

**MARIZA SANTOS PEREIRA ALVES**

**A INCONSTITUCIONALIDADE INDIRETA NO SISTEMA  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília.**

**Orientador: Prof. Léo Ferreira Leony**

**BRASÍLIA – DF  
2005**

O ENCONTRO COM O DIREITO É DIVERSIFICADO, ÀS VEZES CONFLITIVO E INCOERENTE, ÀS VEZES, LINEAR E CONSEQÜENTE. ESTUDAR O DIREITO É, ASSIM, UMA ATIVIDADE DIFÍCIL, [...]. PARA COMPREENDÊ-LO, É PRECISO, POIS, SABER E AMAR. SÓ O HOMEM QUE O SABE PODE TER-LHE O DOMÍNIO. MAS SÓ QUEM O AMA É CAPAZ DE DOMINÁ-LO, RENDENDO-SE A ELE.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

**RESUMO:**

Trata-se do estudo da inconstitucionalidade indireta à Constituição Federal, com o objetivo de compreender a posição do STF de não conhecer de determinadas ações diretas ou de recursos extraordinários. Partindo do conceito jurídico de Constituição como norma fundamental do ordenamento jurídico e da necessidade de mecanismos de garantia das normas constitucionais, pretendeu-se apresentar como se dá a relação de inconstitucionalidade, de forma a distingui-la das questões de ilegalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>1 CONSTITUIÇÃO</b> .....	7
1.1 Conceito.....	7
1.2 Supremacia da Constituição .....	12
1.3 Constituição rígida e normas constitucionais .....	14
1.4 Garantias da Constituição .....	16
<b>2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	18
2.1 Tipos de controle .....	19
2.2 Parâmetro de controle .....	22
2.3 Objeto de controle .....	27
<b>3 INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE</b> .....	34
3.1 Tipos de Inconstitucionalidade.....	40
3.1.1 Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material .....	40
3.1.2 Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial.....	42
3.1.3 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.....	42
3.1.4 Inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente .....	43
3.1.5 Inconstitucionalidade antecedente e inconstitucionalidade conseqüente .....	44
3.1.6 Inconstitucionalidade direta e inconstitucionalidade indireta .....	45
<b>4 INCONSTITUCIONALIDADE DIRETA E INDIRETA</b> .....	46
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	54
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	57

## INTRODUÇÃO

Em que pese a grande relevância prática, a problemática da inconstitucionalidade ou ofensa indireta, mediata, ou reflexa à Constituição Federal, mesmo já estando bastante desenvolvida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda não foi objeto de estudo sistemático pela doutrina pátria e, com relação às matérias que podem ser levadas à apreciação da Corte, o tema não é pacífico.

Existem muitas obras que tratam da inconstitucionalidade das leis e dos instrumentos de controle de constitucionalidade por via da ação direta e também existem várias obras, no campo do direito processual, que tratam dos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário, contudo poucas que abordem de forma específica sobre a linha divisória entre a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos atos emanados do Poder Público.

O problema é saber se o Supremo Tribunal Federal pode, quando provocado por via de ação direta ou por via de exceção (recurso extraordinário), como último intérprete do alcance e dos termos da Constituição Federal, ao argumento da inconstitucionalidade reflexa, deixar de apreciar determinadas questões.

O estudo desdobra-se em quatro capítulos, seguidos das considerações finais. No primeiro, delimita-se o conceito de Constituição, uma vez que esta pode ser estudada a partir de diversos ângulos e perspectivas, de acordo com o olhar que o pesquisador fará incidir sobre o seu objeto de estudo. Aprecia-se também, o papel e a posição da Constituição dentro do ordenamento jurídico, a necessidade de sua garantia e o caráter das normas constitucionais.

No segundo capítulo, almeja-se analisar o principal mecanismo de defesa e garantia das normas constitucionais, que é o controle ou fiscalização de constitucionalidade. Faz-se uma breve exposição dos tipos de controle classificados pela doutrina, e ainda, procura-se traçar o parâmetro de controle de constitucionalidade atualmente existente no sistema jurídico brasileiro, à luz da doutrina portuguesa e nacional.

No capítulo subsequente, a abordagem temática estará centrada no estudo da caracterização da inconstitucionalidade: sua conceituação, sua qualificação e em como se dá a relação de inconstitucionalidade. Serão ainda apreciados os tipos de inconstitucionalidade desenvolvidos e classificados pela doutrina constitucional, e procura-se iniciar a discussão sobre a denominada “inconstitucionalidade indireta”.

Já no capítulo quatro, as atenções estarão focadas no problema específico da “inconstitucionalidade indireta”. Serão analisadas algumas posições doutrinárias e a forma como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido a matéria.

Na conclusão, serão apresentadas algumas considerações sobre o tema desenvolvido, com o objetivo de fundamentar a posição, que entendemos a mais razoável, de que o Supremo Tribunal pode, dentro do papel que lhe foi conferido pela Constituição Federal, deixar de apreciar as questões denominadas de “inconstitucionalidade indireta”.

# 1 CONSTITUIÇÃO

## 1.1 Conceito

O conceito de Constituição não é unívoco, uma vez que esta poderá ser estudada a partir de diferentes ângulos e perspectivas. O conceito de Constituição dependerá do tipo de olhar científico que o pesquisador fará incidir sobre o seu objeto de estudo. Sabe-se que a economia, a sociologia, a ciência política, a ciência da linguagem, a história e a filosofia podem estudar a Constituição a partir de seus específicos conceitos e métodos (CLÈVE, 2000, p. 21).

O conceito de Constituição tem muitos significados, devido à complexidade de seu desenvolvimento histórico, mas preserva em seu núcleo central a idéia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento jurídico do Estado e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento (MENDES, 1987, p.2).

Ao jurista, como tal, interessa a Constituição em sentido jurídico. “Na concepção jurídica, a Constituição se apresenta essencialmente como norma jurídica, norma fundamental, ou lei fundamental de organização do Estado e da vida jurídica de um país” (SILVA, 2002, p. 29).

Consoante Tércio Sampaio Júnior (2003, p. 232), Constituição, no sentido jurídico (*stricto sensu*), é a lei fundamental que, tecnicamente, viabiliza os procedimentos para que a atividade organizada da sociedade possa se desenvolver. Nesse sentido, a Constituição é tida “como normas básicas postas, independentemente de ser ela estabelecida

por uma vontade, ou corresponder às aspirações sociais, ou ser fachada para uma imposição política”.

Partindo dessa concepção, Constituição é a lei fundamental do sistema normativo. É a lei superior do ordenamento jurídico, seja por ser a fonte de produção normativa, seja por lhe ser reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico, que faz de suas normas e princípios um parâmetro obrigatório de todos os atos do Estado e dos poderes públicos. O ordenamento constitucional tem a função de unificar todo o ordenamento jurídico, estabelecendo a hierarquia entre as diversas normas (CANOTILHO, p. 1111).

Seguindo a caracterização clássica, Canotilho (2000, p. 1111/1112) apresenta um conceito síntese de constituição como norma: “A Constituição como norma designa o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios), geralmente plasmados num documento escrito (‘constituição escrita’, ‘constituição formal’), e que apresentam relativamente às outras normas do ordenamento jurídico caráter fundacional e primazia normativa”.

A Constituição é uma lei dotada de características especiais – forma, procedimento de criação e hierarquia de suas normas - que permitem distingui-la de outros atos com valor legislativo presentes na ordem jurídica (CANOTILHO, 2000, p. 1112).

A superioridade hierárquico-normativa da Constituição apresenta três expressões, quais sejam: a) as normas constitucionais constituem uma lei superior que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprimazia normativa*); b) as normas da constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); c) a superioridade



normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição (CANOTILHO, 2000, 1112).

A validade das normas constitucionais não deriva de outras normas com dignidade hierárquica superior. Pressupõe-se, conforme Canotilho (2000, p. 1112), “que a constituição formada por normas democraticamente feitas e aceitas (legitimidade processual democrática) e informadas por ‘estruturas básicas de justiça’ (legitimidade material) é portadora de um valor normativo formal e material superior”; nisso consiste a autoprímazia normativa.

A Constituição, como expressão de fonte primária da produção jurídica, norma de normas (*normae normarum*), implica a existência de um procedimento de criação de normas jurídicas, constituindo as normas superiores determinantes positivas e negativas das normas inferiores, ou seja, as normas superiores constituem o fundamento de validade das normas inferiores determinando, até certo limite, seu conteúdo material. Essa característica implica na existência de uma hierarquia das fontes do direito, que se apresenta como uma relação hierárquica verticalmente ordenada, assemelhando-se a uma “pirâmide jurídica” que tem a Constituição situada em seu vértice (CANOTILHO, 2000, p. 1113).

Para Kelsen, o sistema normativo tem um caráter dinâmico e apresenta a peculiaridade de regular a sua própria criação, na medida uma norma jurídica determina o modo de criação de outra norma e também, até certa medida, o conteúdo dessa norma. Assim, a Constituição é o fundamento de validade das normas infraconstitucionais, na medida em que essas somente serão válidas por serem criadas do modo determinado por aquela. Em sua obra, o autor leciona que:

“A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior. [...] A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade” (KELSEN, 1998, p. 181).

Uma das conseqüências mais relevantes da natureza de força heterodeterminante das normas constitucionais é a conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado. As normas constitucionais, como determinantes negativas, limitam as normas de hierarquia inferior e regulam, parcialmente, como determinantes positivas, o próprio conteúdo destas, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais, mas também uma verdadeira conformidade material (CANOTILHO, 2000, p. 1114).

A Constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade, que decorre de sua força normativa, e que “mantém o papel de elemento unificador do sistema quando, através do princípio da constitucionalidade, ou numa perspectiva mais ampla, através do princípio da conformidade, se exige a consonância de todos os atos dos poderes públicos com as regras e princípios da constituição” (CANOTILHO, 2000, p. 1115).

A Constituição pode ser considerada em duas perspectivas, às quais vão corresponder diferentes sentidos interdependentes. De uma perspectiva material, se atenderá ao objeto, ao conteúdo ou à função da Constituição; e em uma perspectiva formal, se atenderá à posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e ao modo como se articulam e se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico (MIRANDA, 2003, p. 321).

Em sentido material ou estrito, a Constituição caracteriza-se pelas regras que disciplinam a criação das normas essenciais do Estado, organiza os órgãos estatais e estabelece o procedimento legislativo (GILMAR, 1987, p. 2). Nas palavras de Jorge Miranda (2003, p. 321), “de uma perspectiva material, a Constituição consiste no estatuto jurídico do Estado ou, doutro prisma no estatuto jurídico do político, estrutura o Estado e o Direito do Estado”.

À Constituição em sentido material corresponde um poder constituinte material como poder do Estado de se dotar de tal estatuto (poder de auto-organização e auto-regulação), que é, por definição, um poder originário, expressão da soberania do Estado na ordem interna ou perante o seu próprio ordenamento (MIRANDA, 2003, p. 321).

Para Jorge Miranda (2003, p. 322), “a perspectiva formal vem a ser a de disposição das normas constitucionais ou do seu sistema diante das demais normas ou do ordenamento jurídico em geral”. A Constituição em sentido formal é entendida como um conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial e que está submetido a uma forma especial de revisão (GILMAR, 1987, p. 2).

Assim, através da perspectiva formal “chega-se à Constituição em sentido formal como complexo de normas formalmente qualificadas de constitucionais e revertidas de força jurídica superior à de quaisquer outras normas”. A este sentido de Constituição corresponde um poder constituinte formal como faculdade do Estado de atribuir forma e força jurídica constitucionais a certas normas (MIRANDA, 2003, p. 322).

Consoante Kelsen, “a constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A

constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação dos estatutos” (KELSEN, 1998, p. 182) .

A Constituição é a ordem jurídica fundamental, que desempenha um papel de instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade, que contém uma perspectiva de legitimidade material e de abertura constitucional, que possibilita compatibilizar o controle de constitucionalidade com a dinâmica do processo político-social, apesar de não ser um instrumento isento de lacunas (MENDES, 1987, p. 3).

## **1.2 Supremacia da Constituição**

A Constituição reflete os fenômenos jurídicos que importam na própria existência da sociedade, na implicação de seu viver político e disso decorre a sua supremacia em face de outras normas jurídicas (SILVA, 1963, p. 13).

Tradicionalmente o ordenamento jurídico é apresentado em forma de uma pirâmide, que tem a norma fundamental como suposta – ficção -, que manda obedecer à Constituição vigente, e esta tem primazia sobre todos os demais atos normativos.

Para a doutrina, o princípio da supremacia da Constituição e de suas normas sobre os atos legislativos, costumes e respectivos conteúdos normativos decorre do atributo formal da rigidez das normas constitucionais, segundo o qual essas não poderão ser alteradas pelos procedimentos usuais de renovação da legislação comum. Entretanto, há entendimento no sentido de que mesmo nos Estados de Constituições flexíveis existe supremacia hierárquica entre as normas constitucionais e as demais, mesmo que somente em relação à regulação do procedimento legislativo ordinário pelas normas constitucionais (RAMOS, 1994, p. 54/55).

Consoante Elival Ramos (1994, p. 42), “a idéia de que, dentro do ordenamento jurídico, algumas normas têm maior importância que outras é essencialmente lógica e pode ser extraída da observação de que há normas que regulam a produção de outras e que, por isso, são materialmente superiores a estas em uma relação semelhante à que se estabelece entre criador e criatura”.

Clève defende que a cultura jurídica ocidental criou a compreensão da supremacia da Constituição, nesse sentido afirma:

“[...] a história ocidental desde há muito tempo reconhece a existência de leis superiores, embora só recentemente tenha atribuído consequências jurídicas a tal circunstância. A supremacia da Constituição decorre menos de postulados teóricos e mais de uma concepção histórica progressivamente incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental” (CLÈVE, 2000, p. 25).

A superioridade normativa da Constituição implica o princípio da conformidade de todos os atos do poder político com as normas e princípios constitucionais, ou seja, que nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de valor superior [princípio da hierarquia], e que nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia [princípio da constitucionalidade] (CANOTILHO, 2000, p. 1113).

A supremacia exige a compatibilidade formal do direito infraconstitucional aos comandos constitucionais definidores do modo de produção das normas jurídicas e a observância de sua dimensão material, ou seja, ao conteúdo do direito (ordem de valores) que contém (CLÈVE, 2000, p. 25).

### 1.3 Constituição rígida e normas constitucionais

Segundo José Afonso da Silva (2000), o conceito de rigidez, consubstanciado na imutabilidade da Constituição por processos ordinários de elaboração legislativa, funciona como pressuposto do conceito de constituição em sentido formal, da distinção entre normas constitucionais e normas complementares e ordinárias, e da supremacia formal das normas constitucionais. Trata-se, sob esse aspecto, de problema de natureza puramente formal, jurídica, entrando nesse conceito somente as Constituições escritas.

Normas constitucionais são todas as regras que integram uma constituição rígida, uma constituição dogmática formal, constituição como documento solene estabelecido pelo poder constituinte. Consoante José Afonso (2000, p. 45), importa apenas o conceito de normas constitucionais formais, porque somente elas constituem fundamento de validade do ordenamento jurídico.

José Afonso (2002) reconhece que existem disposições de conteúdo constitucional fora do documento solene, ou seja, de uma constituição rígida, formal, entretanto, entende tratar-se de normas constitucionais somente em sentido material, as quais perdem muito de seu significado constitucional porque não se distinguem, por sua hierarquia, das demais prescrições do ordenamento jurídico.

Há doutrinadores que entendem constar nas cartas políticas normas não constitucionais, mas José Afonso (2002, p. 46) entende tratar-se de distinções doutrinárias descabidas, uma vez que uma das conseqüências da rigidez é exatamente transformar em constitucionais todas as disposições que integram a Constituição. E até mesmo as normas

materialmente constitucionais passam a ser normas de direito constitucional formal, iguais às demais, depois de inscritas em uma constituição rígida.

Quanto à estrutura lógica e natureza das normas constitucionais, José Afonso (2002, p. 51) filia-se à posição de que todos os dispositivos da Constituição têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas, mesmo aqueles que não possuem eficácia positiva direta e imediata. “São imperativos que enlaçam dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo direitos e obrigações recíprocas; quando nada, atribuindo situações de vantagem e de vínculo ou desvantagem”.

Com base na realidade constitucional de nossos dias, José Afonso da Silva (2002, p. 261/262) apresenta, do ponto de vista da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, a seguinte classificação:

- a) Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata – são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis;
- b) Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição – receberam do constituinte normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas prevêem meios normativos que podem limitar sua eficácia e aplicabilidade;
- c) Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que compreendem dois grupos:

c.1) normas de eficácia limitada, definidoras de princípio institutivo, que são aquelas que prevêm esquemas genéricos de instituição de um órgão ou entidade, cuja estruturação definitiva o legislador constituinte deixou para a legislação ordinária;

c.2) normas de eficácia limitada, definidoras de princípio programático, que são aquelas que traçam esquemas de fins sociais, que devem ser cumpridos pelo Estado, mediante uma providência normativa ou mesmo administrativa ulterior. Indicam o sentido dos fins sociais e do bem comum que devem guiar o intérprete e o aplicador do direito.

#### **1.4 Garantias da Constituição**

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, e se não estabelecesse sanções contra atos dos órgãos e poderes públicos não conforme a Constituição (CANOTILHO, 2000, p. 859).

Como assenta Canotilho (2000, p. 859), a idéia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado.

Entretanto, a partir do Estado constitucional democrático, passou a falar-se de defesa ou garantia da constituição e não de defesa do Estado, pois no Estado constitucional o objeto de proteção não é simplesmente a defesa do Estado, mas da forma de Estado normativo-constitucionalmente conformada. “A defesa da constituição pressupõe a existência



de garantias da constituição, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental” (CANOTILHO, p. 859).

Nesse mesmo sentido, Clève (2000, p. 25) defende que “a compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade”.

Para Jorge Miranda (1996, p. 349), As garantias de existência da Constituição consistem na vinculação dos poderes legislativo, executivo e judiciário à Constituição e na existência de competências de controle, políticas e jurisdicionais, para o seu cumprimento. A Constituição é a lei fundamental do Estado, o escalão superior de um ordenamento jurídico, resultando daí uma pretensão de validade e de observância da Constituição como norma superior diretamente vinculante em relação a todos os poderes públicos, obrigando-os a uma tarefa positiva de concretização e desenvolvimento do direito constitucional.

O caráter de norma jurídica direta e imediatamente vinculativa atribuído à Constituição e a necessidade de considerar a garantia e segurança imediata da lei fundamental como uma das tarefas centrais do Estado democrático constitucional colocam o problema do controle principal da conformidade dos atos dos poderes públicos com a Constituição como uma das questões essenciais da moderna constitucionalidade (CANOTILHO, 2000, p. 864).

## 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle da constitucionalidade dos atos normativos é um dos meios de defesa e garantia da força normativa da Constituição, e, para ele ser efetivo e eficaz, justifica-se que as violações das normas e princípios constitucionais observadas em sede de fiscalização judicial sejam acompanhadas de sanções adequadas (CANOTILHO, 2000, p. 861).

A sanção geral aplicável a um ato normativo colidente com o parâmetro normativo-constitucional é a inconstitucionalidade. Ensina Canotilho (2000, p. 861) que “A instituição da fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais actos normativos do Estado constitui, nos modernos Estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controlo do cumprimento e observância das normas constitucionais”.

Para a fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos, segundo Clemèrson Clève (2000, p. 29), é necessário que exista uma Constituição escrita ou formal, compreendida como instrumento jurídico, que ela seja compreendida como lei fundamental, rígida e com valor hierárquico superior, que seja reconhecido a distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais, e que exista um órgão dotado de competência para o exercício de fiscalização.

Para se falar em controle de constitucionalidade é preciso que se reconheça a supremacia da Constituição frente ao ordenamento jurídico, pois a razão do controle é justamente a necessidade de proteção das normas constitucionais (CLÈVE, p. 34).

Mesmo que o principal mecanismo de defesa ou garantia da Constituição seja o fiscalização de constitucionalidade, esta somente ocorrerá se a própria Lei Maior atribuir, expressa ou implicitamente, a um ou a vários órgãos, competência para exercitar a fiscalização (CLÈVE, 2000, p. 28).

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem a função de órgão de revisão de última instância - através da qual exercerá o controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos – e de Tribunal Constitucional, que trata de sua competência para “aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas” (MENDES, 2004, p. 20).

Consoante Gilmar Mendes (2004, p. 19/20), uma vez que no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro qualquer juiz ou Tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei que tenha de se aplicada a um caso concreto (sistema difuso), competirá ao Supremo Tribunal Federal, para evitar decisões contraditórias e desordem dentro do sistema, a uniformização da interpretação em matéria constitucional por via do recurso extraordinário.

## **2.1 Tipos de controle**

São vários os critérios que podem ser adotados para se obter uma visão dos diferentes tipos de controle dos atos normativos (CANOTILHO, 2000, p. 867).

Levando-se em consideração quem controla, ou seja, os sujeitos do controle, o controle pode ser político ou jurisdicional. E neste último temos a clássica subdivisão entre sistema difuso ou americano e sistema concentrado ou austríaco (CANOTILHO, 2000, p. 868/869).

Considerando-se o modo como se controla, o controle se dá por via incidental ou por via principal, e ainda de forma abstrata ou concreta (CANOTILHO, p. 870).

Em relação ao tempo de controle (quando se controla), o controle será preventivo ou sucessivo (CANOTILHO, 2000, p. 872).

Partindo-se de quem pede o controle, tem-se a legitimidade ativa, que se subdivide em legitimidade restrita e legitimidade *ex officio* (CANOTILHO, 2000, p. 873).

E por fim, quanto aos efeitos do controle, eles podem ser gerais ou particulares, retroativos ou prospectivos, declarativos ou constitutivos (CANOTILHO, 2000, p. 874/875).

No sistema difuso ou americano a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial (CANOTILHO, 2000, p. 869).

No sistema concentrado a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros. Esse modelo está ligado ao nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na

constituição austríaca de 1920, e que posteriormente foi aperfeiçoado na reforma de 1929 (CANOTILHO, 2000, p. 869).

No controle por via incidental a inconstitucionalidade do ato normativo só pode ser invocada no decurso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais. A questão de inconstitucionalidade é levantada, por via de incidente, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto. É também chamado de controle por via de exceção, porque a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute (CANOTILHO, 2000, p. 870).

No controle por via principal as questões de inconstitucionalidade podem ser levantadas, a título principal, mediante processo constitucional autônomo, junto de um Tribunal Constitucional ou Tribunal Supremo com competência para julgar da desconformidade dos atos – sobretudo normativos – de autoridades públicas. Para Canotilho (2000, p. 871), esse controle pode reconduzir-se a um controle abstrato de leis ou atos normativos ou a uma garantia concreta de direitos fundamentais.

O controle abstrato, relacionado com o controle concentrado e principal, significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. É um processo objetivo que visa, sobretudo, a defesa da Constituição e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de atos normativos contrários à constituição. Por processo objetivo entende-se a ação que não se destina a resolver um conflito de interesses, na qual não há autor, no sentido processual, e nem uma pretensão resistida (CANOTILHO, 2000, p. 871).

O controle concreto, associado ao controle jurisdicional difuso e incidental, é também chamado de ação judicial. Nesse controle, qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis são ou não válidas em virtude da sua vinculação pela Constituição (CANOTILHO, 2000, p. 871).

Na classificação quanto ao tempo de controle, elege-se como critério o momento da entrada em vigor do ato normativo. É preventivo o controle feito quando a lei, ou ato equivalente, sujeita a controle, é ainda um ato imperfeito, carecido de eficácia jurídica. O controle é sucessivo ou a posteriori na hipótese de o ato normativo ser um ato perfeito, pleno de eficácia jurídica (CANOTILHO, p. 872).

## **2.2 Parâmetro de controle**

No Direito brasileiro, o parâmetro da fiscalização concreta ou abstrata da constitucionalidade é a Constituição formal vigente, compreendida como conjunto de preceitos e princípios, inclusive implícitos (CLÈVE, 2000, p. 225), uma vez que todas as normas constitucionais, sem distinção, são dotadas de eficácia superior em relação a todas as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro (SILVA, 2002, p. 262).

Também nesse sentido Canotilho (2000, p. 889/890), para quem o parâmetro de constitucionalidade não se reduz positivamente às regras e princípios escritos nas leis constitucionais, mas se estende também a outros princípios não expressamente consignados na constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional.

Canotilho (2000, p. 889) assevera que todos os atos normativos devem estar em conformidade com a Constituição, devem estar subordinados, formal, procedimental e

substancialmente, ao parâmetro constitucional, e afirma ainda que todos os direitos fundamentais são normas de referência obrigatórias, parâmetros, em qualquer controle da constitucionalidade dos atos normativos.

Entretanto, existem hipóteses de normas interpostas, denominação da doutrina italiana, que carecendo de forma constitucional, são reclamadas ou pressupostas pela Constituição como específicas condições de validade de outros atos normativos, inclusive de atos normativos com valor legislativo. A fórmula normas interpostas serve para designar esquemas relacionais diversos configurados pela Constituição. (CANOTILHO, 2000, p. 893/894).

O parâmetro da fiscalização da constitucionalidade alcança, segundo Clèmerson Clève (2000, p. 228), as normas interpostas ou pressupostas, pois, embora estas careçam de forma constitucional, “são reclamadas ou pressupostas pela constituição como específicas condições de validade de outros atos normativos, inclusive atos normativos com valor legislativo”, a exemplo das leis complementares.

Configura-se o modelo de parametricidade direta, quando a Constituição constitui o parâmetro direto de controle, assim, há uma relação de desvalor direto sempre que entre as normas constitucionais e os atos normativos hierarquicamente inferiores existam antinomias – é o que se denomina de inconstitucionalidade direta para Canotilho (2000, p. 895).

De acordo com a doutrina de Canotilho (2000, p. 895/896), existem duas hipóteses de parametricidade interposta. Há a parametricidade interposta (modelo A) que contempla as hipóteses de desconformidade entre um ato normativo e um outro de valor formal superior, mas não de valor formal constitucional, reclamado pela Constituição como

condição de validade formal, procedimental ou substancial do primeiro, que, segundo o constitucionalista português, não encontrou expressão no ordenamento constitucional português, tendo atualmente apenas interesse histórico.

Há também a parametricidade interposta (modelo B) que se dá entre dois atos normativos de igual valor, mas em que um deles é expressa ou implicitamente considerado pela Constituição como dotado de caráter determinante em relação ao outro. Nesse modelo, a Constituição considera de forma expressa dois atos legislativos com igual valor formal, mas de diferente hierarquia material. Consoante Canotilho (2000, p. 896), esse modelo que foi acolhido pela Constituição portuguesa após a 2ª revisão, pela Lei Constitucional 1/89, ao prever leis de valor reforçado e o desvalor da ilegalidade dos atos legislativos com elas desconformes.

A parametricidade pressuposta contempla os casos de pressuposição de normas que se verificam quando a concretização do programa normativo pressupõe uma disciplina legislativa prévia condicionante das concretizações legislativas posteriores. Neste caso, a Constituição pressupõe que um ato legislativo tem de servir de parâmetro a outros atos de igual valor a fim de se executar ou concretizar o programa normativo-constitucional (CANOTILHO, 2000, p. 896).

Consoante Canotilho (2000, p. 897), para a doutrina clássica, a teoria da fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos (designadamente das leis) foi desenvolvida tendo em consideração duas premissas fundamentais, quais sejam, quanto ao parâmetro e quanto aos efeitos. Quanto ao parâmetro, inconstitucional seria toda norma legal que violasse preceitos os preceitos constitucionais; e ilegal, todo ato normativo que



contrariasse o direito plasmado em leis. E, quanto aos efeitos, uma norma inconstitucional seria absolutamente nula.

A pedra angular dos parâmetros de controle de constitucionalidade e do controle da legalidade é a dicotomia entre o direito da constituição e o direito da lei. Assim, os atos normativos que violem diretamente as normas e princípios da Constituição estão feridos de inconstitucionalidade porque infringem o direito da constituição; e os atos normativos não diretamente contrastantes com a constituição, mas contrários a outros parâmetros de natureza legislativa ordinária, padecem de ilegalidade, por violarem o direito da lei (CANOTILHO, 2000, p. 897).

Para Canotilho (2000, p. 898), “o problema da qualificação do desvalor paramétrico não se confunde (ou não deve confundir), com o problema da competência para o controle da ilegalidade e da inconstitucionalidade”, pois o controle de constitucionalidade é feito por todos os tribunais no controle difuso e pelo Tribunal Constitucional, nos termos estabelecidos pela Constituição.

Ainda com relação à parametricidade interposta na ordem constitucional brasileira, Clèmerson Clève (2000, p. 229/230) nos traz os seguintes exemplos:

I – as leis de autorização (resoluções de delegação), previstas no art. 68, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal. As resoluções (leis de delegação) consistem em parâmetro normativo-material das leis delegadas. Com a ofensa da lei delegada à lei de delegação emerge questão constitucional suscetível de apreciação em ação direta de inconstitucionalidade; (ADI-1296-MC - Rel. Min. Celso de Mello, DJU 10.08.1995)

II – as leis federais (embora ordinárias, que dispõem sobre normas gerais a respeito de determinadas matérias) devem ser consideradas como parâmetro material das leis estaduais, distritais e, eventualmente, municipais. Como por exemplo, o disposto no art. 22, XXVII, da CF/88, segundo o qual compete à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação; (ADI-252 - Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.11.1997)

III – as leis reguladoras da produção de outras leis como, em matéria orçamentária, o plano plurianual (art. 165, § 1º, da CF) em relação à lei de diretrizes orçamentárias, e desta em relação à lei orçamentária anual (art. 164, § 5º, da CF). Todas estas leis encontram-se num mesmo patamar hierárquico, mas as primeiras constituem parâmetro de validade das últimas [o autor entende que a lei orçamentária violadora da lei de diretrizes orçamentárias é inconstitucional e não ilegal].

Para Clève (2000, p. 230), no campo das normas interpostas, existem situações que ainda não são muito claras. Assim, “não se pode afirmar com certeza se as leis reguladoras do procedimento de elaboração e as constitutivas de limites de outras leis configuram parâmetro para estabelecer uma relação de valor ou de desvalor constitucional”. Assim, trás as seguintes hipóteses:

a) O regimento comum do Congresso e os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal são leis reguladoras do procedimento de outras. Todos os regimentos são veiculados por meio de resoluções (art. 59, da CF) que integram o processo legislativo, sendo, pois, atos legislativos formais que se encontram na mesma hierarquia das leis ordinárias. Assim, partindo-se do pressuposto de que as leis ordinárias são elaboradas de acordo com o procedimento definido pelos regimentos, o autor indaga se poderia implicar inconstitucionalidade a não observância do procedimento regimental;

b) s leis complementares que dispõem sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis (art. 59, parág. único, da CF), e as que dispõem sobre a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual (art. 165, § 9º, I, da CF). Como já afirmado, a violação material a dispositivo de lei complementar implica um juízo de desvalor constitucional. Restam dúvidas quanto ao juízo que incidirá na hipótese de a lei complementar dispor unicamente sobre procedimento.

### 2.3 Objeto de controle

No Direito Constitucional brasileiro, de acordo com a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal tem a competência para processar e julgar, em sede de ação direta (fiscalização abstrata de constitucionalidade), a inconstitucionalidade de *lei* ou *ato normativo* federal ou estadual (art. 102, I, “a”); ou, mediante recurso extraordinário (fiscalização concreta de constitucionalidade), as causas decididas em única ou última instância, quando a *decisão recorrida* contrariar dispositivo constitucional (art. 102, III, “a”), declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, “b”), julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, “c”) e, com a Emenda Constitucional 45/2004, julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III “d”).

A ação direta genérica de inconstitucionalidade tem natureza de verdadeira ação, por concretizar instrumento especial de provocação da jurisdição constitucional. É uma ação que inaugura um “processo objetivo”, por não ser um mecanismo de composição de lide. O que se procura precipuamente, com a provocação da jurisdição constitucional concentrada, é a defesa da ordem constitucional objetiva, de interesse genérico de toda a coletividade (CLÈVE, 2000).

Quanto ao objeto de controle, consoante Clèmerson Clève (2000, p. 188/190), nem sempre é fácil determinar o sentido do significante *lei*. Para esse desiderato, entende pertinente a distinção entre a lei formal e a lei material que se funda na noção de generalidade. Assim, a doutrina entende como lei material o ato normativo genérico emanado do legislador ou da Administração Pública; e, como lei meramente formal o ato legislativo que contém preceitos concretos. A lei em sentido formal emanará sempre de órgão dotado de competência legiferante pelo Poder Constituinte.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que “a fiscalização abstrata incide sobre normas, pouco importando se veiculadas pela lei ou por outro instrumento”. Portanto, não podem ser objeto de fiscalização abstrata as leis que produzem apenas efeitos concretos (CLÈVE, 2000, p. 191). Como exemplo, tem-se o que foi acordado na ADI-643-MC, que teve como Relator o Min. Celso de Mello: “lei estadual, cujo conteúdo veicule ato materialmente administrativo (doação de bens públicos a entidade privada), não se expõe à jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta”.

E, quanto à locução *ato normativo*, constante da alínea “a”, inc. I, do artigo 102 da Constituição Federal, para efeitos da fiscalização abstrata da constitucionalidade, Clève (2000, p. 188) entende o ato do poder público dotado das características de generalidade, impessoalidade e abstração que viole de modo direto a Constituição, quer seja violação de preceito ou de princípio. Nesse sentido, a jurisprudência do STF, *in verbis*:

“A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade pressupõe, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim, de sua impessoalidade, elementos que conferem aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos, estatais ou individuais, futuros” (ADI-587-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 08.05.1992).

Clève (2000, p. 192/195) defende que toda e qualquer norma sob a forma de lei pode desafiar o controle abstrato, merecendo reparos a jurisprudência do STF no tocante às leis formais com efeitos concretos.

Já no Direito Constitucional português, são objetos de controle todos os atos normativos, todas as normas - independentemente de sua natureza, da sua forma, da sua fonte e da sua hierarquia. A fiscalização judicial das normas engloba todos os atos jurídico-normativos vigentes na ordem jurídica portuguesa, englobado os atos normativos secundários e terciários, abrangendo também regulamentos e despachos normativos; e não apenas os atos normativos primários (CANOTILHO, 2000, p. 899).

Canotilho (2000, p. 899) faz distinção entre norma e ato normativo, por considerar este um problema prévio e fundamental na análise do objeto de controle de constitucionalidade no direito constitucional português, uma vez que entre eles, a qualificação como norma não depende de qualquer forma específica (lei, regulamento), mas de sua qualidade jurídica, ou seja, de sua natureza material.

No direito português, em decorrência do requisito ou qualidade jurídico-material das normas como *padrões* de comportamentos e ato criador de *regras* jurídicas para a decisão de conflitos, excluem-se do conceito de atos normativos os atos concretos de aplicação desses padrões e regras, que são os atos administrativos e as sentenças judiciais (CANOTILHO, 2000, p. 900).

Para Canotilho (2000, p. 909), as decisões dos tribunais, atos públicos que aplicam concretamente o direito, também podem violar normas e princípios constitucionais – decisões jurisdicionais inconstitucionais. Entretanto, no direito português, antes das ações constitucionais de defesa, as sentenças e demais atos de caráter jurisdicional ofensivos da

Constituição recebiam o mesmo tratamento jurídico que os atos administrativos, ou seja, eram analisados sob o ponto de vista de “nulidades processuais”, sendo praticamente irrelevante a sua inconstitucionalidade.

Canotilho (2000, p. 909) afirma que se delinearão as ações constitucionais de defesa, que possibilitam a reação dos particulares contra a violação autônoma dos seus direitos fundamentais através das decisões dos tribunais, contra a ‘insensibilidade constitucional’ de os juízes terem acesso direto à constituição para não aplicarem as leis inconstitucionais, mas paradoxalmente, as inconstitucionalidades cometidas por eles próprios não terem autonomia.

Conforme ensina Canotilho (2000, p. 909), fiscalizar a constitucionalidade das leis aplicadas pelos tribunais não se confunde com a fiscalização das próprias decisões judiciais. O controle de constitucionalidade é um controle normativo incidente sobre normas e não sobre decisões judiciais aplicadoras de normas, mesmo que às vezes seja difícil distinguir problemas de inconstitucionalidade relativa à interpretação da norma a aplicar no caso concreto, e problemas de má aplicação de direito pelos tribunais.

De acordo com o artigo 59 da Constituição Federal, o processo legislativo da República Federativa do Brasil compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. De acordo com a idéia de hierarquia das fontes do direito, esses atos legislativos encontram o fundamento de validade na própria Constituição, podendo todos, desde que veiculem atos normativos genéricos e abstratos, serem objetos da fiscalização abstrata da constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de não admitir ação direta de inconstitucionalidade contra regulamentos ou atos normativos que decorrem dos parâmetros da lei, por entender que se trata de hipótese de ilegalidade (inconstitucionalidade indireta) e não de inconstitucionalidade (CLÈVE, 2000, p. 211). Nesse sentido, *in verbis*:

“O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei. Mesmo que desse vício jurídico resulte, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-ia em face de uma situação de inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada” (ADI-365, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 1.12.1995).

Entretanto, a Corte entendeu que não se incluem nesse entendimento os regulamentos autônomos que invadem esfera reservada à lei. Assim, em várias ações diretas, “declarou a inconstitucionalidade de decreto estadual, por violação ao princípio da divisão funcional de poder, uma vez que a matéria por ele disciplinada reservava-se à atuação institucional do Poder Legislativo, nos termos do inc. XI do art. 37 da CF” (CLÈVE, 2000, p. 211).

No Direito Constitucional brasileiro, a jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade também pode ser por via de exceção (fiscalização concreta de constitucionalidade), mediante a interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisões de única ou última instância, nas hipóteses previstas nas alíneas “a”, “b”, “c” e “d” (redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004), do inc. III, art. 102, da CF.

Recurso Extraordinário é o instrumento através do qual, *no plano processual*, em último recurso, caberá ao Supremo Tribunal Federal realizar o controle de

constitucionalidade. Através desse recurso, no interesse das partes, serão levados ao Pretório os casos em que as sentenças judiciais, entre outras hipóteses previstas constitucionalmente, violarem dispositivos da Constituição. Serve de instrumento de atuação do Pretório “na manutenção da inteireza, validade, autoridade e unidade [...] da supremacia da Constituição da República” (SILVA, 1963, p. 15).

É pressuposto básico do recurso extraordinário que tenha tido uma decisão final que tenha encerrado uma questão constitucional. E, havendo controvérsia, caberá ao STF revelar o verdadeiro alcance do texto constitucional, preservando a supremacia da Constituição Federal. Consoante Mancuso (2003), através dele é feito um controle objetivo de constitucionalidade das normas e dos atos administrativos ou governamentais.

José Afonso da Silva (1963, PÁG. 212/213), relacionou as seguintes hipóteses em que a decisão poderá ofender a dispositivo da Constituição, dando oportunidade ao Recurso Extraordinário:

- Quando o autor, ou o réu, fundamentar seu interesse diretamente em dispositivo constitucional e o juiz ou tribunal negar aplicação ao preceito;
- Quando autor, ou réu, fundamentar sua pretensão numa lei federal e num dispositivo constitucional e a decisão negar aplicação à lei federal e também ao dispositivo constitucional; ou se aplicar apenas a lei federal e persistir o prejuízo decorrente da não aplicação do preceito constitucional;
- Quando nenhuma das partes invocarem dispositivo constitucional, mas a decisão, de forma imprevista, for inconstitucional por ofender um preceito da Lei Fundamental, e desta advir prejuízo a uma das partes;
- Em qualquer caso, quando a decisão se limitar a interpretar dispositivo constitucional, e lhe der um ou outro sentido, e com isso, prejudicar uma das partes. O doutrinador entende que o recurso deve ser



admitido para que o STF dê ao preceito o entendimento que melhor corresponda ao sentido sócio-cultural que lhe esteja na base.

Dessa forma, no Direito brasileiro, são objeto de controle tanto os atos normativos, por via do controle abstrato de normas, como as decisões judiciais de única ou última instância, por via de exceção.

### 3 INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE

Como visto em capítulo anterior, a inconstitucionalidade é a sanção geral aplicável a um ato do poder público colidente com o parâmetro normativo-constitucional. Entretanto, como a ilegalidade também é uma violação a um ato normativo por ato do poder público, convém que se busque uma distinção entre ambas.

Consoante Jorge Miranda (1996) pode falar-se em legalidade em geral ou *lato sensu*, em contraposição a mérito, para traduzir a conformidade do poder público com o direito a que deve obediência – direito positivo - e também em legalidade *stricto sensu* como conformidade de um ato com a lei ordinária ou fundado no direito ordinário.

A legalidade em sentido estrito faz contraposição com a constitucionalidade, que é a conformidade de um ato com a Constituição. Assim, de forma negativa, pode falar-se em ilegalidade e inconstitucionalidade (MIRANDA, 2003, p. 481).

Inconstitucionalidade e ilegalidade são violações a normas jurídicas por atos do poder público. Consubstanciam-se sempre que o poder público infringe a Constituição, a lei ou qualquer outro preceito que ele próprio edite e se vincule – a exemplo dos atos administrativos de conteúdo geral (MIRANDA, 1996, p. 324).

Segundo Jorge Miranda (1996, p. 324), inconstitucionalidade e ilegalidade não divergem de natureza, mas sim, pela qualidade dos preceitos ofendidos. Se a violação for a preceito formalmente constitucional, tem-se a inconstitucionalidade, se for a preceitos

contidos em lei ordinária ou nesta fundados, verifica-se a ilegalidade. Veja as considerações desse autor, *in verbis*:

“A distinção radica na norma que disciplina o acto de que se trate, fixando-lhe pressupostos, elementos, requisitos (de qualidade, validade e regularidade). Se for a Constituição, o acto será inconstitucional no caso de desconformidade; se tais requisitos não se encontrarem senão na lei, já a sua falta torná-lo-á meramente ilegal”.

O primeiro termo da relação de inconstitucionalidade é a Constituição, não a Constituição genericamente considerada, na sua globalidade, mas por referência a uma norma determinada ou a certo segmento de norma - texto de preâmbulo, artigo, número ou alínea - (MIRANDA, 1996, p. 311/312). Nesse sentido, *in verbis*:

“Há sempre uma norma violada, e não outra. Pela inconstitucionalidade, transgride-se uma norma constitucional uma a uma, não se transgridem todas ao mesmo tempo e de igual modo. Pode assim ficar afectado todo um instituto ou capítulo que nem por isso – subsistindo a Constituição e dispondo ela de meios de garantia de sua integridade – deixa de ser através de qualquer das suas normas (ou de segmentos de normas) que a inconstitucionalidade se manifesta.”

Nessa análise, para Jorge Miranda (2003, p. 474), considerar-se-á a Constituição através de qualquer dos tipos de normas em que se analisa - disposições e princípios -, através de qualquer das normas consuetudinárias que a integram, inclusive de origem jurisprudencial; e também, através de qualquer de suas normas em vigor ou já não em vigor, relativamente a situações produzidas durante o seu tempo de vigência, no caso de ter ocorrido revisão constitucional.

O segundo termo da relação de inconstitucionalidade é o comportamento do poder público, um comportamento subordinado à Constituição - por ação ou omissão - de órgão do poder político no exercício de sua autoridade própria. Ou seja, é um comportamento

que se identifique com um ato normativo, ou a omissão de um ato normativo, ou um comportamento não normativo, geral ou individual, abstrato ou concreto (MIRANDA, 1996, p. 313/315).

Por fim, Jorge Miranda (1996, p. 315) conclui que o comportamento ou a norma e a Constituição tem que ser uma relação direta, que se traduz numa infração direta de uma norma constitucional.

Marcelo Rebelo (1988, p. 11-14) ensina que a inconstitucionalidade representa sempre uma desconformidade entre uma determinada conduta pública ou privada e a Constituição vigente - abarcando os respectivos princípios e disposições -, e reporta-se necessariamente a um ordenamento jurídico concreto. Assim, “a desconformidade em si própria, provenha ela de acção ou omissão, deve ser qualificada de inconstitucionalidade”.

Dir-se-á que será inconstitucional o ato que incorrer em sanção, de nulidade ou anulabilidade, por desconformidade com o ordenamento constitucional. Conforme Gilmar Mendes (1987), não se inclui nesses conceitos, tradicionalmente, toda conformidade ou desconformidade com a Constituição, referindo-se propriamente, a atos ou omissões dos poderes e órgãos públicos, destinatários primeiros de seus comandos normativos, e não a violação da ordem constitucional por entes privados.

A ressalva feita pelo professor Gilmar Mendes é relevante para esse estudo, uma vez que, como ensina André Ramos Tavares (2002, p. 167), “A inconstitucionalidade das leis é expressão, em seu sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição”. Dessa forma, tanto pode ser usado para caracterizar o fato juridicamente relevante da conduta omissiva do legislador, como também serve para indicar a incompatibilidade entre o ato jurídico *lato sensu* (privado ou público) e a Constituição. Inclui-

se nesse sentido de inconstitucionalidade a contrariedade de um ato administrativo e a Constituição. “E isso sob seus vários aspectos: agente, forma, conteúdo ou fim”.

Elival da Silva Ramos (1994, p. 61) ensina que a idéia de inconstitucionalidade, em sentido amplo, exprime contrariedade à Constituição por uma declaração expressa de vontade (negócio jurídico), na sua formação ou no seu conteúdo, o que abrangeria os negócios jurídicos públicos e privados violadores da Constituição. Entende, porém, que a inconstitucionalidade dos atos legislativos, por apresentar regime jurídico próprio, tanto com relação ao vício e sanção de inconstitucionalidade, como em relação aos instrumentos estabelecidos para o seu controle, merece tratamento específico.

Na mesma linha, André Ramos Tavares (2002, p. 168), para quem a inconstitucionalidade legislativa constitui somente uma parcela do conceito mais amplo de inconstitucionalidade, mas merece abordagem autônoma por sua importância e suas particularidades, principalmente com relação aos instrumentos de controle.

Para Gilmar Mendes (1987), constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos da relação, de caráter normativo e valorativo, que se estabelece entre a Constituição e um comportamento que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não em seu sentido. São atributos que decorrem do confronto de uma norma ou de um ato com a Constituição.

Também nesse sentido, Elival Ramos (1994, p. 62): “constitucionalidade e inconstitucionalidade legislativa exprimem um relação de conformidade/desconformidade entre a lei e a Constituição, em que o ato legislativo é o objeto enquanto a Constituição é o parâmetro”, tratando-se de uma relação normativa e valorativa, e não de mera relação de

caráter lógico ou intelectual, que, em virtude do pressuposto hierárquico da Constituição, pode-se situar esta como termo-parâmetro.

Nessa perspectiva, Elival Ramos afirma que somente se pode estabelecer o conceito de inconstitucionalidade legislativa diante de um ordenamento constitucional rígido, no qual as normas constitucionais gozem de supremacia formal com referência às demais.

Assim, *in verbis*:

“Sob a vigência de uma Constituição rígida, é possível estabelecer requisitos de validade para os atos legislativos, fixando-os em normas de hierarquia superior, quais sejam as normas constitucionais, de modo que se repete inconstitucional a lei por incompetência do agente, defeito no processo de formação, contrariedade de suas normas e princípios, normas ou fins constitucionais viole a Lei Maior” (RAMOS, 1994, p. 62).

A inconstitucionalidade é qualificada por uma relação de índole normativa, e, por isso, logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo que lhe é contrário. A sanção à violação do texto da constituição integra o próprio conceito de inconstitucionalidade, e a sua ausência retiraria o conteúdo obrigatório da Constituição, apesar de, atualmente, não se afirmar o dogma da nulidade como outrora (MENDES, 1987).

Para que o princípio da Constitucionalidade vigore, é fundamental que uma conduta contrária à Constituição não possa produzir integralmente os exatos efeitos jurídicos que normalmente lhe corresponderiam. Por isso, uma consequência primária - não necessariamente a única - da inconstitucionalidade é, em regra, a desvalorização da conduta inconstitucional, para que se possa garantir a supremacia da Constituição (SOUSA, 1988, p. 15/19).

A inconstitucionalidade é um problema de relação intra-sistêmica entre normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal, segundo os critérios de validade contidos nas normas constitucionais, que não se confunde com o problema da injustiça ou ilegalidade social. Entretanto, ela não se dá entre duas normas constitucionais, mas entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais (NEVES, 1988, p. 69).

Consoante Marcelo Neves (1988, p. 73), define-se inconstitucional uma lei (em sentido formal ou material) cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, expressa ou implicitamente, ao conteúdo de dispositivos da Constituição, em relação imediata de incompatibilidade vertical.

O problema da inconstitucionalidade encontra-se no plano da validade dos atos legislativos, pressupondo a existência do ato, mas que afeta ou pode afetar o ato no plano da eficácia. Sendo que a relação de inconstitucionalidade parte da Constituição como parâmetro, para colher os atos normativos editados com desrespeito aos requisitos de validade nela contidos (RAMOS, 1994, p. 62-63). Nesse sentido, André Ramos Tavares (2002, p. 169), *in verbis*:

“A validade de uma norma legal só pode ser aferida se se trata de uma lei existente. Se não existe, juridicamente falando, não pode ser analisada no plano da validade (constitucionalidade). [...] confundem-se as noções de validade e constitucionalidade, na medida em que se está analisando a categoria das leis, que encontram sua validade definida na própria Constituição. A invalidade, pois, equivale à própria inconstitucionalidade”.

A inconstitucionalidade pode ocorrer por desrespeito à forma prescrita na Constituição [inconstitucionalidade formal], pela inobservância de condição estabelecida [inconstitucionalidade formal], por falta de competência do órgão legiferante

[inconstitucionalidade formal e/ou material] e por violação de direitos e garantias individuais [inconstitucionalidade material] (BITTENCOURT *apud* TAVARES, 2002, p. 169).

TAVARES (2002, p. 170) conclui que, “a inconstitucionalidade é um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação entre a Lei Maior e as demais leis existentes dentro de um sistema, na medida em que estas não se curvem aos padrões previamente estabelecidos por aquela, violando-os, seja no seu aspecto formal, seja no material”.

### **3.1 Tipos de inconstitucionalidade**

A doutrina constitucional desenvolveu e classificou diferentes tipos de inconstitucionalidade. Segundo Clève (2000, pág. 37), “a noção de inconstitucionalidade pode ser melhor elucidada a partir do estudo das suas variadas modalidades de manifestação”.

#### *3.1.1 Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material*

Levando-se em consideração o conteúdo da norma ou às regras procedimentais, distingue-se entre a inconstitucionalidade formal ou orgânica e a inconstitucionalidade material.

A inconstitucionalidade formal traduz defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência, que são previstos na Constituição (MENDES, 1987).

A inconstitucionalidade orgânica decorre de vício de incompetência do órgão que dá origem ao ato normativo. “Diz-se que uma lei é formalmente inconstitucional quando elaborada por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou quando segue



procedimento diverso daquele fixado na Constituição (inconstitucionalidade formal propriamente dita).” (CLÈVE, 2000, pág. 39).

Marcelo Neves (1988, pág. 110) afirma que ocorre a inconstitucionalidade formal ou extrínseca das leis “quando a forma de elaboração da lei não corresponde ao modelo processual previsto na Constituição”. Neste caso, o legislador desrespeita ‘regras’ constitucionais de forma. Do ponto de vista pragmático, ocorre a desobediência às técnicas constitucionais de validação finalística.

A inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo do ato normativo é incompatível com o conteúdo da Constituição. Para Clèmerson Clève (2000, pág. 42), todos os dispositivos constitucionais são parâmetros de aferição da constitucionalidade dos atos normativos, uma vez que a doutrina constitucional mais recente entende que não há dispositivo da Constituição desprovido de normatividade. Assim, são normas jurídicas o Preâmbulo, os princípios e os preceitos, inclusive os programáticos.

A inconstitucionalidade material envolve o próprio conteúdo do ato impugnado, abrangendo não apenas eventual contradição entre a norma constitucional e o ato legislativo – adoção de prescrições contrárias aos princípios constitucionais - mas também o chamado desvio ou excesso de poder legislativo, incompatibilidade entre os objetivos da lei e os fins constitucionalmente consagrados, ou pela violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Gilmar Mendes, 1987).

Para Marcelo Neves (1988, pág. 110), ocorre a inconstitucionalidade material, substancial ou extrínseca quando o conteúdo da lei é incompatível com preceito da Constituição. O órgão legiferante desrespeita ‘regras’ constitucionais de fundo. Do ponto de vista pragmático, a lei desobedece às técnicas constitucionais de validação condicional.

A inconstitucionalidade material é própria dos sistemas de Constituição rígida, uma vez que nos sistemas de Constituição flexível os órgãos legislativos ordinários podem dispor livremente sobre qualquer matéria, desde que respeitada a forma procedimental preestabelecida e mantida a continuidade e o funcionamento dos respectivos sistemas (NEVES, 1988, pág. 112).

### *3.1.2 Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial*

Levando-se em conta a extensão do vício (invalidade) contido no ato normativo, a inconstitucionalidade será total ou parcial (NEVES, 1988, pág. 120). Para Clèmerson Clève (2000, p.48) “a inconstitucionalidade será total ou parcial conforme esteja a contaminar todo o ato ou a incidir apenas sobre parcela dele”. E, deduz-se desta distinção a regra da parcelaridade dos atos normativos, ou seja, a capacidade desses atos poderem sofrer parcelamento para efeito de fiscalização.

A inconstitucionalidade total se verifica quando o vício abrange todo o ato normativo. Clève (2000, p. 48) assenta que não deverá ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei (no sentido material ou formal) em sua integralidade caso apenas parte dela esteja tomada por vício ou vícios que ensejam a ilegitimidade constitucional.

A inconstitucionalidade parcial se caracteriza quando apenas parte do ato normativo (artigo, parágrafo, inciso, alínea ou mesmo uma expressão ou palavra) é eivada de vício.

### *3.1.3 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão*

Com relação à conduta omissiva ou comissiva do órgão legislador, faz-se distinção entre inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.

Na inconstitucionalidade por ação há um ato normativo que ofende a Constituição.

A inconstitucionalidade por omissão pressupõe um dever constitucional de legislar, passível de complementação ou suprimento por intermédio de órgão judicial, através de processo de concretização, a fim de assegurar eficácia plena ao preceito constitucional. Caracteriza-se quando o Poder Público deixa de cumprir seu dever de agir (GILMAR MENDES, 1987).

Para o direito contemporâneo, a inércia do Poder Público e o silêncio legislativo - não apenas a ação do Estado - podem conduzir a uma inconstitucionalidade. Consoante Clève (2000, pág. 52), “a omissão inconstitucional pode decorrer de inércia de qualquer dos poderes do Estado”.

#### *3.1.4 Inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente*

Considerando-se o momento de edição das normas constitucionais e eventuais mudanças nas situações fáticas quando da edição da lei, fala-se em inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente (GILMAR MENDES, 1987).

Diz-se inconstitucionalidade originária quando o órgão legislativo emana um ato normativo que viola uma norma constitucional vigente.

A inconstitucionalidade superveniente é a inconstitucionalidade que se manifesta posteriormente à edição do ato normativo. Para Clève (2000, pág. 54), “um ato sendo constitucional no momento de sua edição, deixa de sê-lo em virtude de reforma

constitucional, diante de renovada interpretação do dispositivo constitucional, ou, ainda, em decorrência de mudança nas circunstâncias fáticas”. Mas, adverte o autor que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal entende como revogado, e não inconstitucional, a lei que se torna contrária à Constituição em virtude de alteração da norma constitucional, decorrente de reforma constitucional (emenda ou revisão) ou de promulgação de nova *Lex Mater*.

Para Marcelo Neves (pág.113), a distinção entre inconstitucionalidade originária e superveniente é uma pretendida classificação da inconstitucionalidade material, mas que inclui espécies substancialmente diversas num mesmo gênero.

### 3.1.5 *Inconstitucionalidade antecedente e inconstitucionalidade conseqüente*

A inconstitucionalidade antecedente (ou imediata), segundo Clèmerson Clève (2000, pág. 56), “decorre da violação, direta e imediata, de uma norma constitucional por uma lei ou ato normativo”.

A inconstitucionalidade conseqüente (ou derivada) “decorre de um efeito reflexo da inconstitucionalidade antecedente ou imediata. Assim, será inconstitucional – inconstitucionalidade derivada ou conseqüente – a norma dependente de outra declarada inconstitucional – inconstitucionalidade imediata ou antecedente – e pertencente ao mesmo diploma legislativo (relação de dependência). Padecerá, igualmente, de vício de inconstitucionalidade conseqüente ou derivada o ato normativo que encontra o seu fundamento de validade em outro ou mantém relação de dependência com um terceiro declarado inconstitucional. É a situação, por exemplo, do regulamento em relação à lei; da lei em relação à medida provisória (no caso de conversão) ou da lei delegada em relação à lei de autorização (resolução do Congresso Nacional).” (CLÉVE, 2000, pág. 56).

### *3.1.6 Inconstitucionalidade direta e inconstitucionalidade indireta*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra hipóteses de inconstitucionalidade direta e de inconstitucionalidade indireta. Entretanto, parte da doutrina entende não haver razão para esta distinção, por se tratar a inconstitucionalidade indireta de um problema precípua de ilegalidade.

Consoante Marcelo Neves (1988, pág. 73), “a denominada ‘inconstitucionalidade mediata ou indireta’ é antes uma questão de ilegalidade, ou de invalidade por infração de dispositivo infralegal, inconfundíveis com a noção rigorosa de inconstitucionalidade; porque, admitindo-se o contrário, todas as questões de invalidade normativa seriam questões constitucionais”.

A par dessas considerações, essa classificação será estudada em capítulo específico.

## 4 INCONSTITUCIONALIDADE DIRETA E INDIRETA

Dentro da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo de jurisdição e o guardião da Constituição Federal. “Como órgão de cúpula da ordem judiciária nacional, tem o STF funções de alto relevo, destacando-se as que exerce sobre a constitucionalidade das leis e garantias constitucionais. Por isso, já foi definido como ‘guarda e oráculo da Constituição’, a aí está a sua função primordial na Federação”. (SILVA, 1963, pág. 440).

No exercício de sua competência de determinar o alcance e a extensão dos termos expressos na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a situação de contrariedade meramente reflexa, indireta, mediata, ao texto constitucional não basta, por si só, para viabilizar o conhecimento da matéria impugnada por aquela Corte. A contrariedade deve ser direta, frontal.

Nesse sentido, com relação ao cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, são as palavras do Min. Sepúlveda Pertence: “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” (ADI-2535). E ainda:

“Não basta a desqualificar uma questão de inconstitucionalidade e inviabilizar a ação direta que a fundamentação do ato questionado invoque um vínculo qualquer com normas de hierarquia infraconstitucional: o que degrada o problema ao nível da inconstitucionalidade mediata, reflexa ou indireta - assimilável ao de

mera ilegalidade -, é que efetivamente a conclusão sobre a compatibilidade entre o ato impugnado e a Constituição pressupõe a solução de controvérsia real sobre a inteligência de norma interposta de alçada infraconstitucional” (ADI-1776-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Na análise do fenômeno da relação de inconstitucionalidade, Jorge Miranda (1996, pág. 315) também ensina que a relação entre o comportamento ou a norma e a Constituição há de ser uma relação direta, traduzindo-se numa infração imediata de uma norma constitucional.

Segundo Jorge Miranda (1996, p. 315), não basta que um tipo de ato tenha o seu estatuto ou um aspecto principal da sua regulação na Constituição, pois é necessário que o ato dito inconstitucional contradiga uma norma constitucional de fundo, de competência ou de forma, e não uma norma interposta, situada entre a Constituição e esse ato. Dessa forma, conclui que “inconstitucionalidade verdadeira e própria só pode ser inconstitucionalidade específica ou directa”.

Elival da Silva Ramos (1994, p. 64) também entende que a relação de inconstitucionalidade não pode instaurar-se mediante a interposição de outro ato legislativo entre a Constituição (parâmetro) e a lei objeto de controle, de modo que a desconformidade se dê de forma direta entre a lei e o ato interposto e apenas indiretamente com referência às normas constitucionais que lhe dão suporte. Compartilha assim, na linha do professor Marcelo Neves (1988), que a inconstitucionalidade indireta é antes uma questão de ilegalidade.

O ponto de contato entre a inconstitucionalidade e a ilegalidade, para André Ramos Tavares (2002, p. 175/176), “está na característica comum de ambos os fenômenos constituírem uma violação de normas em nível hierárquico superior por parte do Poder Público”, e desse ponto decorre a tentação de se ampliar a noção de inconstitucionalidade;

pois, uma vez que a Constituição é sempre o fundamento último de validade de todas as demais normas do sistema jurídico, todas as violações normativas poderiam ser reduzidas a uma questão de inconstitucionalidade (em sentido amplíssimo). Nesse sentido, *in verbis*:

“[...] a ilegalidade, por infração de uma norma infraconstitucional, ou a invalidade, por infração de uma norma infralegal, sempre podem ser conduzidas em termos de violação indireta da norma hierarquicamente superior àquela violada diretamente, até se alcançar a Constituição. A inconstitucionalidade, contudo, não suporta tamanha elasticidade conceitual, sob pena de tornar-se impreciso o conceito, perdendo uma utilidade mínima que justifique sua abordagem específica” (TAVARES, 2002, p. 175/176).

No caso de a própria Constituição determinar que um ato normativo deve obedecer a um outro ato normativo infraconstitucional, TAVARES (2002, p. 176) entende tratar-se da ocorrência de inconstitucionalidade e ilegalidade a um só tempo diretas, e não de uma questão de inconstitucionalidade direta ou indireta.

Para resolver a questão, André Ramos Tavares (2002, p. 179) formula a regra de que: “sempre que houver delimitação de âmbitos próprios (distintos) de competência, a violação importa em inconstitucionalidade, e não em ilegalidade, porque no caso não há subordinação de uma norma à outra, antes se encontrando no mesmo nível e devendo, ambas, obediência direta à Constituição”. Assim, no caso de uma lei ordinária violar campo específico de competência de uma lei complementar não se pode falar em hierarquia entre as diferentes leis ou em ilegalidade, pois ambas haurem sua validade diretamente da Constituição.

Entretanto, consoante Elival Ramos (1994, p. 65), mesmo na hipótese de a Constituição prescrever a subordinação de um ato a uma norma infraconstitucional, o que ensejaria a violação da Lei Maior se essa norma fosse contrariada, não há razão “para deslocar



a questão do âmbito da ilegalidade para o da inconstitucionalidade, sob pena, como vimos, de atrair para esse conceito todas as contradições normativas verticais”.

Jorge Miranda (2003, p. 483) também defende que se trata de um problema de ilegalidade e não de inconstitucionalidade quando a contradição sob análise é, primariamente, entre duas normas não constitucionais, e não entre uma norma ordinária e uma norma constitucional. A relação, seja numa perspectiva de fundamentação ou condição de validade seja num critério prático de confronto, há de ser observada entre a norma que seja argüida de desconformidade e a norma que, direta e imediatamente, deve ter-se por seu parâmetro.

Nas palavras de Oswaldo Luiz Palu (1999, p. 73), inconstitucionalidade oblíqua ou reflexa “é aquela em que a norma inferior extravasa conteúdo de norma superior (mas não a Constituição), normalmente a lei, resultando em juízo de ilegalidade, ainda que possa vir, oblíqua ou reflexamente, a atingir a Constituição”.

Para Alfredo Buzaid (1958, pág. 46), a inconstitucionalidade “é direta, quando viola o direito expresso; e indireta, quando a lei é incompatível com o espírito ou sistema da Constituição”.

Marcelo Neves (1988, pág. 125) entende que simples recurso ao ‘espírito’ da Constituição é bastante vago e abstrato, sendo insuficiente como argumentação jurídica na alegação da inconstitucionalidade. Isto porque, embora os ordenamentos caracterizem-se, no complexo Estado contemporâneo, pelas antinomias de princípios, reconhece-se que estas só eventualmente dão lugar a antinomias normativas. Conclui, por fim, que é imprescindível a indicação da norma constitucional desrespeitada pela norma legal sujeita à argüição de inconstitucionalidade.

Marcelo Neves (2000, p. 125) admite que possa haver ao lado da inconstitucionalidade direta, decorrente de infração a dispositivo constitucional exposto, apesar do caráter semanticamente impreciso da distinção, a inconstitucionalidade indireta, decorrente da “ofensa” a norma constitucional implícita. Mas, mesmo nesse caso, é indispensável que seja violada norma constitucional existente, pertencente ao ordenamento jurídico.

Consoante André Ramos Tavares (2002, p. 193), “a violação de regras constitucionais não explícitas também revela uma faceta da inconstitucionalidade das leis. [...], trata-se de algo que se subtrai dos dispositivos” e não de algo vago e impreciso.

A fiscalização concreta de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dá-se pela interposição de recurso extraordinário, conforme os pressupostos específicos de cabimento previstos nas alíneas “a”, “b” e “c”, do inciso III, do art. 102, da Constituição Federal.

Também com relação àquele remédio de caráter excepcional, a Corte firmou-se pelo não cabimento do recurso extraordinário em caso de ofensa indireta à Constituição. Nesse sentido, *in verbis*:

“O RE não é via adequada à apuração da inconstitucionalidade reflexa: se a Constituição, explícita ou implicitamente, remete o trato de determinada matéria à lei ordinária, não cabe o recurso extraordinário por contrariedade à Lei Fundamental, se a aferição desta pressupõe a revisão da inteligência e da aplicação dadas a norma sub-constitucional interposta: análise da jurisprudência” (RE-147684/DF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 02.04.1993).

Mantovanni Colares Cavalcante (2003, p. 80) ensina que, “quando se diz que a ofensa há de ser direta, se está falando na impossibilidade de utilização do recurso extraordinário para discutir matéria que se esgotaria no exame da questão federal”. Assim, se

a decisão recorrida puder ser modificada com o exame prévio de direito infraconstitucional, não será permitido o manejo do recurso extraordinário.

Sustenta ainda Cavalcante (2003, p. 81) que a contrariedade direta à Constituição pode se dar quando o julgador afronta prescrição constitucional, percebida diante do enfrentamento da matéria, ou quando a decisão nega vigência ao Texto Maior, em virtude de não se ter aplicado norma constitucional exigível para aquela situação, preceito que se mostrava fundamental no caso concreto. "Assim, contrariar dispositivo da Constituição é, essencialmente, ofender norma constitucional mediante a sua não aplicação ao caso concreto, quando deveria fazê-lo, ou com o desvirtuamento do preceito constitucional, quando de sua utilização no julgado".

Para Alexandre de Moraes (2002), "a via reflexa caracteriza-se quando a apuração da ofensa à norma constitucional depender do reexame de normas infraconstitucionais aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto; ou ainda, quando, para atingir violação do preceito constitucional, houver necessidade de interpretação do sentido da legislação infraconstitucional". Nesse sentido a jurisprudência do STF:

"(...) tem-se violação reflexa à Constituição quando o seu reconhecimento depende de rever a interpretação dada à norma ordinária pela decisão recorrida, caso em que é a hierarquia infraconstitucional dessa última que define, para fins recursais, a natureza da questão federal. Admitir o recurso extraordinário por ofensa reflexa ao princípio constitucional da legalidade seria transformar em questões constitucionais todas as controvérsias sobre a interpretação da lei ordinária, baralhando as competências repartidas entre o STF e os tribunais superiores e usurpando até a autoridade definitiva da Justiça dos Estados para a interpretação do direito local" (RTJ-161/197).

A exigência pretoriana de a ofensa ser direta, frontal, para o cabimento do recurso extraordinário parece ter se firmado em momento anterior à Constituição Federal

vigente, como se pode extrair do voto do Ministro Luiz Gallotti, em julgamento datado de 02.12.1971: “não há como acolher o argumento de que se trata de matéria constitucional, só porque se invoca lei ordinária que regula matéria prevista na Constituição. A argumentar-se assim, todas as matérias reguladas em lei ordinária como desdobramentos de princípios gerais contidos na Constituição seriam de ordem constitucional, o que não há como admitir” (RE-72959, Rel. Ministro Luiz Gallotti, RTJ-60/294 DJ 01/03/1972).

Segundo entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence (RE-147684), a estrita observância dos limites constitucionais do recurso extraordinário se tornou ainda mais imperativa sob a Constituição de 1988, uma vez que a palavra definitiva sobre a inteligência do direito infraconstitucional foi confiada ao Superior Tribunal de Justiça por via do recurso especial.

Entende Fábio José Moreira dos Santos (2002, p. 186) que foi na trilha dos óbices jurisprudências, advindo da busca de resguardar o bom funcionamento do Supremo Tribunal Federal sob um fluxo razoável de demandas, que se passou a entender que a decisão recorrida por meio do recurso extraordinário - interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea “a”, da CF -, embora traga consigo afronta á Carta Magna, antes decorre de violação de norma infraconstitucional e configura-se a situação de ofensa indireta e oblíqua à Constituição Federal.

Também, em doutrina recente, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 98), defende que a posição de se distinguir a chamada ofensa direta e a ofensa por via reflexa à Constituição “não encontra guarida na coerência interna do texto constitucional, que determina a função de controle da constitucionalidade das leis difuso em última instância no

Judiciário brasileiro”. Para o autor, ofensa à Constituição, de qualquer natureza, deve ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, *in verbis*:

“[...] qualquer violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal, da indispensável fundamentação de atos jurisdicionais decisórios, de violação ao princípio do contraditório ou dos limites da coisa julgada devem necessariamente poder ser objeto de Recurso Extraordinário e serem apreciadas pelo supremo Tribunal Federal. [...]. O Supremo parece acreditar que possa haver uma cisão no ordenamento jurídico, de forma a apartar as normas constitucionais das normas infraconstitucionais” (CRUZ, 2004, p. 98/99).

Em breve análise, essa posição, não isolada, de Álvaro Ricardo, parece estar caminhando na contramão do que vem sendo desenvolvido pela jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal ao longo de décadas e, também, por ilustres doutrinadores nacionais e portugueses.

## 5 CONCLUSÃO

A Constituição é a lei fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, dotada de supremacia sobre todos os outros atos normativos. Sua superioridade normativa implica na obrigatoriedade de conformidade de todos os atos do poder público às suas regras e princípios.

O principal mecanismo de defesa ou garantia da Constituição é a fiscalização de constitucionalidade. A sanção geral aplicável a um ato normativo colidente com o parâmetro normativo-constitucional é a inconstitucionalidade.

No Direito Constitucional brasileiro, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; e, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou única instância que contrariem a Constituição.

E, uma vez reconhecida a Constituição Federal como *norma normarum*, fundamento de validade e parâmetro obrigatório para todas as demais normas infraconstitucionais, poder-se-ia levar à conclusão de que, em última análise, todos os atos normativos - decretos, regulamentos, sentenças judiciais e atos administrativos -, seriam objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a situação de inconstitucionalidade indireta ou contrariedade reflexa aos dispositivos e princípios constitucionais não viabiliza o conhecimento do ato impugnado por aquela Corte.

Seguindo esse entendimento, parte da doutrina firmou entendimento no sentido a denominada inconstitucionalidade mediata ou indireta é antes uma questão de ilegalidade que não se confunde com a noção rigorosa de inconstitucionalidade.

Consoante Jorge Miranda, tanto a inconstitucionalidade como a ilegalidade são violações a normas jurídicas por ato do poder público, que não divergem de natureza, mas pela qualidade dos preceitos ofendidos. Assim, se a violação for diretamente a preceito formalmente constitucional, tem-se a inconstitucionalidade.

Nas palavras de Jorge Miranda (1996, p. 325), “o sistema jurídico não está organizado de forma circular, com a Constituição no centro e todos os actos amarrados a ela, a igual distância, [...] a complexidade das situações da vida e das intervenções do Estado na sociedade impõe a multiplicidade e a descentralização de fontes e órgãos de produção jurídica”.

A estrutura hierarquizada da produção normativa implica na obrigatoriedade de que cada ato normativo tem de procurar sua validade formal e material num preceito determinado e imediatamente superior, que, por sua vez, se funda em outro de grau superior. Dessa forma, existem os atos que encontram sua validade diretamente nos preceitos da Constituição e outros que possuem como parâmetro normas infraconstitucionais.

Na linha do que foi desenvolvido por ilustres constitucionalistas e pela jurisprudência pretoriana, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, conclui-se que

a expressão 'inconstitucionalidade indireta' se identifica com as questões referentes à parametricidade interposta, ou seja, quando a norma objeto não encontra seu fundamento de validade diretamente nas normas da Constituição, mas sim, em uma norma infraconstitucional, sendo dessa forma, uma relação de legalidade e não de constitucionalidade, o que torna o Supremo Tribunal Federal incompetente, nos termos da Constituição Federal de 1988, para analisar a matéria.

E, com relação ao controle concreto de constitucionalidade, por via do recurso extraordinário, entendemos que, devido à falta de razoabilidade na possibilidade de todas as demandas existentes no país serem passíveis de chegar a um desfecho definitivo somente após a apreciação pelo guardião da Constituição, foi necessário, até mesmo imprescindível, que a interpretação constitucional se desenvolvesse no sentido de criar limites materiais e procedimentais para as questões que poderiam ser submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal.



## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUZUID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAVALCANTE, Mantovani Colares. **Recursos especial e extraordinário**. São Paulo: Dialética, 2003.

**Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto com as alterações até a Emenda Constitucional nº 45/2004. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2.ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 8. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. Dissertação de Mestrado. Brasília, 1987.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade**. Tomo II. 3.ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teoria do estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: forense, 2003.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PALU, Oswaldo Palu. **Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Fábio José Moreira dos. Ofensa direta e frontal à Constituição Federal como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário segundo a jurisprudência do STF. In: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. Coordenação Nelson Nery Jr. et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.