normas da EC nº 62/2009 foram declaradas inconstitucionais pelo STF, conforme veremos na obra).

11. O mais interessante é que a Resolução nº 75/2009 foi aceita de forma tranquila pela doutrina. Até aplaudida. Já a Resolução nº 531/2023

A Resolução nº 75/2009 estabeleceu que o concurso público para ingresso na carreira da magistratura seria regulamentado por esta Resolução.

Já a Resolução nº 531/2023 acrescentou normas a Resolução nº 75/2009, para determinar que a inscrição preliminar nos concursos com edital de abertura publicado a partir da entrada em vigor dela dependerá da apresentação de comprovante de aprovação no Exame Nacional da Magistratura. Nesses termos, foi criado o Exame Nacional da Magistratura.

2) Nesses termos, já decidiu o STF, que o Corregedor Nacional de Justiça pode requisitar dados bancários e fiscais sem prévia autorização judicial.¹²

No caso, o art. 8º, V, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 67/2009) estabeleceu que o Corregedor Nacional de Justiça pode requisitar dados bancários e fiscais sem prévia autorização judicial.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) ajuizaram ADI contra essa norma.

As autoras arguíram a inconstitucionalidade da norma impugnada por violação dos arts. 5º, X e XII, 60, § 4º, III, 68, §1º, I, 93, VIII e X, da Constituição Federal, ao permitir "(a) a quebra de dados sigilosos por autoridade administrativa, (b) sem ordem judicial, (c) em sede de procedimentos administrativos que não são, necessariamente, disciplinares, mas que alcançarão magistrados, e, ainda (d) sem autorização sequer do CNJ". Argumentaram a existência de vício formal, porque caberia apenas à Constituição Federal criar as competências do Corregedor Nacional de Justiça e, ao Estatuto da Magistratura, defini-las.

Para o STF, a norma é constitucional sob o ponto de vista formal considerando que foi editada com respaldo no art. 5º, § 2º, da EC nº 45/2004, que

que trata do mesmo objeto (regulamentação do concurso para ingresso na magistratura) foi alvo de ataques. Ambas disciplinaram regras para o ingresso na magistratura. Ambas são equiparadas (*equivalentes*) a Lei em sentido formal por decisão do STF (ADC nº 12). Certo é que o CNJ pode editar ato normativo primário (no uso de suas atribuições) equiparado a Lei. Questionar isso seria voltarmos ao século 19 (escola de exegese), ou termos que alterar o significado das palavras "*equiparado*" e "*equivalente*" no dicionário.

12. **ADI 4709/DF**, STF. Plenário. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em **27.05.2022** (Informativo 1056).

confere competência ao Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, para disciplinar seu funcionamento e definir as atribuições do Corregedor, enquanto não normatizada a matéria pelo Estatuto da Magistratura.¹³

A Resolução nº 67/2009 (Regimento Interno do CNJ) encontra, portanto, amparo direto na Constituição Federal e equivale à normatização pelo Estatuto da Magistratura, ao menos até que seja editada uma nova LOMAN.

Sob o aspecto material, o art. 8º, V, do Regimento Interno é constitucional, porque representa hipótese de transferência de sigilo justificada diante do papel institucional do CNJ e do Corregedor Nacional de Justiça.¹⁴

A requisição de dados estabelecida pelo Regimento Interno do CNJ, no ponto contestado, é atribuição instrumental do Corregedor, visando ao exercício de suas competências de modo efetivo.

Nesse contexto, a previsão regimental do CNJ encontra amparo na lógica da probidade patrimonial dos agentes públicos e a legitimidade da requisição por decisão singular do Corregedor, e não do Plenário, encontra justificativa na função constitucional por ele exercida, de fiscalização da integridade funcional do Poder Judiciário, em especial a idoneidade da magistratura nacional, que, por exercer a jurisdição — poder indispensável ao Estado democrático de direito —, lhe é exigida estrita observância dos princípios da Administração Pública e dos deveres funcionais respectivos.

Contudo, para o Pretório Excelso, é preciso assegurar a existência de garantias ao contribuinte, de modo que não há espaço para devassa ou varredura, buscas generalizadas e indiscriminadas na vida das pessoas, com o propósito de encontrar alguma irregularidade.¹⁵

Conforme o STF, o controle interno do Poder Judiciário coaduna-se com os valores republicanos e com a necessidade de manter a idoneidade do exercício do poder que é a jurisdição. Ainda que os sigilos bancário e fiscal tenham estatura constitucional, não há direitos absolutos em atenção a outros valores públicos. Nesse sentido é a jurisprudência do STF no RE 601314 (Tema nº 225 da Repercussão

Geral), ADIs 2386, 2390, 2397 e 2859 e RE 1055941 (Tema nº 990 da Repercussão Geral).

Os dados da vida patrimonial dos agentes públicos, enquanto exercem função pública, não podem ser considerados inacessíveis de forma ampla, havendo uma relativização, conforme se observa pelo art. 13 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), pelo art. 29 da Lei nº 5.010/66 e pela Lei nº 8.730/93.¹⁶

Com isso, decidiu o STF, que a ação conhecida apenas no que concerne à requisição de dados bancários e fiscais às autoridades competentes, e, na parte conhecida, julgado parcialmente procedente o pedido, para, em interpretação conforme a Constituição (art. 5º, X, XII e LIV, CF/88), estabelecer que a requisição dos dados bancários e fiscais imprescindíveis, prevista no art. 8º, V, do Regimento Interno do CNJ, é constitucional desde que decretada: em processo regularmente instaurado para apuração de infração por sujeito determinado; mediante decisão fundamentada; e baseada em indícios concretos da prática do ato.¹⁷

3) Conforme o STF, a competência originária do CNJ para a apuração disciplinar, ao contrário da revisional, não se sujeita ao parâmetro temporal previsto no art. 103-B, § 4º, V da CR/88.

No caso, a 2ª Turma do STF entendeu que não houve a instauração de processo disciplinar pelo órgão do Poder Judiciário (no caso, pelo TSE), considerando que a representação foi sumariamente arquivada pela Corregedoria-Geral.

Assim sendo, a atuação do CNJ no presente caso não foi uma revisão de processo disciplinar. O CNJ atuou de forma originária, instaurando, pela primeira vez, o processo administrativo disciplinar para apurar os fatos.

Portanto, não se aplica o prazo do art. 103-B, § 4º, V, da CF/88, tendo em vista que este deve ficar restrito a hipóteses em que o CNJ revisa um processo administrativo realizado pelas instâncias correicionais inferiores.¹⁸

4) Como vimos no dispositivo normativo, o Conselho Nacional de Justiça pode proceder à revisão disciplinar de juízes e membros de tribunais desde que observado o requisito temporal. Ou seja,

13. ADI 4709/DF, STF, Plenário. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27.05.2022 (Informativo 1056).

14. ADI 4709/DF, STF, Plenário. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27.05.2022 (Informativo 1056).

15. ADI 4709/DF, STF, Plenário. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27.05.2022 (Informativo 1056).

16. ADI 4709/DF, STF, Plenário. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27.05.2022 (Informativo 1056).

17. ADI 4709/DF, STF, Plenário. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27.05.2022 (Informativo 1056).

18. MS 34685 AgR/RR, STF, 2ª Turma. rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 28.11.2017.

processos disciplinares julgados há menos de 1 ano (art. 103-B, § 4º, V, da CR/88).

Aqui temos algumas considerações importantes sobre o tema, que foram explicitadas pela 2ª Turma do STF, no MS 30364/PA (impetrado por membro da magistratura contra punição dada pelo CNJ). Nesses termos:

a) A Constituição da República e o Regimento Interno do CNJ conferem legitimidade universal para propositura da revisão disciplinar, que pode ser instaurada por provocação de terceiros e até mesmo de ofício. Nesses termos, a revisão disciplinar é um instrumento que pode ser utilizado tanto pelo magistrado que não concordou com a decisão como também por qualquer outro interessado, podendo, como dito, ser instaurada até mesmo de ofício pelo CNJ. No caso do citado Mandado de Segurança (MS 30364), a revisão foi provocada pelo Ministério Público.¹⁹

b) As hipóteses de cabimento da revisão estão elencadas no art. 83 do Regimento Interno do CNJ. Nesses termos, art. 83: *A revisão dos processos disciplinares será admitida: I - quando a decisão for contrária a texto expresso da lei, à evidência dos autos ou a ato normativo do CNJ; II - quando a decisão se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a decisão, surgirem fatos novos ou novas provas ou circunstâncias que determinem ou autorizem modificação da decisão proferida pelo órgão de origem.*²⁰

No caso do MS 30364, o pedido de revisão formulado pelo Ministério Público enquadrou-se no inciso I do art. 83, considerando que a conduta praticada pelo membro da magistratura possuía alto grau de reprovabilidade. Nesses termos, para o CNJ, a decisão do TJ de aplicar apenas a censura foi contrária ao texto do art. 44 da LC 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura).²¹

No MS 30364, decidiu o STF em 17.03.2020, que se o Tribunal aplica a pena de censura para um magistrado que praticou conduta grave, essa decisão enseja sim revisão disciplinar por ser contrária ao

texto expresso da lei, segundo o art. 44 da LC 35/79 (LOMAN).²²

c) Nos termos do citado art. 103-B, § 4º, V da CR/88, o CNJ possui um prazo de 1 ano para instaurar o processo de revisão disciplinar. Porém, depois de instaurada a revisão, não existe prazo para que o CNJ julgue o procedimento (não há prazo na Constituição e nem na legislação infraconstitucional).

Por último, outra questão importante, é a de que o prazo estabelecido no art. 103-B, § 4º, V, da CR/88 para o CNJ rever processo disciplinar instaurado contra magistrado, começa a fluir da publicação da decisão do Tribunal no órgão oficial.²³

5) A 1ª Turma do STF, por maioria, denegou mandado de segurança impetrado contra acórdão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que avocou Processo Administrativo Disciplinar (PAD) instaurado contra magistrado perante Tribunal Regional Federal (TRF).

No caso, o magistrado havia ajuizado procedimento de controle administrativo no CNJ, no qual pretendia alterar o resultado do processo administrativo julgado pelo plenário do TRF que lhe aplicou a pena de aposentadoria compulsória com um quórum de maioria simples. No caso, 9 dos 27 integrantes do TRF2 se declararam suspeitos. Com isso, apenas 18 votaram. Dez Desembargadores votaram a favor da aposentadoria e 8 contra. Desse modo, foi atingida a maioria simples (maioria dos votantes), mas não a maioria absoluta do Tribunal. O magistrado condenado ingressou, então, com uma reclamação no CNJ.²⁴

O CNJ reconheceu a irregularidade da proclamação do resultado anulou o julgamento de mérito realizado pelo TRF e avocou o PAD. Considerou a regra constitucional que exige quórum de maioria absoluta do tribunal, contida no art. 93, VIII e X, da CR/88 e o fato de que as manifestações de suspeição realizadas por 1/3 (um terço) da Corte acabaram por prejudicar a vontade da maioria dos desembargadores que se consideraram aptos a julgar o caso.

19. Conforme o Regimento Interno do CNJ: Art. 82. *Poderão ser revisados, de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, os processos disciplinares de juízes e membros de Tribunais julgados há menos de um ano do pedido de revisão.*

20. MS 30364/PA, STF, 2ª Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em **17.03.2020** (Informativo 970).

21. LC 35/79 (LOMAN): Art. 44. *A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.*

22. LC 35/79 (LOMAN): Art. 44. *A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.*

23. MS 26.540, STF, 2ª Turma Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24.06.2014.

24. STF, 1ª Turma. MS 35.100/DF, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 08.05.2018 (Info 901).

O impetrante do MS aduziu que a decisão do CNJ teria violado direito líquido e certo de ter reconhecida a sua absolvição pelo TRF, porque inexistente nulidade no julgamento e qualquer hipótese legal de avocação. A Turma manteve a decisão do CNJ.

Entendeu o STF que a Constituição da República, o Regimento Interno do CNJ e precedentes do Supremo Tribunal Federal autorizam o exercício dessa competência (de avocação) pelo CNJ, notadamente quando se verifique a insuficiência de quórum para produzir uma decisão cristalina por maioria absoluta no TRF.²⁵

Nesses termos, a Constituição da República, expressamente, confere ao CNJ competência para, a qualquer tempo, avocar processos de natureza disciplinar em curso contra membros do Poder Judiciário. Assim, não há óbice para que o CNJ anule o julgamento do Tribunal e inicie um outro procedimento. Aliás, uma das causas legítimas de avocação de procedimentos administrativos pelo CNJ é justamente a falta do quórum para proferir decisão administrativa por maioria absoluta em razão de suspeição, impedimento ou falta de magistrados. Por óbvio que o CNJ poderia ter devolvido o processo ao TRF2, mas optou por exercer sua competência concorrente, dentro da discricionariedade conferida pela Constituição, para julgar o processo e evitar novas questões de suspeição e impedimento.²⁶

6) O Plenário do STF no MS 27.621, por maioria, denegou mandado de segurança e considerou válida a determinação do CNJ que estabeleceu ser necessário o registro no BACEN JUD por parte dos magistrados, para que efetuassem a penhora *online*. No caso, o impetrante do MS, juiz federal, sustentava, em síntese, que o ato apontado como coator implicaria afronta à independência funcional do Juízes. Além disso, significaria desvio da principal função dos juízes, a julgadora, de modo a reduzi-los a simples meirinhos; e que o disposto no art. 655-A do CPC não poderia ser alterado por meio de decisão administrativa (...) Certo é que na decisão a maioria dos Ministros deixou assente que o CNJ seria órgão com atribuições exclusivamente administrativas

25. STF. 1ª Turma. MS 35.100/DF, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 08.05.2018 (Info 901).

26. STF. 1ª Turma. MS 35.100/DF, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 08.05.2018 (Info 901).

e correicionais – ainda que, estruturalmente, integrasse o Poder Judiciário –, dentre as quais se encontraria o poder de “expedir regulamentos”. Ressaltou-se também que o CNJ poderia instituir condutas e impor a toda magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa, como a que determinaria aos magistrados a inscrição em cadastros ou sítios eletrônicos com finalidades estatística e fiscalizatória ou, para materializar ato processual. Destacou-se que a inscrição no BACEN JUD, sem qualquer cunho jurisdicional, preservaria a liberdade de convicção para praticar atos processuais essenciais ao processamento dos feitos de sua competência, bem como julgá-los segundo o princípio da persuasão racional, adotado pelo direito processual pátrio. Nesses termos, esse cadastro permitiria ao magistrado optar pela utilização dessa ferramenta quando praticasse certo ato processual e, logicamente, se esse fosse o seu entendimento jurídico.²⁷

7) Segundo o STF em decisão do **MS 28.872-AgR**: “(...) O CNJ, embora seja órgão do Poder Judiciário, possui, tão somente, atribuições de natureza administrativa e, nesse sentido, não lhe é permitido apreciar a **constitucionalidade** dos atos administrativos, mas somente sua legalidade.”²⁸

8) A segunda Turma do STF, concedeu mandado de segurança, para anular decisão do CNJ que declarara a invalidade de norma do regimento interno de tribunal de justiça estadual, que dispõe sobre a competência de Vice-Presidentes do Tribunal. Entendeu o STF no **MS 30.793/RJ**, que o CNJ não pode declarar inválido artigo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça que trate sobre competência jurisdicional.

No caso, para o STF o CNJ interferiu em matéria de competência jurisdicional do TJ, matéria essa que é estranha às suas funções, tendo em vista que o CNJ tem a competência de exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder

27. *Vencidos os Ministros Cármen Lúcia, relatora, Marco Aurélio e Luiz Fux, que concediam a segurança por reputarem que o CNJ não disporia de competência constitucional ou legal para obrigar, mediante deliberação administrativa, a adoção de determinada conduta pelo magistrado. Este último acrescentava haver intromissão de ato administrativo em reserva de legislação federal, o CPC, o que feriria o princípio da legalidade, além de criar atribuições indevidas aos magistrados.* (MS 27621/DF, Red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, **07.12.2011**)

28. **MS 28.872-AgR**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. em **24.02.2011**, Plenário. Ver também o **MS nº 32.852 MC** julg. em **03.02.2014**.

Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.²⁹

9) Segundo o STF, o CNJ pode determinar que Tribunal de Justiça exonere servidores nomeados sem concurso público para cargos em comissão que não se amoldam às atribuições de direção, chefia e assessoramento, contrariando o art. 37, V, da CF/88. Esta decisão do CNJ não configura controle de constitucionalidade, sendo exercício de controle da validade dos atos administrativos do Poder Judiciário.³⁰

10) O STF, no MS 28775/DF, afirmou que o CNJ, quando faz o controle administrativo de um concurso público, não pode substituir o papel do examinador e reavaliar os critérios de correção das provas. Logo, o CNJ não poderia ter recorrido as provas subjetivas para dizer que as duas candidatas foram beneficiadas pelos critérios adotados pela comissão examinadora.³¹

11) Temos também, que a 1ª Turma do STF no MS 33527/RJ decidiu que o CNJ não pode substituir a banca examinadora do concurso na escolha das questões, na correção de provas e nas atribuições de notas. Assim, ao Conselho Nacional de Justiça é proibido substituir o critério valorativo para escolha e correção das questões pela Banca Examinadora nos concursos públicos.

Porém, o CNJ pode substituir, anular ou reformar decisões da banca do concurso que firmam os princípios da razoabilidade, da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Isso porque a discricionariedade da banca de concurso não se confunde com arbitrariedade.

Assim, se houver desrespeito aos princípios constitucionais da administração pública, será possível a plena revisão da decisão pelo Conselho. Como exemplo, o CNJ pode anular decisão do Tribunal de Justiça que, em concurso de cartório, deu interpretação equivocada a determinado item do edital e conferiu pontuação indevida a certos candidatos na fase de títulos. A pontuação conferida pela Comissão no TJ violava à Resolução

do CNJ que regulamenta os concursos de cartório. Neste caso, o CNJ atuou dentro dos limites constitucionais do controle administrativo.³²

12) Certo é que a Resolução 135 do CNJ uniformizou as normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados. Pois bem, a mesma foi objeto de impugnação pela AMB (Associação Brasileira dos Magistrados) na ADI 4638.

O Ministro Marco Aurélio concedeu parcialmente medida liminar no que tange a alguns dispositivos da referida resolução determinando a suspensão dos mesmos. Em fevereiro de 2012 a liminar parcialmente concedida foi submetida a referendo do pleno do STF.

Entre os temas da resolução, um dos mais polêmicos envolveu o art. 12 que diz respeito a possibilidade do CNJ **iniciar investigação contra magistrados independentemente da atuação da corregedoria do Tribunal**, sem necessidade de fundamentar a decisão. A questão de fundo aventada foi: o CNJ teria competência **subsidiária** ou **concorrente** em relação aos tribunais para a investigação de magistrados?

No caso, os Ministros decidiram, por maioria de votos, que o CNJ pode iniciar investigação contra magistrados independentemente da atuação da corregedoria do Tribunal, sem necessidade de fundamentar a decisão. Ou seja, temos aí a definição da chamada competência **concorrente e originária** do CNJ para a investigação de juízes.³³

32. Informativo 895 do STF: "A Turma salientou que o CNJ, assim como o próprio Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, não pode substituir a banca na questão valorativa, na questão de correção. Pode, no entanto, substituir, anular ou reformar decisões que firmam os princípios da razoabilidade, da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Pontuou que a interpretação conferida pelo CNJ à Resolução 81/2009 é anterior ao edital do concurso público em discussão. Nesse contexto, os candidatos já sabiam previamente como os títulos seriam avaliados. Não houve ilegalidade porque a mudança não ofendeu o princípio da impessoalidade. A segurança jurídica, portanto, está preservada com a observância da interpretação do CNJ." STF. 1ª Turma. MS 33527/RJ, rel. p/ o acórdão Min. Alexandre de Moraes, julg. em 20.03.2018 (Info 895).

33. No MS 28.003, julg. em 08.02.2012 o STF entendeu que o CNJ pode **obstar processamento de sindicância** em tramitação originária em tribunal e instaurar procedimento administrativo disciplinar com dispensa de sindicância. Nesses termos: *Consignou-se que, tendo em conta o princípio da hermenêutica constitucional dos "poderes implícitos", se a esse órgão administrativo fora concedida a faculdade de avocar processos disciplinares em curso, de igual modo, poderia obstar o processamento de sindicância em tramitação no tribunal de origem, mero procedimento preparatório. Ademais, realçou-se que, no caso, o CNJ concluiria pela existência de elementos suficientes para a instauração de processo administrativo disciplinar, com dispensa da sindicância. Já no MS 28.918 AgR/DF, julg. em 04.11.2014 em consonância com seu entendimento decidiu o STF que: I – É desnecessário esgotar as vias ordinárias para que o CNJ instaura processo de revisão disciplinar. II – Não se aplica a prescrição punitiva em perspectiva,*

29. MS nº 30.793/RJ julg. em 05.08.2014: Mandado de segurança. Administrativo. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de controle administrativo. Alteração do regimento interno do tribunal de justiça do Rio de Janeiro. Regra de competência jurisdicional. Alegação de incompetência do CNJ. Segurança concedida. Rel. Min. Cármen Lúcia.

30. Pet 4656/PB, STF. Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 19.12.2016 (Informativo 851).

31. MS 28775/DF, STF. 2ª Turma. rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17.10.2017.

Controle de Constitucionalidade

Sumário: 1. Conceito – 2. Espécies (tipos) de inconstitucionalidade – 3. Matrizes e Modalidades de Controle de Constitucionalidade – 4. Análise do Brasil: Regra geral e exceções (outros controles) – 5. Notas históricas sobre o controle de constitucionalidade judicial – 6. Análise específica da Regra Geral: 6.1. Controle difuso-concreto no Brasil: Procedimento; 6.2. Controle difuso-concreto no Brasil: Efeitos e a análise da tese da mutação constitucional; 6.3. Algumas observações finais sobre o controle difuso in concreto: Reinterpretação e modificação de decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Modulação de efeitos no juízo de não recepção, Quórum no juízo de não recepção, e a Questão do Controle difuso via Ação Civil Pública; 6.4. Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil. ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade: 6.4.1. Conceito; 6.4.2. Parâmetro e Objeto da ADI; 6.4.3. Legitimidade; 6.4.4. Procedimento da ADI; 6.4.5. Julgamento da ADI; 6.4.6. Algumas observações finais; 6.5. Procedimento da medida cautelar; 6.6. Procedimento especial (diferenciado) na ADI; 6.7. ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade: 6.7.1. Conceito; 6.7.2. Objeto; 6.7.3. Finalidade da ADC; 6.7.4. Legitimidade; 6.7.5. Procedimento; 6.7.6. Julgamento da ADC; 6.7.7. Efeitos da decisão da ADC; 6.7.8. Observações finais sobre a ADC – 7. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO): 7.1. Conceito; 7.2. Objeto; 7.3. Legitimidade; 7.4. Espécies de ADI por omissão; 7.5. Procedimento: 7.5.1. Procedimento da ADI por omissão total; 7.5.2. Procedimento da ADI por omissão parcial; 7.6. Julgamento da ADI por omissão total ou parcial: 7.6.1. Efeitos da decisão de uma ADI por omissão; 7.7. Observações finais – 8. Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (Representação de Inconstitucionalidade Interventiva): 8.1. Conceito; 8.2. Finalidades; 8.3. Objeto; 8.4. Legitimidade ativa; 8.5. Procedimento; 8.6. Julgamento; 8.7. Efeitos da decisão: provimento de uma ADI interventiva; 8.8. Observações finais sobre a ADI interventiva – 9. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF): 9.1. Conceito; 9.2. Espécies de ADPF; 9.3. Objeto; 9.4. Legitimidade; 9.5. Procedimento; 9.6. Julgamento; 9.7. Efeitos da decisão da ADPF; 9.8. Observações finais – 10. Controle Concentrado In Abstrato de Constitucionalidade no Âmbito Estadual e do DF – 11. Últimas considerações sobre o Controle de Constitucionalidade: 11.1. Interpretação conforme a Constituição: 11.1.1. Introdução; 11.1.2. Conceito; 11.1.3. Efeitos da interpretação conforme a Constituição; 11.1.4. Observação final; 11.2. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: 11.2.1. Introdução; 11.2.2. Conceito; 11.2.3. Observações finais; 11.3. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; 11.4. Declaração de constitucionalidade de lei “ainda” constitucional; 11.5. Sentenças intermediárias: sobretudo as sentenças normativas (ou sentenças manipulativas): 11.5.1. Conceito – 12. As Sentenças Intermediárias no Controle de Constitucionalidade: 12.1. Introdução; 12.2. Sentenças interpretativas: 12.2.1. A interpretação conforme a Constituição; 12.2.2. Declaração de inconstitucionalidade (nulidade) parcial sem redução de texto; 12.3. Sentenças aditivas; 12.4. Sentenças aditivas de princípios; 12.5. Sentenças substitutivas – 13. Sentenças Transitivas: 13.1. Introdução; 13.2. Sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo; 13.3. Sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida; 13.4. Sentenças de apelo ou apelativas (declaração de constitucionalidade de norma “ainda” constitucional ou declaração de constitucionalidade provisória ou inconstitucionalidade progressiva); 13.5. Sentenças de aviso; 13.6. Conclusão sobre as Sentenças intermediárias – 14. Estado de coisas inconstitucional – 15. Controle de convencionalidade – 16. A Teoria dos Diálogos Institucionais (constitucionais) e a superação (reação) legislativa – 17. O papel das cortes constitucionais – 18. Sobre a Deliberação nos Tribunais (Cortes) Constitucionais – 19. Jurisdição constitucional fraca e os novos desenhos institucionais: O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica.

1. CONCEITO

O controle de constitucionalidade visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas¹) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação

de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição,² no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou os atos normativos devem necessariamente observar.

1. Atualmente, o princípio da proporcionalidade é considerado parâmetro para o controle de constitucionalidade sendo, portanto, classificado pela doutrina e jurisprudência como pátria norma constitucional, embora de cunho implícito. É importante salientar que, segundo o atual posicionamento do STF, adota-se no ordenamento pátrio um conceito de bloco de constitucionalidade restritivo em que o controle de leis ou atos normativos tem por parâmetro apenas as normas expressas ou implícitas na Constituição formal (bloco de constitucionalidade restrito) não se estendendo às normas infraconstitucionais materialmente constitucionais (bloco de constitucionalidade em sentido ampliado).

2. Conforme doutrina: “Como anota Jorge Miranda, constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido. Não se cuida porém, de uma relação lógica ou intelectual, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo. Em verdade, é essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se a afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente” MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 2008, p. 1.000.

Segundo a doutrina majoritária, o controle de constitucionalidade se apresenta como³ a análise de parametricidade entre a Constituição e a Legislação infraconstitucional nos países em que a Constituição tem suprallegalidade (exerce relação de supremacia em relação a todo o ordenamento jurídico) sendo, portanto, formal e rígida.⁴

Porém, é mister salientar que a atividade de confrontação entre a Constituição e os outros atos normativos que ensejará o controle de constitucionalidade, segundo clássica doutrina,⁵ deve ir além da mera parametricidade, pois ínsito ao conceito é a exigência fulcral de uma sanção. Ou seja, para uma “*jurisdição constitucional tradicionalmente forte*”, não basta a inadequação da lei ou do ato normativo, observada e explicitada na verificação de não conformidade para com a Constituição. Após essa conclusão, faz-se necessária a declaração de invalidade da lei ou do ato normativo. Nesses termos, defende Gilmar Mendes, entre outros, que “a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica”,⁶ sendo algo insuficiente na medida em que a referida lei ou ato normativo ainda permaneceriam no sistema jurídico.

Portanto, à luz da doutrina, podemos estabelecer, pelo menos em regra, os pressupostos do clássico controle de constitucionalidade:

- 1) existência de uma Constituição formal e rígida;

3. *In verbis*: “Do ponto de vista prático, o controle de constitucionalidade ocorre assim: quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a Constituição, o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constatada a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional.” CUNHA JÚNIOR, Dirley da, 2008, p. 257.

4. Lembramos que a única forma da Constituição rígida se modificar será por procedimentos (especiais) que ela mesma determina. Já, a Constituição flexível não requer instrumentos especiais para a sua modificação, alterando-se pelos mesmos procedimentos (comuns) que produzem uma lei ordinária. Nesse sentido, com o estabelecimento da doutrina da supremacia da Constituição entabulada no célebre caso *Marbury X Madison*, julgado pela Suprema Corte dos EUA, em 1803, as normas ordinárias que contrariarem uma Constituição formal-rígida não extirpam dispositivos da Constituição do sistema jurídico, mas, pelo contrário, são extirpadas do ordenamento por incompatíveis com a Constituição.

5. Entre nós, Ruy Barbosa, na sua perspectiva alinhada ao modelo americano de controle de constitucionalidade, já expressava a necessidade de enquadrar no conceito de inconstitucionalidade a sanção à violação do texto constitucional (*Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo, trabalhos jurídicos*, p. 46-47). No mesmo sentido, KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional*, 2000.

6. MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 2008, p. 1.003.

- 2) o entendimento da Constituição como uma norma jurídica fundamental (que confere fundamento de validade para o restante do ordenamento);
- 3) a existência de, pelo menos, um órgão dotado de competência para a realização da atividade de controle;⁷
- 4) uma sanção para a conduta (positiva ou negativa) realizada contra (em desconformidade) a Constituição.

2. ESPÉCIES (TIPOS) DE INCONSTITUCIONALIDADE

Trabalharemos, inicialmente, com algumas espécies de inconstitucionalidade desenvolvidas doutrinária e jurisprudencialmente.⁸

Sem dúvida, a definição de ato inconstitucional se relaciona com a inadequação entre uma conduta (ou alguma prática) do Poder Público em relação às normas de cunho constitucional. Porém, essa conduta que irá contrariar preceitos constitucionais pode ser tanto positiva quanto negativa. Daí a diferenciação quanto ao **tipo de conduta** entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão.

A **inconstitucionalidade por ação** diz respeito a uma conduta positiva que contraria normas previstas na Constituição. Ou seja, o Poder Público produz atos normativos em desacordo com a normatividade constitucional.

A **inconstitucionalidade por omissão** decorre de uma conduta negativa dos Poderes Públicos. Ou seja, estes não atuam, restam em inércia e com isso não viabilizam direitos previstos na Constituição.⁹ Nesse sentido, esse tipo de prática omissiva (**non facere**) também se caracteriza como inconstitucional em alguns ordenamentos jurídicos, como o nosso de 1988. A omissão, atualmente, vem sendo classificada como total (absoluta) ou parcial. A omissão total ocorre na hipótese de ausência de norma para

7. CLÊVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 28-34. MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, T. II, p. 376; CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de direito constitucional*, 2008, p. 258; MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 2008, p. 1.003.

8. MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 2008, p. 1.010-1.028; MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo. IV.

9. A inconstitucionalidade por omissão **se manifesta diante** de uma conduta negativa do Poder Público, **consistente em deixar de expedir os atos legislativos ou executivos necessários para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais dependentes de legislação regulamentadora** (“normas constitucionais de eficácia limitada”).

viabilizar direitos previstos na Constituição, ou seja, nesse caso o legislador realmente não empreendeu a providência legislativa devida. Já a omissão parcial ocorre quando existe ato normativo, mas é insuficiente (insatisfatório) para a viabilização adequada de direitos previstos na Constituição.

A inconstitucionalidade, também, pode ser conceituada como **formal** (*nomodinâmica*) ou **material** (*nomoestática*)¹⁰, conforme o **tipo de vício ocorrido** na edição de leis ou atos normativos em relação à Constituição¹¹. Portanto, conforme o conceito anteriormente citado de controle de constitucionalidade, temos que as leis ou os atos normativos devem preencher requisitos formais e materiais para terem validade e, com isso, adequarem-se à Constituição.

A **inconstitucionalidade formal** é aquela que envolve um vício no processo de produção das normas jurídicas, na medida em que as leis ou atos normativos são editados em desconformidade com as normas previstas constitucionalmente. Nesse sentido, fala-se na obediência a requisitos formais. Esses dizem respeito, conforme salientado, ao modo ou à forma de elaboração (produção) da lei ou do ato normativo. Ou seja, se as leis ou os atos normativos respeitaram (observaram) em sua gênese as normas previstas na Constituição. Sem dúvida, os vícios formais envolvem defeitos na formação do ato normativo.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência trabalham atualmente com três possíveis tipos de inconstitucionalidade formal à luz de nosso atual ordenamento constitucional:

1) Inconstitucionalidade formal orgânica: envolve o descumprimento de regras de competência¹² previstas na CR/88 para a produção do ato. Como exemplo, podemos citar uma norma estadual que venha a legislar sobre direito penal e com isso descumprir o art. 22, I, da CR/88, que estabelece ser matéria de competência privativa da União a

legislação sobre direito penal. Portanto, se uma Lei Estadual dispuser sobre essas matérias do art. 22, I, (sem a necessária delegação prevista no art. 22, parágrafo único) haverá, então, inconstitucionalidade formal orgânica por descumprimento de regra de competência.

2) Inconstitucionalidade formal por descumprimento dos pressupostos objetivos do ato previstos na CR/88: conforme a doutrina de Gomes Canotilho,¹³ existem pressupostos definidos na Constituição que devem ser entendidos como elementos determinantes de competência para órgãos legislativos no exercício da função legiferante. Esses pressupostos são inarredáveis e de cunho objetivo. No ordenamento constitucional brasileiro, é mister salientar que também existem esses pressupostos a serem respeitados sob pena de inconstitucionalidade formal. Como exemplos, temos a edição de medidas provisórias sem a observância dos requisitos de relevância e urgência, descumprindo o art. 62 da CR/88, bem como a edição de Lei estadual criando novo município sem a observância dos pressupostos objetivos previstos no art. 18, § 4º, da CR/88.¹⁴

3) Inconstitucionalidade formal propriamente dita: ocorre por inobservância das normas do processo legislativo previstas nos arts. 59 a 69, CR/88. Nesse caso, irá ocorrer o descumprimento do devido processo legislativo constitucional.

Certo é que, para a doutrina majoritária, o processo legislativo tem três fases: iniciativa, constitutiva e complementar. Nesse sentido, será necessário cumprir os seguintes requisitos para que haja uma produção adequada (ou em consonância) das respectivas espécies normativas previstas na Constituição:

13. GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 1321.

14. No que tange ao descumprimento dos pressupostos objetivos, o STF, no julgamento da ADI nº 2.240, em que se debatia a inconstitucionalidade da Lei do Estado da Bahia nº 7.619/2000, que criou o Município Luís Eduardo Magalhães sem o devido cumprimento dos pressupostos previstos no referido art. 18, § 4º, da CR/88, declarou a inconstitucionalidade da referida Lei, porém não pronunciou a sua nulidade, mantendo sua vigência por mais 24 meses. Aqui é bom que se diga que a Emenda Constitucional nº 57/2008 acrescentou o art. 96 na ADCT, que estabeleceu a convalidação dos municípios criados por lei estadual até 31 de dezembro de 2006, nos seguintes termos: "Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação." Porém, essa Emenda Constitucional, que concedeu uma verdadeira "anistia" aos Estados, não resolveu de vez o problema atinente à criação de novos municípios no Brasil, pois, se atualmente forem criados municípios por Leis Estaduais, essas Leis serão inconstitucionais pela não existência da Lei complementar prevista no art. 18, § 4º, da CR/88 (descumprimento de um pressuposto objetivo).

10. Essa terminologia intitulada de **nomodinâmica** (vício formal, ou seja, no processo dinâmico de produção das normas) e de **nomoestática** (vício material, ou seja, no conteúdo das normas) se encontra nos trabalhos de Luiz David Araújo e Vidal Serrano Nunes. In: *Curso de Direito Constitucional*.

11. Temos, então, uma classificação quanto ao **tipo de vício** (ou formal ou material) ou, para alguns, uma classificação quanto à **norma constitucional ofendida** (ou norma constitucional que estabelece "forma de elaboração de atos normativos" ou "norma constitucional de fundo" com seu conteúdo).

12. Nesses termos, são as lições de Luís Roberto Barroso: "A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade orgânica, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato". BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2007, p. 26.

- **requisitos formais subjetivos:** dizem respeito à primeira fase do processo legislativo, qual seja a fase da iniciativa. Portanto, relaciona-se ao sujeito que tem competência ou legitimidade para iniciar/deflagrar o processo. Um exemplo de inconstitucionalidade formal subjetiva é o caso de um deputado ou um senador apresentar um projeto de lei dando início ao processo legislativo sobre matéria de competência privativa (exclusiva) do Presidente da República, prevista no art. 61, § 1º, da CR/88. Estaríamos diante do que a doutrina e a jurisprudência majoritária intitulam de vício de iniciativa e afirmam ainda que a sanção do Presidente da República não supre o vício.¹⁵
- **requisitos formais objetivos:** dizem respeito às outras fases do processo legislativo, chamadas de **constitutiva** (na qual há a discussão e votação das proposições) e **complementar** (na qual ocorre a integração de eficácia do ato normativo já aprovado, por meio da promulgação e publicação). Se forem descumpridas algumas das regras previstas por essas fases, ocorrerá inconstitucionalidade formal objetiva. Um primeiro exemplo sempre citado é do art. 69 da CR/88. O quórum previsto nesse artigo para a aprovação de Lei Complementar é o de maioria absoluta; se, por acaso, for aprovado um projeto de lei complementar com o quórum de maioria simples e for promulgada a Lei complementar pelo Presidente da República, haverá uma inconstitucionalidade formal objetiva dessa lei. Outro exemplo de inconstitucionalidade formal objetiva ocorre quando um projeto de lei aprovado na Casa revisora com emendas que causaram uma alteração substancial nele (projeto de lei advindo da Casa iniciadora) não volta para a Casa iniciadora apreciar as emendas, ou seja, para que a Casa iniciadora aprove ou não as emendas. Nesse caso, temos o descumprimento de uma norma prevista no processo legislativo, qual seja o parágrafo único do art. 65 da CR/88.

A **inconstitucionalidade material** é aquela que ocorre quando o conteúdo de leis ou atos normativos encontra-se em desconformidade (ou desacordo) com o conteúdo das normas constitucionais. Nesse sentido, fala-se na inobservância de requisitos materiais por parte de leis ou atos normativos. Com isso, haverá inconstitucionalidade material quando o conteúdo da lei ou do ato normativo contrariar o conteúdo da Constituição.

Aqui, é importante salientar, na esteira de Gomes Canotilho e Gilmar Mendes e da própria jurisprudência pátria, que, no Brasil, a inconstitucionalidade material ou substancial não irá ocorrer apenas quando houver uma contrariedade entre um ato normativo e o seu parâmetro constitucional, pois também podemos detectar a inconstitucionalidade material na análise de “desvio de poder ou do excesso de poder legislativo.”¹⁶

É mister salientar, ainda com apoio na doutrina dos autores supracitados, que a verificação da **inconstitucionalidade material**, no que tange ao desvio de poder do legislador, refere-se diretamente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, apontados, atualmente, como verdadeiros baluartes da jurisprudência constitucional europeia e nacional. Nesse sentido, será apreciado pelo órgão de controle de constitucionalidade se o ato normativo é adequado (relação de meios e fins), necessário (se existe outro meio menos gravoso ou o meio usado era a *ultima ratio*) e proporcional em sentido estrito (ponderação, ou seja, relação de ônus/bônus). Além do princípio da proibição do excesso, a mesma doutrina cita ainda a verificação (análise) no controle de constitucionalidade do **princípio da proibição da proteção insuficiente**. Nesses termos, o legislador não poderia atuar em excesso (devendo respeitar a proporcionalidade) e nem mesmo de forma insuficiente (devendo também respeitar a proporcionalidade).¹⁷

Aqui, ainda é interessante mais uma digressão, que diz respeito ao intitulado **vício de decoro parlamentar** (ou **inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar**). O vício de **decoro parlamentar**, conforme a doutrina, poderia ser definido

15. Conforme a Representação nº 890/74 julgada pelo STF. Esta definiu o afastamento da aplicação da Súmula nº 5 do próprio STF, que prelecionava que a sanção do chefe do Executivo teria o condão de suprir o vício de iniciativa.

16. CANOTILHO GOMES, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003; MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, 2001; MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 2008, p. 1.013.

17. Nesse sentido, além de Canotilho (2003) e Mendes (2008), ver, sobretudo: SARLET, Ingo, *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e da insuficiência*, 2005; STRECK, Lenio Luiz, *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso à proteção de proteção deficiente*, 2005.

como aquele vício que ocorre no processo legislativo (processo de produção das espécies normativas) em virtude do abuso das prerrogativas ou de percepção de vantagens indevidas pelos parlamentares.¹⁸

Nesse sentido, a alegação seria a de que, ocorrendo o desvirtuamento do processo, por quebra de decoro em virtude de atitudes (práticas) que levem a essa conclusão, poderíamos ter a configuração da contrariedade à forma pela qual as normas são produzidas no processo (legislativo) determinado constitucionalmente, derivando daí uma possível inconstitucionalidade. Um exemplo, a ser discutido, poderia ser o do “*caso mensalão*”, recentemente enfrentado pelo STF, na AP nº 470. Neste, restou substanciado o pagamento de quantitativos financeiros para a aprovação de normas jurídicas (sejam, por exemplo, Emendas Constitucionais, Leis Complementares ou Leis Ordinárias)¹⁹. Essa tese, inicialmente trabalhada apenas no âmbito doutrinário, recentemente fundamentou uma polêmica decisão da 1ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte-MG, em um caso concreto, que considerou inconstitucional a Emenda Constitucional 41/2003, que positivou a reforma da previdência na ordem constitucional.²⁰ Referida decisão foi também fundamentada no fato de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a existência do “mensalão” como esquema de compra de votos no Congresso Nacional entre os anos de 2003 e 2004, por ocasião do julgamento da Ação Penal 470, ainda em trâmite. Diante disso, concluiu o magistrado mineiro que as normas editadas nesse período padecem de vício de inconstitucionalidade formal (entendimento do vício de decoro parlamentar como um vício formal, ocorrido no processo de produção do ato normativo).²¹

18. “Art.55: § 1º – É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.” Na doutrina, citando e defendendo a tese da existência desse vício, temos: LENZA, Pedro, p.255, 2012. Embora o autor o coloque como uma terceira categoria, entendemos, que se porventura existisse esse vício (o que em nossa opinião **não encontra assento**), ele teria de ser entendido como uma **espécie de vício formal**, pois se daria no processo de produção das normas.

19. Contra tal tese, em instigante artigo, temos Lenio Streck, In: “*E o juiz mineiro azdakiou ou Eis aí o sintoma da crise?*”. ConJur, novembro de 2012.

20. MS nº0024.12.129.593-5. 1ª Vara da Fazenda e Autarquias de Belo Horizonte/MG (03.10.2012).

21. Lenio Streck faz veemente crítica a decisão In: “*E o juiz mineiro azdakiou ou Eis aí o sintoma da crise?*”. Consultor Jurídico, novembro, 2012. Nesse texto, o professor sustenta que: “**a**) Não há trânsito em julgado e sequer acórdão publicado na AP 470. Não se produzem efeitos jurídicos de um acórdão não findo; **b**) Para o juiz, o esquema de venda de votos condenado no julgamento do mensalão já produz, por si, efeitos sobre o mundo jurídico. Ou seja: para o juiz, esse esquema da venda de votos de parlamentares contaminou a atividade legislativa desse Congresso,

É interessante que, com base também nesta tese, foram ajuizadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, questionando a validade de alguns dispositivos da Constituição da República que foram alterados por meio de emenda constitucional, durante o período de existência do “mensalão”. Nesse sentido, as ADIs 4885, 4887, 4888 e 4889 questionam a Reforma da Previdência em razão do julgamento da AP 470 pelo Supremo Tribunal Federal.

É bem verdade que, com base no mesmo fundamento, poderiam ser questionadas Leis Ordinárias ou Complementares ou outras espécies normativas fruto do processo legislativo desenvolvido no período do “mensalão”. Para Lenio Streck, a tese do vício de decoro parlamentar como gerador de inconstitucionalidade “desconsidera, além da já aludida responsabilidade subjetiva/pessoal do parlamentar por atos de quebra de decoro, o importantíssimo fator de que questões relativas ao decoro parlamentar dizem respeito ao autogoverno do Poder Legislativo, ingressando no plano da autonomia funcional deste poder.”²²

fazendo com que a EC 41 contraísse um vício na origem. Logo, seria inconstitucional por defeito de forma. Diz ele que houve inconstitucionalidade por “vício de desvio de decoro parlamentar”. **É falsa a tese do magistrado**, por pelo menos **três razões: b.1)** não se poderia presumir tal vício, que supostamente maculara a “vontade” ou “decisão” parlamentar (de que parlamentar? em que medida?); de que modo se pode comprovar uma coisa dessas? Como saber “objetivamente” quem votou ou não por supostamente ter sido “comprado” ou não? Como falar em abuso de prerrogativas parlamentares? Essas conclusões do magistrado só poderiam ter sentido se o acórdão do STF explicitasse tais vícios, amiúde; **b.2)** desde quando a validade de uma lei ou emenda depende de uma suposta “vontade imaculada do legislador”? Afinal, não estamos diante de “comandos despsicologizados”? Ou vamos voltar à cabotina discussão do século XIX entre vontade do legislador e vontade da lei? Ora, as razões concretamente articuladas no curso do processo legislativo são as expressamente apresentadas nos relatórios das comissões parlamentares e não aquelas não explicitadas que levam a se votar dessa ou daquela maneira; **b.3)** não dá para aferir a legitimidade de uma decisão legislativa nesses termos. Por mais que se possa compreender o sentido do que pretende o juiz, ele não tem como exercer esse juízo. Como aferir que a “vontade” estaria viciada ou desviada, da maioria parlamentar necessária à aprovação da Emenda?”

22. Nesse sentido: “(...) é uma questão *interna corporis*, não cabe ao Judiciário agir como se fosse uma espécie de paladino da boa ordem e dos costumes. Pensemos no inverso: poderia o Legislativo sustar atos do Judiciário sob o pretexto de que foram praticados por juiz que descumpriu a liturgia da profissão? Por exemplo, as sentenças exaradas pelo juiz Rocha Matos poderiam ser cassadas?” E ainda criticando a decisão do magistrado mineiro, com base em tal tese: “(...) O raciocínio do magistrado mineiro, se levado às últimas consequências, (re)cria o famoso paradoxo do tempo ou da máquina do tempo. Se, de fato, o Congresso esteve viciado (até quando?) em face do vício de decoro, talvez o próprio ministro Joaquim Barbosa não poderia ter tido o seu nome aprovado; vários ministros não poderiam ser ministros; quantas leis foram aprovadas nesse período? Até onde ia(foi) o vício decorrente da falta de decoro parlamentar? Nem mesmo os aumentos salariais de juízes e promotores nesse período valeriam (com o que teríamos que devolver o dinheiro). E as medidas provisórias aprovadas? Pensar nesse “retorno” proposto pelo juiz mineiro é como o sujeito que volta na máquina do tempo e mata o próprio pai; consequentemente, ele não teria nascido...; e se não tivesse nascido, não teria entrado

Aqui é interessante ressaltar, que em 10.11.2020, o Pretório Excelso apreciou as ADIs acima citadas. Afirmou o STF, que em tese é possível o reconhecimento de inconstitucionalidade formal no processo constituinte reformador quando eivada de vício a manifestação de vontade do parlamentar no curso do devido processo constituinte derivado, pela prática de ilícitos que infirmam a moralidade, a probidade administrativa e fragilizam a democracia representativa.²³

O STF afirmou que, sob o aspecto formal, as emendas constitucionais devem respeitar o devido processo legislativo, que inclui, entre outros requisitos, a observância dos princípios da moralidade e da probidade.

Para o STF, o devido processo constituinte reformador não tem apenas aquelas restrições expressas no art. 60 da Constituição Federal, submetendo-se também aos princípios que legitimam a atuação das casas congressuais brasileiras.

Inclui-se, no devido processo legislativo, a observância dos princípios da moralidade e da probidade, voltados a “impedir que os dispositivos constitucionais sejam objeto de alteração através do exercício de um poder constituinte derivado distanciado das fontes de legitimidade situadas nos fóruns de uma esfera pública que não se reduz ao Estado”.

Nesse sentido, o vício de corrupção da vontade do parlamentar e de seu compromisso com o interesse público subverte o regime democrático e deliberativo adotado pela CR/88 e ofende o devido processo legislativo por contrariar o princípio da representação democrática que deve, obrigatoriamente, nortear a produção de normas jurídicas.²⁴

Para o STF, demonstrada a interferência ilícita na fase de votação pela prevalência de interesses individuais do parlamentar, admite-se o reconhecimento de inconstitucionalidade formal de emenda constitucional ou norma infraconstitucional.

Entretanto, de acordo com o princípio da presunção de inocência e da legitimidade dos atos legislativos, há de se comprovar que a norma tida por inconstitucional não teria sido aprovada, se não houvesse o grave vício a corromper o regime

democrático pela “compra de votos”. Sem a demonstração inequívoca de que sem os votos viciados pela ilicitude o resultado do processo constituinte reformador ou legislativo teria sido outro, com a não aprovação da proposta de emenda constitucional ou com a rejeição do projeto de lei, não se há declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional ou de lei promulgada.²⁵

Portanto, a conclusão é a de que é possível o reconhecimento de inconstitucionalidade formal no processo de reforma constituinte quando houver vício de manifestação de vontade do parlamentar, pela prática de ilícitos. Porém, para tanto, é necessária a demonstração inequívoca de que, sem os votos viciados pela ilicitude, o resultado teria sido outro.

No caso, apenas alguns Deputados (sete) foram condenados pelo Supremo na AP 470, por ficar comprovado que eles participaram do esquema de compra e venda de votos e apoio político conhecido como Mensalão. Portanto, o número comprovado de “votos comprados” não é suficiente para comprometer as votações das ECs 41/2003 e 47/2005. Ainda que retirados os votos viciados, permanece respeitado o rígido quórum estabelecido na Constituição Federal para aprovação de emendas constitucionais, que é 3/5 em cada casa do Congresso Nacional.²⁶

Diante desses argumentos, não há inconstitucionalidade formal por vício de decoro parlamentar a ser declarada, por não estar evidenciado que as Emendas Constitucionais 41/2003 e 47/2005 foram aprovadas apenas em razão do ilícito “esquema de compra de votos” de alguns parlamentares no curso do processo de reforma constitucional.²⁷

A inconstitucionalidade, também, pode ser **diferenciada** quanto à **extensão da desconformidade da lei ou do ato normativo** em relação à Constituição. Nesses termos, fala-se em **inconstitucionalidade total** e em **inconstitucionalidade parcial**. A **total** ocorre quando toda a lei ou o ato normativo se encontram em total inadequação à Constituição. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade irá atingir a integralidade da lei ou do ato normativo. Já a **inconstitucionalidade parcial** ocorre quando apenas partes da lei ou do ato normativo (alguns dispositivos normativos) contrariam a Constituição,

na máquina do tempo”. Lenio Streck, In: “E o juiz mineiro azdakiou ou Eis aí o sintoma da crise”. Consultor Jurídico, Nov.de 2012.

23. ADI 4887/DF, ADI 4888/DF e ADI 4889/DF, STF. Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.11.2020 (Inf. 998).

24. ADI 4887/DF, ADI 4888/DF e ADI 4889/DF, STF. Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.11.2020 (Inf. 998).

25. ADI 4887/DF, ADI 4888/DF e ADI 4889/DF, STF. Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.11.2020 (Inf. 998).

26. ADI 4887/DF, ADI 4888/DF e ADI 4889/DF, STF. Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.11.2020 (Inf. 998).

27. ADI 4887/DF, ADI 4888/DF e ADI 4889/DF, STF. Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.11.2020 (Inf. 998).

devendo estes ser declarados inconstitucionais. É importante salientar que o vício pode recair sobre um ou vários dispositivos ou sobre partes de um deles, inclusive uma única palavra.²⁸

A doutrina pátria afirma que, em regra,²⁹ a inconstitucionalidade formal se relaciona com a inconstitucionalidade total, visto que o ato na sua origem (gênese) é evitado de inconstitucionalidade, devendo todo ele ser declarado inconstitucional. Já a inconstitucionalidade material, em regra, pode ocorrer tanto com a declaração de inconstitucionalidade parcial (o que é inclusive mais comum) quanto com a inconstitucionalidade total.

A inconstitucionalidade pode, também, ser classificada quanto ao **momento de criação da norma contrária** à Constituição em **originária ou superveniente**. Portanto, essas espécies ou tipos de inconstitucionalidade se relacionam ao **momento da produção ou da elaboração da lei ou do ato normativo** em relação ao parâmetro Constituição.

A **inconstitucionalidade originária** ocorre quando uma lei ou um ato normativo é editado (nasce) após o início da vigência de uma Constituição e a contrária. Ou seja, sob a égide de uma determinada Constituição, surgem uma lei ou ato normativo que violam (contrariam) a lei maior do ordenamento jurídico.

Já a **inconstitucionalidade superveniente** ocorre quando existem leis ou atos normativos vigorando (e em consonância) sob a base de uma Constituição que posteriormente é revogada por uma nova Constituição que não mais coaduna com essas leis ou atos normativos ou, ainda, quando o texto constitucional é alterado por meio de emenda constitucional. Ou seja, com o “surgimento de uma nova Constituição ou com a alteração da atual por meio de emenda constitucional”, há uma **alteração do parâmetro constitucional**, fazendo com que legislações

anteriores se tornem incompatíveis. Para boa parte da doutrina e, sobretudo, para a jurisprudência atual do STF,³⁰ não se trata de **inconstitucionalidade**, mas de revogação (tecnicamente denominada de “**não recepção**”) do direito anterior incompatível com a nova normatividade constitucional, devendo a questão ser resolvida pelo âmbito do direito intertemporal. Nesses termos, a questão versaria sobre a recepção ou não recepção³¹ dos atos normativos anteriores à luz da nova Constituição. Porém, é mister salientar que, se pelo menos tradicionalmente³² não cabe ADI sobre lei ou ato normativo anterior à Constituição, caberá atualmente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em consonância com a Lei nº 9.882/99.

Outras espécies de inconstitucionalidade denominam-se de **inconstitucionalidade antecedente ou imediata (direta)** e **inconstitucionalidade indireta (reflexa), consequente, derivada ou por**

30. A questão foi discutida no império da Constituição atual, inicialmente na ADI nº 2, e teve como Relator o Ministro Paulo Brossard, que firmou entendimento de que a inconstitucionalidade só poderia ocorrer em relação às normas posteriores à Constituição, pois as normas anteriores incompatíveis seriam questão de direito intertemporal. Como exemplo de julgados, *in verbis*: “Essa corte já firmou o entendimento de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade quando a alegação de inconstitucionalidade se faz em face de texto constitucional que é posterior ao ato normativo impugnado, pois, nesse caso, a denominada inconstitucionalidade superveniente se traduz em revogação” (STF, ADI MC nº 2.501-MG, Rel. Min. Moreira Alves).

31. Alguns doutrinadores entendem que o termo *revogação* é inadequado, visto que o que poderia revogar um ato normativo seria outro ato normativo de igual hierarquia. Nesses termos, uma norma constitucional só poderia ser revogada por outra, uma lei ordinária por outra, uma lei federal por outra, uma lei estadual por outra, e assim em diante. Com isso, tecnicamente a inconstitucionalidade superveniente não seria hipótese de revogação de atos normativos anteriores, mas, sim, de **não recepção** ou de cessação de vigência.

32. Coloco o termo “tradicionalmente” porque o STF paulatinamente vem acenando com uma modificação de entendimento sobre o tema. Nesse sentido, são as palavras de Gilmar Mendes, que, apesar de reconhecer o entendimento tradicional do STF, já aponta algumas exceções. Senão vejamos: “Anoto-se, todavia, que, em julgamento realizado em 1-8-2006, o Tribunal rejeitou a preliminar de não conhecimento da ADI 3.619, proposta contra os arts. 34, § 1º, e 170, I da Consolidação do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Ressaltou o relator, Ministro Eros Grau, que os preceitos impugnados, embora reproduzissem normas assemelhadas veiculadas originalmente na Resolução 576/70, estavam inseridos no Ato n. 1, de 2005, que consolidou, em texto único, diversas resoluções anteriores. É, portanto, afirma, posterior à vigente Constituição do Brasil, sendo revestido de autonomia suficiente para ser submetido ao controle concentrado de constitucionalidade. Nas palavras de Pertence, proferidas no mencionado julgamento uma norma pré-constitucional, ao se incorporar a um diploma pós-constitucional, que a poderia alterar, transforma-se em norma pós-constitucional, de modo a admitir, conforme a jurisprudência do Supremo, o controle abstrato. Observe-se ainda que, ao apreciar a ADI 3.833, que impugnou o Decreto Legislativo n. 444/2003 em face da EC n. 41/2003, o Tribunal houve por bem afirmar que, a despeito de se cuidar de direito pré-constitucional, poderia a Corte reexaminar incidentalmente, em controle abstrato, a revogação ou não recepção do direito anterior. Trata-se de uma reorientação jurisprudencial quanto ao tema” (MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*, 2008, p. 1.019-1.020).

28. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2007, p.38. Aqui duas observações são importantes: **1)** O autor chama a atenção recorrendo ao STF (ADI MC nº 896-DF Rel. Min. Moreira Alves) para afirmar que a decisão que declara a inconstitucionalidade parcial não pode subverter o sentido da norma; **2)** A possibilidade do STF declarar a inconstitucionalidade de palavras ou expressões intitula-se *princípio da parcelaridade* no controle de constitucionalidade.

29. Mas aqui devemos fazer uma advertência. A **inconstitucionalidade formal** não gerará sempre a **inconstitucionalidade total** de leis ou atos normativos, pois existem **exceções**, não raro olvidadas pela doutrina. Nesse sentido, podemos citar como **exemplos**: uma lei ordinária que traga um dispositivo normativo reservado à lei complementar, ou uma lei federal que tenha em seu contexto normativo um (único) artigo que usurpe competência dos Estados-membros, visto que a matéria era reservada a eles pela Constituição. Nesses casos, teremos a **declaração de inconstitucionalidade formal de cunho parcial**. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2007, p. 39.

arrastamento. Essas dizem respeito ao prisma de apuração da inconstitucionalidade.

A **inconstitucionalidade imediata ou direta** é aquela que resulta da incompatibilidade (ou inadequação) direta e imediata de atos normativos em relação à Constituição, não havendo qualquer outro tipo de intermediação normativa entre a norma inadequada e a Constituição. Nesse sentido, a relação de parametricidade se dá de forma direta entre o ato normativo e a Constituição.

Já a **inconstitucionalidade indireta** ocorre quando há a inconstitucionalidade de uma norma intermediária entre o ato normativo que se relaciona diretamente com a Constituição e a própria Constituição. Portanto, o ato normativo inconstitucional não se relaciona diretamente com a Constituição. Essa inconstitucionalidade pode ser subdividida em duas espécies:

1) **inconstitucionalidade reflexa** (ou *por via oblíqua*), que consiste na incompatibilidade de uma norma infralegal como um decreto expedido pelo Chefe do Executivo (ou uma resolução) com a lei a que ele se relaciona ou se reporta e, por via reflexa ou mediata (indireta), com a própria Constituição. Portanto, se o Presidente da República expede um decreto regulamentar que contraria a lei que ele visava dar fiel execução, temos que esse decreto é ilegal e, indiretamente, inconstitucional. É bom lembrarmos que, à luz do STF, esse tipo de incompatibilidade é considerado **ilegalidade** e não inconstitucionalidade. Portanto, nesse caso, temos uma **crise de ilegalidade** e não de inconstitucionalidade, conforme a jurisprudência dominante.³³

2) **inconstitucionalidade por arrastamento ou consequente**, que consiste na possibilidade de o STF declarar a inconstitucionalidade de uma norma objeto do pedido e também de outro ato normativo que não foi objeto do pedido em virtude de correlação, conexão ou interdependência entre eles, gerando uma exceção ao princípio da adstrição (art. 460 do CPC).³⁴ Portanto, a inconstitucionalidade desse

ato normativo decorre não de sua incompatibilidade direta com a Constituição, mas da inconstitucionalidade de outra norma que guarda relação de dependência (instrumentalidade) com ela.

Por último, temos a intitulada **inconstitucionalidade circunstancial**. Essa se verifica quando, apesar de constitucional em termos amplos (em uma diversidade de situações de aplicação), temos a declaração de inconstitucionalidade de uma norma em virtude de sua incidência sobre uma determinada situação específica (que a torna inconstitucional). Ou seja, tendo em vista a complexidade fático-jurídica, apesar de validade geral de um enunciado normativo, este pode ser em um determinado contexto particular (em termos rigorosos: em determinada e específica situação de aplicação) declarado inconstitucional.³⁵

3. MATRIZES E MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De forma ampla, a doutrina que trabalha o tema controle de constitucionalidade em *terrae brasilis*,

declaração da inconstitucionalidade desta lei também será reconhecida a do decreto (este por arrastamento). Na jurisprudência, na decisão da ADI nº 2.501, temos: “Em conclusão, o Tribunal conheceu em parte de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República e, na parte conhecida, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade do inciso II do § 1º do art. 82, do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º, 5º e 6º do mesmo art. 82, os quais foram acrescentados pela Emenda Constitucional estadual 70/2005”. (Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. em 04.09.2008). Por último, ver: ADPF 915/MG Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.05.2022 (Inf. 1055).

35. BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 231. Como exemplo, cita Ana Paula Barcellos a antiga ADI 233 em que se discutia a constitucionalidade ou não da normatividade que obstaculizava a concessão de tutela antecipada e liminares contra a Fazenda Pública. Em suas análises, sustentou que o Poder Judiciário deveria lidar de forma diferenciada com as situações de impedimento da tutela, nos casos: *de reenquadramento de servidores públicos e de concessão de tutela para que fornecimento de remédios ou mesmo a concessão de tutela para o custeio pelo Estado de uma cirurgia extremamente necessária para a manutenção da vida de um indivíduo*. Outro exemplo: “uma lei pode ser inconstitucional em razão de sua incompatibilidade com a realidade vivida em determinado momento, o que faz com que ela não se amolde ou passe a não mais se amoldar às exigências constitucionais, ainda que momentaneamente. Isso significa que, superada a situação, uma norma pré-existente poderá retomar sua compatibilidade com a Constituição, mas também que uma norma aprovada durante o estado de excepcionalidade poderá passar a ser compatível com ela. (...) O estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário há de ser tido como passageiro. Jamais permanente, conforme assentou o STF. Por outro lado, a possibilidade de a pena privativa de liberdade poder se estender por, até, 40 (quarenta) anos, abstratamente, não ofende parâmetro constitucional nem convencional algum. Qualquer glosa encerra juízo meramente político. Porém, no cenário atual, em vista da realidade prisional e da expectativa de vida dos segmentos mais vulneráveis às políticas de encarceramento, representa, sim, aprisionamento, no mínimo, tendente à perpetuação – a expectativa é que o condenado faleça no cárcere. Óbvio que se está diante de um prognóstico. Mas admiti-lo, por si só, já é constitucionalmente inaceitável. Assim, o novel art. 75, cabeça, e §1º do Código Penal é, circunstancialmente, inconstitucional, até que o sistema carcerário nacional se alinhe às exigências inerentes à dignidade humana, abandonando o estado de coisas inconstitucional que o caracteriza. DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. *Comentários ao Pacote Anticrime*, p.558,2020.

33. Vide: ADI 2.535/MT julg. em 19.12.2001 de Rel. do Min. Sepúlveda Pertence, que assim prelecionou: “Tem-se inconstitucionalidade reflexa – a cuja verificação não se presta a ação direta – quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição”.

34. Como exemplo, teríamos a declaração de inconstitucionalidade de um artigo de uma Lei e a inconstitucionalidade por arrastamento de outros artigos que não foram objeto do pedido, mas que tinham uma relação de codependência (conexão) com o artigo objeto do pedido que foi devidamente declarado inconstitucional. Outro exemplo seria o de um decreto expedido para dar execução a uma lei inconstitucional; com a

bem como no estrangeiro, costuma diferenciar, no início do estudo desse importante tema, as grandes matrizes de controle, para alguns autores, os grandes sistemas de controle³⁶ existentes no mundo. Esse exercício de história do direito e de direito comparado, se bem arquitetado, irá chegar a uma conclusão básica que permeia os constitucionalistas desde a invenção do controle de constitucionalidade como veículo de defesa da Constituição no início do século XIX (em 1803 no caso *Marbury X Madison*) até os dias atuais.

Sem dúvida, podemos reduzir as principais *matrizes* ou *sistemas de controle*³⁷ existentes mundialmente em três, quais sejam:

- 1) Matriz americana (1803);
- 2) Matriz austríaca (1920);
- 3) Matriz francesa (1958).

Essas matrizes influenciarão na criação e no desenvolvimento dos modelos de controle de constitucionalidade em inúmeros países que se alinharão às bases concebidas por elas.

De uma maneira sucinta e seguindo uma linha histórica, a primeira matriz é a norte-americana, deflagrada no célebre caso *Marbury X Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803. Nesse julgado, restou consignado a doutrina da supremacia da Constituição, bem como a criação do controle de constitucionalidade das leis. As principais características são:

- a) esse controle de atos normativos em relação à Constituição seria feito pelo Poder Judiciário e, no caso norte-americano, por todos os seus membros (todos os Juízes e Tribunais) de forma hodiernamente chamada de *difusa*;
- b) também é importante salientar que ele (o controle) seria afeto sempre a casos concretos a serem solvidos pelo Poder Judiciário no desempenho comum de sua função jurisdicional, controlando-se a constitucionalidade de modo incidental e gerando efeitos

tradicionalmente intitulados de *inter partes* (pelo menos a *priori*);³⁸

- c) a declaração de inconstitucionalidade, no que tange à perspectiva temporal, geraria efeitos *ex tunc* (retroativos), sendo o ato normativo considerado inconstitucional desde o dia em que surgiu no ordenamento. Nesse sentido, a decisão é meramente declaratória de uma inconstitucionalidade existente desde a origem da lei ou do ato normativo impugnado.

A segunda matriz é a austríaca, que teve como marco a Constituição da Áustria de 1920. Esse sistema foi delineado por Hans Kelsen³⁹ e se disseminou na Europa, sobretudo, após a 2ª Guerra Mundial.⁴⁰ Nesse sistema, o controle também é realizado pelo Poder Judiciário, que atuaria como uma espécie de “legislador negativo”,⁴¹ tendo como principais características:

38. Pelo princípio do *Stare decisis* (ater-se ao decidido), a decisão da Suprema Corte, ainda que em um caso concreto, declara a inconstitucionalidade de uma lei que será dotada de força vinculante a todo o Poder Judiciário norte-americano. Embora esse princípio não tenha a *força de outrora*, ele continua prevalecente no sistema jurídico norte-americano do *common law*.

39. Mauro Cappelletti aponta os fundamentos que levaram Kelsen à criação do modelo concentrado de controle da constitucionalidade. Basicamente temos: 1) na tradição europeia da *civil law* inexistia o princípio do *stare decisis*, típico do *common law*. Isso propiciava um efeito indesejável para o sistema jurídico, na medida em que uma mesma lei poderia ser declarada inconstitucional por alguns juízes e declarada constitucional por outros. Ou seja, para alguns, ela poderia perfeitamente ser aplicada; para outros, não, gerando um conflito insustentável no Poder Judiciário, consubstanciando uma lógica de incerteza e insegurança no sistema, causando consequências para a sociedade e para o Estado; 2) mesmo se uma lei fosse declarada inconstitucional pelo órgão último do Poder Judiciário, essa decisão só valeria em seus contornos, devendo, quem desejasse a mesma declaração, recorrer ao Poder Judiciário novamente para tal. Nesse sentido, uma lei, inúmeras vezes declarada inconstitucional, sempre teria a necessidade de um interessado propor nova ação em juízo para que fosse de novo declarada inconstitucional, ensejando uma multiplicação de demandas insustentável. CAPPELLETTI, Mauro. *Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 76-77.

40. Nesses termos, são as Constituições da(o): Itália (1948); Alemanha (1949); Chipre (1960); Turquia (1961); Grécia (1975); Portugal (1976 com a criação do Tribunal Constitucional em 1982); Espanha (1978) e Bélgica (1984).

41. Nesse sentido, temos interessante observação: “O sistema proposto por Kelsen configura-se como uma função constitucional que não seria propriamente judicial, senão, como explica o próprio jurista de Viena, de *legislação negativa*. Com efeito, na visão Kelseniana, o Tribunal constitucional não julga nenhuma pretensão concreta, mas tão-só o problema abstrato de compatibilidade entre uma lei e a Constituição. Daí haver Kelsen assegurado que não há, nesse juízo puramente lógico, uma aplicação ou não aplicação da lei a um caso concreto, de modo que se estaria, em consequência, diante de uma verdadeira atividade judicial, que supões sempre uma decisão singular a respeito de um caso controvertido. Se assim o é, diz Kelsen, o Tribunal Constitucional é um legislador, só que legislador negativo. Ambos os órgãos – o fiscalizador e o fiscalizado – são legislativos, só que o Tribunal Constitucional tem organização jurisdicional” CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de direito constitucional*, 2008, p. 278.

36. Nesse sentido, o clássico: *Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, de Mauro Cappelletti, 1986.

37. Apenas advertimos que, posteriormente, no final deste capítulo, será trabalhado o que vem sendo intitulado de modelo da *jurisdição constitucional fraca* presente atualmente no Canadá, na Nova Zelândia e na Inglaterra. Esses seriam os *novos desenhos institucionais* de jurisdição constitucional.

- a) a criação de um órgão próprio e específico de controle de constitucionalidade, denominado “Corte” ou “Tribunal Constitucional” que, diga-se, é o único órgão dotado de legitimidade para a análise da adequação de leis ou atos normativos em relação à Constituição; daí a terminologia **controle concentrado**, diferenciando-se do **difuso**, da matriz norte-americana;
- b) esse controle engendrado por Kelsen não é realizado de modo incidental, mas de modo direto pela intitulada **via principal**⁴², na qual o Tribunal Constitucional analisa se um ato normativo em tese contraria ou não a Constituição, não havendo, portanto, um “real” caso concreto, uma lide (pretensões resistidas) ou mesmo a observância do contraditório para o deslinde da questão, sendo o controle realizado abstratamente num processo, intitulado pela doutrina majoritária de **objetivo**, que traz consigo uma decisão de efeito **erga omnes** (válida para todos);
- c) a declaração de inconstitucionalidade no que tange à perspectiva temporal geraria efeitos **ex nunc (pro futuro)**, na medida em que, enquanto um ato normativo não fosse declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, ele seria válido (presunção de validade), pois certo é que nenhum juiz ou Tribunal teria a legitimidade para deixar de aplicá-lo por entender que ele é inconstitucional, só cabendo à Corte Constitucional tal assertiva. Portanto, a declaração da Corte anularia o ato normativo (anulabilidade), produzindo uma sentença eminentemente constitutiva e que não declararia sua nulidade, como seria feito no tradicional modelo da matriz norte-americana.

Por último, surgiu a matriz ou o sistema de controle francês,⁴³ que foi desenvolvida a partir da

Constituição da V República da França de 1958. Esse sistema, basicamente, não tem o Poder Judiciário como órgão de controle, mas um órgão de cunho político, com composição eminentemente política, intitulado Conselho Constitucional. Conforme ditame da própria Constituição francesa, este deve ser composto por nove membros indicados (três pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado) para um mandato de nove anos e, ainda, por todos os ex-presidentes da França. Esse controle de matriz política, embora tenha sido objeto de reformas em 2008, tem como características centrais:

- a) ser um controle, em regra,⁴⁴ prévio (antes da lei ou do ato normativo ou mesmo de um tratado internacional entrar em vigor) e realizado sobre o ato normativo em tese (sem contraditório ou lide, podendo existir apenas a apresentação de memoriais por interessados na constitucionalidade ou não dos atos normativos);
- b) em regra,⁴⁵ dependente de provocação pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou de sessenta deputados ou sessenta senadores franceses.⁴⁶

Sobre as reformas anteriormente citadas, certo é que, apesar de continuar a existir o controle realizado pelo Conselho Constitucional nos moldes de uma matriz política (com as características anteriormente delineadas), em julho de 2008, em virtude de uma reforma constitucional, a França passou a trabalhar com a possibilidade de apreciação de constitucionalidade de leis e atos normativos mediante um **controle abstrato** (de nítido viés kelseniano) que permite ao Conselho de Estado, bem como à Corte de Cassação a possibilidade de alegar a intitulada **exceção de**

42. Embora desenvolvido inicialmente por Kelsen, na Áustria de 1920, como um controle judicial concentrado na via principal, salientamos que com a reforma de 1929, no art. 140 da Constituição, para a doutrina majoritária o controle passa a ser também incidental. Este se daria com a possibilidade de os Tribunais civil, penal e administrativo provocarem a Corte Constitucional a se manifestar sobre a constitucionalidade de normas objeto de casos concretos. O mesmo ocorreu nas Constituições da Itália de 1948 e da Alemanha de 1949, nas quais um juiz de 1ª instância já poderia suspender um processo em virtude de um incidente (questão prejudicial) e levar à Corte Constitucional a norma objeto do incidente, para que esta decida sobre a constitucionalidade da norma. CAPPELLETTI, Mauro. *Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1986.

43. Ver, sobretudo, FAVOREU, Louis. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, 1984.

44. Excepcionalmente, conforme a Constituição francesa (art. 37.2), o controle pode ser repressivo (posterior à entrada no ordenamento de leis ou atos normativos) nos casos de decretos editados pelo Presidente da República. Nesses termos, o Conselho acaba por realizar uma apreciação de atos emanados pelo Poder Executivo que entram em conflito com a delegação normativa atribuída constitucionalmente ao mesmo pelo Poder Legislativo (conflito entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo).

45. Excepcionalmente, o Conselho Constitucional poderá controlar a constitucionalidade de ofício. Isso se dará nos casos das leis orgânicas que não irão necessitar de provação para serem analisadas pelo órgão de controle de constitucionalidade antes de adentrarem ao ordenamento francês.

46. Reforma ocorrida em 1974 para ampliação da legitimidade para a provocação do Conselho Constitucional, garantindo, com isso, o direito de as minorias parlamentares atuarem tendo a possibilidade de provocar o Conselho Constitucional a se manifestar sobre a constitucionalidade de leis que estão prestes a adentrar no ordenamento francês.