

Turma e Ano: Turma Regular – Master A

Matéria / Aula: Direito Constitucional – Aula 08

Professor: Marcelo Leonardo Tavares

Monitora: Beatriz Moreira Souza

1. Tipos de inconstitucionalidade

1.1. Formal: Vício do processo legislativo.

O caso clássico de inconstitucionalidade formal é a usurpação de competência exclusiva do presidente da república para apresentar projeto de lei.

O STF entende que a mera sanção não supri o vício de usurpação. Se o Congresso apresentou um PL de iniciativa do Presidente da República e este, posteriormente, tem a oportunidade de sancioná-lo, isso não é capaz de suprir o vício formal.

Frisa-se que PL do Presidente da República pode ser objeto de emenda parlamentar, conforme postura pacífica do STF, desde que se mantenha o tema e não haja aumento orçamentário.

1.2. Material: Incompatibilidade material / ideológica entre a norma infraconstitucional e o paradigma constitucional.

- Questão controvertida:

Assuntos referentes ao pacto federativo.

Exemplo: Um determinado ente edita uma lei cuja competência é da União. No entendimento do professor, está caracterizado um vício de natureza material, pois é um vício de natureza política acerca do pacto federativo. Não é uma mera usurpação de competências no processo legislativo. Autores como Gilmar Mendes também possuem esse entendimento.¹

1.3. Total: Atinge todo o ato normativo.

Obs.: Quase todos os casos de inconstitucionalidade formal é também total.

1.4. Parcial: Atinge somente parte do ato normativo.

1.5. Ação: O objeto é um ato produzido pelo poder público.

1.6. Omissão: O objeto é a falta de um ato normativo para regulamentar uma norma constitucional.

1.6.1. Omissão total

A omissão total é a falta de regulamentação de uma norma constitucional de eficácia limitada e que por isto fica em crise de eficácia.

A falta de regulamentação de uma norma de eficácia plena não gera omissão inconstitucional. Ela pode ser regulamentada. Não tem que.

¹ Daniel Sarmento entende que é um vício de caráter formal.

1.6.2. Omissão Parcial

Na omissão parcial existe regulamentação, contudo é insuficiente. Dependendo do objeto, este poderá ser abordado por ADI ou ADI por omissão. Se a argumentação é no sentido de insuficiência da argumentação, a via adequada será a ADI por omissão. Porém, se a argumentação é no sentido de invalidez do que fora argumentado, será utilizado ADI. O STF entende que esse fenômeno é passível de fungibilidade de ações.

1.6.2.1. Omissão Parcial: Benefício compatível com princípio da igualdade (Gilmar Mendes)

A constituição determina o mesmo tipo de tratamento ao grupo A e B. Porém a lei X concede o direito somente ao grupo A. Note que houve uma omissão parcial. Entretanto, frisa-se que a inconstitucionalidade não está no fato de a lei X ter concedido o direito somente a A ou não tê-lo proporcionado a B. A inconstitucionalidade reside no fato da lei ter concedido o direito a A e não a B.

Existem duas possibilidades de solução para essa vantagem concedida somente a lei A.

Dar a B

Ou

Retirar de A

⇒ Acabo com o problema da Isonomia.

Como retirar de A pode não ser socialmente adequado, a tendência é conceder o direito a B. Por isso, cada vez mais, o STF tem deixado para trás a afirmação de que não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo.

1.7. Antecedente:

1.8. Consequente (inconstitucionalidade por arrastamento):

O decreto está de acordo com a lei, porém a lei é inconstitucional, logo o decreto é inconstitucional (a inconstitucionalidade do decreto é uma consequência da inconstitucionalidade da lei).

1.8. Direta

1.9. Indireta: A lei é constitucional. O decreto não é. Conforme o STF, há um vício de legalidade. Pode ser resolvido no controle de legalidade do ato administrativo.

2. Tipologia de Sistemas de Controle

2.1. Quanto ao objeto: Ação ou Omissão.

2.1.1. Omissão: Ausência ou insuficiência da regulamentação

2.1.2. Ação: O objeto é um ato existente do poder público.

2.2. Quanto ao momento: Preventivo ou Repressivo (Sucessivo)

2.2.1. Preventivo: O objeto ainda não se aperfeiçoou como ato jurídico, isto é, o objeto ainda não existe.

2.2.2. Repressivo: O objeto já preencheu todas as suas fases. A lei deve ser publica para ser caracterizada como repressiva mesmo antes da vigência.

- No caso do processo legislativo a lei existe a partir de quando? A lei existe a partir do momento que a lei é sancionada ou vetada.

2.3. Quanto à natureza do órgão: judicial ou político

2.3.1. Judicial: Efetuado por órgão integrante do Judiciário.

2.3.2. Político: Efetuado por órgão não integrante do Judiciário.

- **Obs.:** A rigor o controle efetuado pelas Supremas Cortes é político, porém, no Brasil, como STF integra o poder Judiciário o seu controle é de caráter judicial. Na Corte Constitucional Alemã, por exemplo, o controle não é judiciário e sim político.
- **Controvérsia sobre a Medida Provisória:** A MP é um ato híbrido, publicada pelo executivo, possui força de lei e é eficaz, contudo quando apreciada pelo Congresso adquirir caráter de projeto de lei.

2.4. Quanto à provocação feita pela parte

2.4.1. Via de exceção: Quando a parte invoca a invalidade na defesa do seu interesse.

2.4.2. Via de ação: Integra o pedido.

- **Obs.:** No controle difuso o juiz possui competência para alegar inconstitucionalidade na fundamentação da sua sentença. Não é competente para declará-la no dispositivo. *Não pode apreciar a constitucionalidade como pedido.*

2.5. Quanto ao modo de pronunciamento do órgão

2.5.1. Via incidental: Pronúncia realizada na fundamentação por meio do controle difuso.

Obs.: Natureza processual do controle de constitucionalidade no controle de uma sentença: Questão **prejudicial de mérito**, ou seja, dentro do mérito o magistrado faz a análise da questão do controle primeiramente.

2.5.2. Via principal: Análise da constitucionalidade no dispositivo. (STF)

2.6. Quanto à finalidade

2.6.1. Subjetivo/ concreto: Atinge o interesse as partes.

2.6.2. Objetivo/abstrato: Possui um interesse abstrato.

3. Regra Brasileira

O controle preventivo é político e o judicial é repressivo (Regra).

Exemplos:

Controle preventivo => Veto do presidente da república.

Controle repressivo judicial => controle difuso, ADI, ADC.

3.1. Exceção: Controle preventivo judicial e repressivo político.

Exemplos:

Preventivo Judicial => Impetração de MS por parlamentar pedindo a correção do processo legislativo.

Político Repressivo => Art. 49, V da CF/88 => Lei delegada.

Curiosidade: O último presidente da república que pediu autorização para editar lei delegada foi Itamar Franco.

4. Tipologia de decisões no controle de constitucionalidade

4.1. Declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade (total ou parcial): Declara a inconstitucionalidade e invalida a norma.

4.2. Declaração de inconstitucionalidade com pronúncia parcial de nulidade sem redução de texto: Refere-se à aplicação da norma a um determinado caso.

Exemplo: A lei prevê a aplicação de maneira A e B. Porém a aplicação B é inconstitucional e a A é constitucional. Caso o STF decidir pela nulidade total, haverá uma invalidade total e este posicionamento não se reveste de credibilidade social, pois a norma é constitucional para A, porque invalidar a norma com pronúncia de nulidade se a lei é constitucional para A.

Na pureza da teoria, o pedido na ADI deve ser julgado parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei, se aplicada a tal caso (Conforme o exemplo, aplicada ao caso B).

Obs.: Na praxe do STF não existe um costume de diferenciar os métodos 4.2 e 4.3.

4.3. Interpretação conforme a constituição: Refere-se à interpretação de uma norma.

Um dispositivo oferece várias linhas de interpretação. Uma é constitucional, ao passo que outra é inconstitucional. O STF ao declarar que a norma é constitucional, desde que interpretada da maneira X, realiza a técnica de interpretação conforme a constituição.

Na pureza da teoria, quando uma interpretação conforme a constituição faz-se presente, o pedido na ADI (pedido para declarar nulidade) deve ser julgado improcedente para declarar a norma constitucional, se interpretada de tal forma.

4.4. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: O STF pode entender que a lei é inconstitucional, todavia *socialmente* é melhor mantê-la e não declará-la inconstitucional.

O Supremo realizou essa técnica, em 2013, em um julgamento de assistência social. O art. 203, V da CF/88 prevê a entrega de um salário mínimo ao idoso ou deficiente físico que seja necessitado. O art. 20 p 3 da lei 8742/93 (LOAS) prevê que pessoa necessitada é aquela cuja renda familiar é inferior a ¼ do salário mínimo. Destaca-se que, na década de 1990, a Corte já tinha declarado constitucional o tema, porém em 2013 houve uma superação da coisa julgada² e nova apreciação do assunto. Com a relatoria de Gilmar Mendes, o entendimento foi no sentido de ocorrência de inconstitucionalidade progressiva – fática e normativa, pois o valor - ¼ do salário mínimo - estava destoante na realidade econômica atua. Ocorreu uma inconstitucionalidade superveniente com relação a norma.

Porém para não ficar sem nenhum patamar, o STF não apreciou a nulidade, deixando que os magistrados na apreciação de cada caso concreto partindo do parâmetro de ¼ pudessem identificar parâmetros. (mesmo com a renda maior que ¼ do salário mínimo).

4.5. Declaração de inconstitucionalidade qualitativa (a lei ainda é constitucional)

É possível ocorrer um processo de inconstitucionalidade superveniente.

O STF tem que se pronunciar **durante o fenômeno da inconstitucionalidade** (a lei ainda não se tornou inconstitucional), porém já um vislumbre de futura inconstitucionalidade da norma. Nestes casos, a Corte tem que julgar improcedente o pedido na ADI declarando que a lei ainda é constitucional. Fatalmente ocorre um apelo ao legislador (emite um ofício ao congresso).

² O STF pode superar sua coisa julgada para proporcionar o avanço da jurisprudência.

Exemplo: Recurso Extraordinário sobre atribuição do MP para propor ação civil ex delicto da vítima hipossuficiente.³

É uma ação civil realizada após o trânsito em julgado de uma condenação criminal.

4.6. Declaração de inconstitucionalidade com impedimento de produção de efeitos repristinatório:



Se o Supremo silenciar o efeito repristinatório ocorre em tese.

4.6.1. Diferença entre repristinação e efeito repristinatório


No direito brasileiro não se admite o efeito de repristinação em tese, mas se admite a ocorrência de efeito repristinatório em tese.

4.6.1.1. Repristinação: Existem 3 (três) leis sucessivas o tempo: A B C

A lei B revogou a lei A. A lei C revogou a B.

A  B  C

B  A (Lei B revogou a lei A)

C  B (Lei C revogou a lei B)

Revogada a lei que revogara a outra, no ato de revogação, revogou-se inclusive o ato de revogação da primeira.⁴

4.6.1.2. Efeito Repristinatório: Existem duas leis e uma decisão de nulidade

A lei A é revogada pela lei B e a lei B vem ser declarada inconstitucional. Se a lei B é nula, desde início, a lei A jamais foi revogada. Se o STF declarar a inconstitucionalidade da lei A, haverá efeito repristinatório natural. O efeito repristinatório é a regra. Para afastá-lo deverá estar expreso no dispositivo. Não se aceita a repristinação tácita.

4.7. Declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade e aplicação de modulação de efeitos

A nulidade não terá efeitos *ex tunc* e produzirá efeitos a partir de outro momento qualquer. Pode ser a data da decisão, a data da publicação ou, até mesmo, um efeito de nulidade parcial.

³ Após a CF/88 quem representa o hipossuficiente é a defensoria pública. A incompatibilidade material deve ser relevada temporariamente nos estados em que ainda não possuem DP estruturada.

⁴ O fenômeno da repristinação não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro. Repristinação é o “retorno à vigência de uma lei revogada, pela revogação da lei revogadora”.

Art. 2 § 3 da LINDB: Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

5. Quadro comparativo: Repristinação e efeito repristinatório⁵

QUADRO COMPARATIVO	
Repristinação da norma	Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade
Dispositivo legal: art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).	Dispositivo legal: art. 11, § 2º, da Lei n.º 9.868/99.
Veda-se a repristinação tácita ou automática. Somente é possível a repristinação expressa.	Em regra, o efeito repristinatório é automático. Exige-se manifestação expressa apenas para afastá-lo.
Fala-se apenas em normas revogadas e normas revogadoras, não em normas com vícios de validade.	A norma revogadora contém vício de validade.
Atuação do Poder Legislativo, ao inserir, no texto da lei, sua vontade de repristinação da norma.	Atuação do Poder Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade da lei revogadora.

⁵ <http://www.espacojuridico.com/>