

ARTIGO: O controle incidental e o controle abstrato de normas

Luís Fernando de Souza Pastana¹

RESUMO: Nosso ordenamento jurídico estabelece a supremacia da Constituição Federal e, para que esta supremacia seja efetiva, há previsão de formas de controle das normas infraconstitucionais. Observaremos o conceito e os principais elementos do controle incidental e, também, do controle abstrato. Ainda, observaremos a chamada abstrativização do controle difuso, figura jurídica que aproxima as duas formas de controle de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade. Abstrato. Concentrado. Incidental. Difuso.

1 Introdução

Controle de constitucionalidade é a forma pela qual se realiza a contraposição normativa entre a Constituição e uma norma infraconstitucional, a fim de se assegurar a supremacia jurídica daquela.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador do Município de Diadema. E-mail do autor: lufernando00@hotmail.com.

Esse controle que a Constituição exerce sobre a normatividade de outras normas pode ocorrer de diversas maneiras.

Assim, quanto ao modo ou forma de controle, temos que o controle de constitucionalidade pode ser incidental ou abstrato.

Por se tratar de temática extremamente ampla, iremos delimitar a abordagem ao conceito e aspectos gerais dessas formas de controle, passando por temas atuais como o fenômeno da abstrativização do controle difuso.

2 Do controle incidental

No direito brasileiro, o controle incidental surge com a constituição de 1891, por influência do direito americano.

No controle incidental, a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente (questão que deve ser decidida, no entanto, não se confundindo com o mérito da causa).

O controle incidental, também chamado de controle concreto ou controle por via de exceção, tem por finalidade principal assegurar a proteção de direitos subjetivos da parte: com a declaração de inconstitucionalidade, um direito da parte é assegurado (objeto da ação).

Como o controle concreto pode ser realizado por qualquer juiz, em qualquer ação, não há requisitos específicos para este controle.

Há quem entenda que, mesmo sem qualquer provocação da parte, poderia o juiz realizar o controle concreto, analisando a inconstitucionalidade de uma norma (prevaleceu no STF esse entendimento).

Ou seja, o controle concreto pode ser realizado de ofício pelo juiz. No âmbito do Tribunal, segundo o art. 97, CF, que traz a chamada cláusula de reserva de plenário, a questão constitucional incidental somente pode ser conhecida e declarada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do órgão especial.

Afirma o referido artigo:

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

A decisão do Tribunal sobre a temática irá vincular o órgão fracionário que, com base naquela decisão, irá passar a analisar o mérito da causa. De acordo com a súmula vinculante nº 10, viola a cláusula de reserva de plenário o

órgão fracionário que, embora não declare a inconstitucionalidade da norma, afasta a sua aplicação.

Assim estabelece a referida súmula:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Importante salientar que no controle concreto a pretensão de declaração de inconstitucionalidade é deduzida em juízo através de um processo subjetivo. A questão principal discutida é o direito subjetivo da parte e, incidentalmente, para se proteger tal direito, realiza-se o controle concreto.

No controle incidental, como a inconstitucionalidade é discutida como questão prejudicial, ela deve ser resolvida na fundamentação da decisão, não fazendo parte do dispositivo.

Quanto ao aspecto temporal, em regra, o controle difuso produz efeitos retroativos (*ex tunc*), no entanto, o STF aceita a modulação dos efeitos, aplicando-se por analogia uma regra expressa para o controle abstrato.

No controle incidental, o reconhecimento da inconstitucionalidade produz efeitos somente entre as partes. No entanto, há instrumentos utilizados para ampliar o alcance da decisão de inconstitucionalidade.

O Senado Federal pode, expressamente autorizado pela CF (art. 52, X), suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso. Trata-se, portanto, de conferir eficácia *erga omnes* a uma decisão que, proferida incidentalmente, teria o condão de atingir somente as partes processuais.

Estabelece o art. 52, X da Constituição Federal:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

O STF entende que o Senado deverá, caso entenda por editar uma resolução suspendendo a execução da lei, respeitar os limites estabelecidos pela decisão do Tribunal, suspendendo no exato limite de sua inconstitucionalidade.

Há doutrina e, inclusive, jurisprudência, que aponta verdadeira mutação constitucional em relação ao art. 52, X, CF: trata-se do fenômeno da abstrativização do controle difuso.

A abstrativização do controle difuso consiste em conferir os efeitos típicos do controle abstrato ao processo constitucional subjetivo (controle difuso entre partes). Ou seja, é conferir efeito *erga omnes* e vinculante à decisão proferida em controle difuso.

O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, já entendeu que o art. 52, X, CF, que traz a regra de suspensão da lei pelo Senado, tem simples efeito de publicidade, ou seja, o STF, em sede de controle incidental, se declarar que a lei é inconstitucional, então essa decisão já terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação à casa legislativa para que dê apenas publicidade à decisão.

Passemos, agora, à análise do chamado controle abstrato.

3 Do controle abstrato

No direito brasileiro, o controle abstrato surge por uma emenda à constituição de 1946.

O controle abstrato de constitucionalidade autoriza que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo, cujo objeto é a

própria inconstitucionalidade da lei. Em geral, admite-se a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade.

O controle abstrato, também conhecido como controle por via direta, tem como finalidade precípua (e não exclusiva) assegurar a supremacia da constituição (lembrando-se que o controle concreto tem como finalidade, além de conferir supremacia para a constituição, a proteção de direito subjetivo (finalidade principal)).

No controle abstrato, a pretensão é deduzida em juízo através de um processo constitucional objetivo. Isso significa que não há um interesse jurídico subjetivo posto em juízo, em outras palavras, trata-se de um processo sem partes. Portanto, alguns princípios processuais não se aplicam ao processo constitucional objetivo, assim, não há que se falar em contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, etc.

Foram contemplados na CF/88 quatro mecanismos de controle abstrato: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O controle abstrato se dá de modo concentrado, ou seja, apenas o STF, no direito brasileiro, tem competência para realizar o controle de constitucionalidade abstratamente, tendo como parâmetro a CF.

Como já dito, nos processos de controle abstrato não há parte propriamente dita. Por isso, existe a necessidade de previsão legal dos legitimados ativos para a propositura.

A CF, assim, expressamente, aponta os legitimados para a propositura de ação que visa realizar o controle abstrato de normas.

O controle abstrato de constitucionalidade admite a declaração de inconstitucionalidade para as normas editadas após a CF/88 e, ainda, admite a declaração de não recepção para as normas editadas antes da CF/88.

Lei infraconstitucional disciplina cada modalidade de ação que realiza o controle abstrato, cada qual, portanto, guardando suas peculiaridades.

De modo geral, a decisão no controle abstrato produzirá efeitos contra todos, ou seja, *erga omnes*, e também terá efeito retroativo, *ex tunc*, retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a CF. Trata-se, portanto, de ato nulo.

No entanto, possível ocorrer a chamada modulação de efeitos. Neste sentido, ao declarar a inconstitucionalidade, por exemplo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela decisão ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de outro momento.

Estabelece o art. 27 da Lei 9868/99, que regulamenta o processo e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Ainda, a decisão de controle abstrato terá efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. No entanto, não terá efeito vinculante em relação ao Poder Legislativo, que poderá, inclusive, editar nova lei em sentido contrário à decisão do STF. Entendimento diverso ocasionaria a chamada fossilização da CF.

Assim dispõe o art. 28 da lei já citada, mais precisamente, seu parágrafo único:

“Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo

Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

4 Conclusão

Observamos, neste artigo, o conceito e os principais elementos do controle incidental e, também, do controle abstrato. Ainda, observamos a chamada abstrativização do controle concreto, figura jurídica que aproxima as duas formas de controle de constitucionalidade.

O estudo do controle de constitucionalidade permite que se conclua uma característica fundamental da nossa ordem jurídica: a supremacia da Constituição Federal frente a outras normas jurídicas.

Nosso ordenamento jurídico estabelece a supremacia da Constituição Federal e, para que esta supremacia seja efetiva, há previsão de formas de controle das normas infraconstitucionais.

As formas de controle, portanto, e aqui se cuida de característica comum ao controle incidente e ao controle abstrato, visam retirar do ordenamento a norma que não esteja de acordo com as diretrizes da Constituição (norma que fundamenta toda nossa ordem jurídica).

5 Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 14.^a Ed. São Paulo: Saraiva. 1992.

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

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2013 – 28^a edição.

DE MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 22.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009 – 4^a edição.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo:
Malheiros, 2007 – 29ª edição.