



# Unidade V

## Controle de Constitucionalidade

# Introdução ao Estudo do Controle de Constitucionalidade das Leis

## 1. Considerações Preliminares

O estudo do controle de constitucionalidade das leis exige algumas considerações preliminares para que o leitor tenha uma noção daquilo que o aguarda. Até porque talvez seja esse o tema mais complexo de toda a teoria geral do direito constitucional.

Visando a uma análise propedêutica, nos permitimos utilizar uma pequena metáfora para introduzir o tema, sobretudo para aquele que toma contato com estas verdades constitucionais pela primeira vez.

Sendo assim, imaginemos o Estado como um grande organismo biológico no qual o seu centro de comando (o cérebro) seja a Constituição. Dentro desse contexto percebemos a existência de vários sistemas vitais submetidos às ordens do cérebro, sejam ordens conscientes ou mesmo automáticas. Como todo organismo razoavelmente desenvolvido, esse também possui um sistema de defesa responsável pela manutenção do equilíbrio metabólico, primando pelas condições normais de temperatura e pressão indispensáveis ao bem-estar de todos os sistemas de suporte de vida. Supondo que um vírus invasor seja detectado, aciona-se, de imediato, esse sistema de defesa, que deverá localizar, identificar e expurgar o inimigo da “corrente sanguínea” do Estado, restabelecendo a perfeita obediência dos sistemas afetados às determinações da Constituição-cérebro.

Releva fazer notar que esse vírus pode ser oriundo do próprio organismo estatal (uma lei, por exemplo) ou pode ter um caráter exógeno, ou seja, um elemento extrínseco ao Estado (um tratado internacional, por exemplo). Em suma, qualquer que seja a natureza do ataque, endógeno e exógeno, um sistema de defesa imunológico é acionado e, como todo sistema de defesa, este também goza de uma complexidade ímpar.

Interessante notar que tal sistema de defesa pode ser acionado quando o vírus ainda não está se reproduzindo, ainda se encontra incubado, oferecendo um perigo potencial enquanto projeto de lei inconstitucional, situação que exigirá uma medicina profilática.

E é graças a este sistema de defesa preventivo que toda lei produzida pela “medula” do Estado é presumidamente compatível com a Constituição.

Todavia, se tais medidas preventivas falharem, ainda restará uma segunda linha de defesa a ser acionada, um controle repressivo, ou seja, curativo, tendo por escopo localizar e destruir o vírus que insiste em regular relações jurídicas de forma contrária aos ditames da “Constituição-cérebro”. Esse último baluarte de defesa do organismo estatal não pode falhar sob pena de a infecção oportunística se generalizar e o Estado se perder dentro de um completo caos metabólico, ocasionando a falência inclemente de todos os órgãos e instituições. Todavia, ao contrário do que ocorre com qualquer organismo biologicamente concebido, o Estado não falece, antes perecesse, seria um destino mais digno. Se uma norma inconstitucional lograr vencer todos os sistemas de defesa e medrar no organismo estatal ocorrerá uma mutação genética drástica e este Estado Democrático de Direito, belo, saudável, jovem e promissor se transformará em uma aberração monstruosa, em um Estado cruel com sua saliva ácida e suas garras protuberantes, um estado autocrático e déspota, devorador de todas as liberdades e, por natureza, adversário contumaz da dignidade da pessoa humana.

Como se percebe, a manutenção da efetividade do sistema de controle de constitucionalidade guarda relação direta com o conceito de Estado Democrático de Direito, com o conceito de cidadania e com a própria idéia de liberdade constitucional. Talvez por isso o tema seja tão envolvente e controverso ao mesmo tempo, exigindo do operador do direito uma dedicação hercúlea para não tropeçar nas armadilhas conceituais que naturalmente surgirão em vários tópicos que, doravante, abordaremos, dada a própria complexidade do tema.

## **2. Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade**

### **2.1. Introdução**

Uma breve noção histórica, além de propiciar maiores elementos para engrandecer a cultura jurídica do candidato, contribui substancialmente para uma melhor e mais ampla compreensão do tema proposto. A maior preocupação nesse passo é a de situar a evolução do controle da constitucionalidade no tempo e no espaço. Passemos, então, a esta perfunctória e desprezível análise histórica.

### **2.2. Grécia**

Seguros indícios atestam que no século IV a.C., em Atenas, foi instituído o *graphé paranomom* (arguição de inconstitucionalidade), de forma que todos os cidadãos tornavam-se responsáveis pela defesa das leis e da Constituição. Há poucas referências acerca de seu uso no período que medeia entre os anos de 462-404 e nenhuma antes de 415.

Até mesmo o princípio da legalidade encontra respaldo em Ésquines: “O litigante e a lei devem soar a mesma nota; se há discórdia, o tribunal deve decidir pela lei”.

### 2.3. Roma

Diante das lições dos doutos na matéria, infere-se que o Senado romano era, a bem da verdade, o verdadeiro guardião da Constituição e das leis, zelando pela sua estrita obediência e promovendo a revogação de dispositivos que inobservassem as regras estatuídas pela Constituição.

Destaca-se nesse campo a sempre brilhante atuação de Cícero. Em sua obra alguns autores, como Corwin, conseguem vislumbrar o embrião do *judicial review*. Ainda que Cícero não tenha contribuído diretamente para o estabelecimento do controle judicial, fê-lo, ao menos, de maneira indireta através de certas idéias. Uma delas, por exemplo, consiste na asserção de que o direito natural não requer nenhum intérprete além do próprio indivíduo, uma noção que, ainda algumas vezes, se reflete nos litígios perante os tribunais e nas controvérsias dos doutrinadores, e segundo a qual as leis inconstitucionais são inconstitucionais *per se*, e não porque qualquer tribunal, revestido de autoridade, assim as considere.

### 2.4. Inglaterra

Apesar de possuir uma Constituição plástica e, portanto, histórica, foi em solo britânico que o controle jurisdicional de constitucionalidade encontrou seu precursor mais importante.

Lord Cook, autor das *Institutes of the Laws of England*, era conhecido por sua ferrenha oposição ao poder ilimitado do Parlamento, chegando mesmo a defender a nulidade das deliberações legislativas que frontalmente contrariassem à *common law* (direito costumeiro). No pensamento de Cook, o Estado britânico era composto por tribunais (sendo o Parlamento um deles), devendo seus atos serem submetidos ao exame da *common law*. Conseqüentemente, estabeleceu-se que o rei não poderia julgar senão por intermédio dos juízes, “de acordo com o direito e o costume da Inglaterra” (*Case of Prohibitions*, 1607), e de que lhe carecia poder para modificar o Direito do país, e, especialmente, criar novos delitos (*Case of Proclamation*).

Dada a inegável influência que o pensamento de Cook tinha sobre os tribunais da época, não seria exagero afirmar que foi ele o pai do movimento que, mais tarde, viria a ser conhecido como constitucionalismo. A partir desse momento, desenvolve-se, em certa escala, a opinião a respeito de uma hierarquia de regras (ou normas), o que vai corroborar os postulados jusnaturalistas. Mais tarde, Hans Kelsen registraria a inequívoca influência da escola do Direito natural nesse período de evolução do denominado constitucionalismo.

Fruto da influência poderosa de Lord Cook, podemos distinguir, por volta de 1633, certa tendência à imposição de limites legais à atividade do Parlamento, no tocante ao controle da constitucionalidade das leis.

Todavia, ressalte-se que a Constituição inglesa guarda apenas uma supremacia material em relação às demais espécies normativas que compõem o ordenamento jurídico daquele país. A inexistência de supremacia formal, devido a uma Cons-

tuição flexível, autoriza afirmar-se que inexistente um controle de constitucionalidade em solo inglês. Sobre isso caberia lembrar o mestre Afonso Arinos de Mello Franco quando assevera que, embora costumeira e flexível, a Constituição inglesa varia menos do que o grande número de Constituições escritas e supostamente rígidas.

## 2.5. Alemanha

A partir da Teoria Pura do Direito de Kelsen, foi concebido um modelo de controle de jurisdição concentrada de constitucionalidade, consagrado pela Constituição austríaca de 1920, que veio a ser adotado posteriormente na Itália e na Alemanha. Com a reforma constitucional de 1929, a par do controle abstrato das leis, passou o modelo austríaco a admitir, igualmente, o controle concreto, abrindo caminho para que essa orientação também influenciasse as Constituições alemã e italiana.

Devido ao lento processo de unificação da Alemanha, a implantação de um sistema unificado de controle de constitucionalidade foi, igualmente, moroso. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a Constituição de 1849 foi o primeiro projeto concreto de organização de uma jurisdição constitucional, não obstante sequer ter sido promulgada. Somente com a consolidação do sistema federativo na Constituição Weimar, em 1919, surge um sistema judicial de controle objetivando a solução de conflitos entre Estados ou entre eles e o ente central (*Reich*).

Kelsen entendia que a fiscalização de constitucionalidade não é função tipicamente judicante, consistindo em uma espécie de função constitucional autônoma, onde o órgão responsável teria como atribuição **legislar negativamente**, ou seja, revogar, total ou parcialmente, as leis que contrariassem a Lei Maior. Dessa forma seria necessária a criação de um órgão, um Tribunal Constitucional, para realizar essa importante função. Ao que tudo indica, tais concepções de Kelsen teriam contribuído para a consagração de uma Corte Constitucional na Lei Fundamental de Bonn.

Outra vertente para a inspiração do modelo alemão foi a Corte Constitucional norte-americana.

Na experiência de Ferreira Mendes, “as decisões do Tribunal Constitucional ganharam enorme influência na vida política da República Federal da Alemanha. É difícil encontrar um setor da vida pública que não tenha sido afetado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Não raro, encontra-se o Tribunal no centro de grandes discussões públicas provocadas por uma de suas decisões”.

A influência do *Bundesverfassungsgericht* não se manifesta apenas no controle repressivo. Ainda durante a tramitação do projeto de lei, os parlamentares procuram apurar o controle preventivo consultando o entendimento esposado pelo Tribunal em outras decisões sobre o tema objeto de deliberação legislativa.

Convém notar que a Áustria também teve expressiva participação no desenvolvimento dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Afinal, foi através da matriz austríaca que se desenvolveu o sistema concentrado de controle. É bem verdade que a partir da experiência com o sistema difuso e, sobretudo, após a Reforma de 1929 da Carta Austríaca podemos afirmar que se consolidou o sistema de competência concentrada de forma mais explícita, daí exportado para outros países. Talvez o fato do controle incidental se apresentar de forma mais restrita – só era possível na segunda instância – do que ocorria nos Estados Unidos da América, tenha contribuído para a definição mais precisa de controle concentrado, afinal constatada a inconstitucionalidade pelo Tribunal de Apelação da Áustria, os autos eram devolvidos à primeira instância, tudo, por sua vez, muito semelhante ao controle de legalidade exercido pela Corte de cassação francesa.

## 2.6. França

Com a Revolução de 1789, os franceses tornaram-se adeptos de uma concepção radical do princípio da separação dos poderes. Numa primeira aplicação do postulado de Montesquieu, o Poder Executivo limitava-se à administração, o Legislativo à produção normativa e o Judiciário, de forma única e exclusiva, pacificava conflitos. Apenas com o passar dos séculos as constituições se permitiram criar áreas de interseção entre as três esferas de poder, dando vazão às denominadas funções atípicas ou anômalas, flexibilizando a rigidez inicial francesa.

Nesse aspecto, aliás, o constitucionalismo norte-americano saiu na frente e desde o início a leitura deste princípio foi bem mais flexível admitindo interferências recíprocas entre os Poderes do Estado para o fim de assegurar a mecânica do sistema *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos).

Tal razão explica porque o modelo francês jamais admitiu que o Poder Judiciário exercesse o controle da constitucionalidade, por entender haver aí nítida intromissão no monopólio normativo do Legislativo.

Segundo Merlin Clève, somente com o advento da Carta de 1958 o país passou a experimentar um “*authentique contrôle de la constitutionnalité des lois*”. Passados séculos, a desconfiança do povo francês em relação ao Judiciário permanece intacta, e talvez isso explique porque o Judiciário continua sem competência para exercer a fiscalização abstrata. Cabe ao Conselho Constitucional, órgão do Legislativo, o exercício do controle. Todavia, tal Conselho exerce, tão-somente, o controle preventivo e uma vez promulgado o ato legislativo caberá às autoridades públicas não mais que o seu cumprimento. Após a publicação da lei, não há mais lugar na França para manifestação de qualquer mecanismo de aferição da sua legitimidade constitucional.

Anote-se, ainda, que os estudos a respeito do Judiciário francês confirmam que não possui ele a suficiente independência perante o Poder Executivo, situação que já tem sido objeto da crítica de doutrinadores.

Até os dias de hoje o Conselho Constitucional exerce um controle meramente preventivo. Na verdade podemos afirmar que o controle preventivo teve sua primeira matriz no ordenamento francês. Lamentável que, não obstante a respeitável produção acadêmica, o sistema francês de controle de constitucionalidade não tenha evoluído da mesma forma que em outros estados europeus.

## 2.7. Estados Unidos da América

Segundo a linha de Lord Cook, encontramos a figura de James Otis, Procurador-Geral nos Estados Unidos, que, em 1761, declarou incisivamente: “Uma lei do Parlamento contra a equidade natural é nula. Se uma lei do Parlamento – acrescentou – fosse feita nas próprias palavras desta petição, ela seria nula e **seria dever dos tribunais relegá-la ao desuso**” (grifo nosso).

Não há no corpo da Constituição de 1787 nenhum preceito que, taxativamente, disponha sobre o *judicial review* como mecanismo de controle erigido pelo sistema, exceção feita a dois dispositivos que se identificam, pelas suas afinidades e características, com o controle judicial ora enfocado.

O artigo III, seção 2ª, por exemplo, preconiza o seguinte: “O Poder Judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e de equidade, que nascerem desta Constituição ou das leis dos Estados Unidos”.

Comentando esta norma, ensina Rui Barbosa que “não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre validade ou invalidade das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes, ou a ela contrárias” (*Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Poder Executivo ante a Justiça Federal*, Companhia Imprensa, 1893, p. 57).

Por outro lado, estabelece o art. VI, nº 2, da Constituição norte-americana: “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos ditadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; e os juizes em cada Estado estarão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados”.

Apesar de tais regras advogarem em favor de um controle de constitucionalidade das leis, foi a jurisprudência que consagrou o controle repressivo judicial. O clássico caso *Marbury v. Madison*, que deu origem à memorável decisão de Marshall, em 1803.

Afirma Marshall em seu parecer magistral:

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la, e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e não essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.

Mais adiante assevera: “O Poder Judiciário dos Estados Unidos estende-se a todas as causas oriundas da Constituição”.

Concluindo a decisão histórica, lança o ilustre *chief justice* as bases da supremacia da Constituição e do Poder Judiciário, e os legítimos fundamentos do controle judicial, neste voto erudito e sábio:

Assim, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as Constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento.

Depois desse julgamento, firmou a Corte Suprema norte-americana o princípio de que aos tribunais competia a revisão dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo, desde que vinculassem normas estabelecidas na Constituição. Portanto, o *judicial review*, no Direito Constitucional norte-americano, é uma criação da jurisprudência da Corte Suprema.

Entenda-se que Marshall não criou sozinho esse sistema histórico de controle de constitucionalidade idealizado nos Estados Unidos da América. Todavia, conferiu-lhe uma contribuição assaz relevante.

Indubitavelmente, a contribuição norte-americana para o desenvolvimento do controle da constitucionalidade foi a criação do sistema repressivo judicial difuso.

## 2.8. Surgimento do Controle no Brasil

Pimenta Bueno e Rodrigues de Souza, entre outros, conseguiram enxergar na Carta de 1824 uma forma incipiente de controle, que não seria exercido pelo Poder Judiciário, mas pela Assembléia-Geral. Todavia, grande parte da doutrina entende que o controle de constitucionalidade das leis apenas viria a ser consagrado, com todos os pressupostos técnicos e jurídicos, no período republicano.

É, por outro lado, consenso que a Carta de 1824 foi fortemente influenciada pela doutrina francesa e, portanto, o próprio Poder Moderador exercia a fiscalização sobre todos os atos legislativos do Estado monárquico brasileiro.

O Decreto nº 848, de 1890, que organizava a Justiça Federal, atribuía competência ao Supremo Tribunal Federal para decidir, em grau de recurso, das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados,

quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrária à Constituição, aos tratados e leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou do ato.

Foi, porém, com o advento da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que o legislador fixou o conceito, numa fórmula concisa e imperativa, através do seu art. 13, que estabelecia: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Registre-se, ainda, que a Constituição de 1891 (art. 60, letra *a*), a Reforma de 1926 (art. 60) e a Constituição de 1934 (art. 76, III, letras *b* e *c*) sustentaram, em seus traços característicos, o mesmo princípio. Portanto, apenas existia até aqui um rústico sistema difuso de controle.

Na Carta de 1934, foi introduzida importante alteração, ao permitir a possibilidade dos efeitos *erga omnes* das decisões, conferindo poderes ao Senado Federal para suspender a eficácia da lei, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1937, no seu art. 96, estabelecia:

Só por maioria absoluta de votos da totalidade de seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Ressalte-se o caráter de outorga desta Constituição brasileira.

Redemocratizado o país, elaborou-se, em 1946, uma nova Lei Magna que, nos arts. 64 e 200, retomou a diretriz adotada pela Constituição de 1934.

As Cartas militares de 1967 e 1969 concederam exclusivamente ao Poder Judiciário a competência para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos do poder público, e ao Senado Federal a competência para suspender a execução do ato impugnado.

Ressalte-se que a Emenda Constitucional nº 16/1965, inequivocamente, introduziu o controle abstrato (concentrado) típico no sistema constitucional brasileiro.

Sem dúvida, a experiência histórica colhida no Brasil com o controle abstrato de normas exercido pelo Poder Judiciário se justifica na ampla aceitação que goza nos meios jurídicos, políticos e sociais.

A Carta de 1988, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CR) e, sobretudo, quando passou a permitir a concessão de medidas cautelares na mesma ação (art. 102, I, *p*), procurou reduzir de forma significativa o controle incidental ou difuso, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas diretamente ao Supremo Tribunal Federal. É bem verdade que ficamos aquém do direito alemão que permite a inclusão do cidadão comum como parte legítima no controle abstrato de norma infraconstitucional. Todavia, se comparado com o sistema anterior, onde somente o Procurador-Geral da República podia provocar o STF, o aperfeiçoamento foi bastante satisfatório.

No sistema norte-americano, todos os interessados em uma questão a ser julgada pela Suprema Corte podem se habilitar como *amicus curiae* (“amigo do juiz”), apresentando argumentos e provas que possam influenciar na decisão a ser proferida. Este instrumento concede maior participação popular nas ações próprias do controle

concentrado. A propósito, o *amicus curiae* também integra o sistema brasileiro de controle após o advento das Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, conforme veremos em momento oportuno.

### 3. Conceito de Inconstitucionalidade

O **Princípio da Presunção de Constitucionalidade** baseia-se na eficácia do controle preventivo e pugna pelo entendimento de que toda espécie normativa nasce de acordo com a Constituição e, como tal, deve ser preservada. Definir constitucionalidade, portanto, parece simples, ou seja, tudo aquilo que emerge do ordenamento jurídico ordinário é presumidamente constitucional.

A questão, no entanto, torna-se muito mais complexa quando pretendemos definir o que seja inconstitucionalidade. Aplicar a lógica reversa aqui traduz-se em tentação fatal: inconstitucional seria tudo aquilo que de alguma forma contrariasse a Constituição. Não mesmo! Para definir o fenômeno da inconstitucionalidade, é imperativo que percebamos o que pode e o que não pode ser objeto dessa espécie de conflito. Sem esse cuidado elementar, corremos sério risco de confundir ilegalidade com inconstitucionalidade. Senão vejamos:

Quanto à hierarquia, as normas jurídicas podem ser divididas em duas categorias iniciais:

- normas constitucionais; e
- normas infraconstitucionais.

As **normas constitucionais** admitem uma subdivisão em normas constitucionais originárias e normas constitucionais derivadas. As primeiras, inseridas na Constituição pelo próprio Poder Constituinte Originário. Já as segundas, fruto de uma necessidade de atualização do texto constitucional, a fim de manter a sua compatibilidade com a ordem social e jurídica mutante, sendo materializadas em emendas de revisão e emendas constitucionais. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos poderão ter hierarquia de normas constitucionais derivadas desde que o seu rito de conversão siga os padrões determinados no art. 5º, § 3º, da Constituição da República.

As **normas infraconstitucionais**, por sua vez, também admitem uma subdivisão em atos normativos primários e atos normativos não-primários.

Como **atos normativos primários**, temos todos aqueles que têm fundamento no próprio texto constitucional, ou seja, no processo legislativo inserido na Constituição. Tais atos criam, modificam e revogam relações jurídicas, obedecendo apenas aos princípios constitucionais que norteiam a sua elaboração. Segundo a doutrina, esses atos têm aptidão para ferir a Constituição e podem ser objeto, portanto, de uma ação direta de inconstitucionalidade. Como exemplo desses atos, citamos as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções legislativas, os tratados internacionais e os atos

normativos dotados de certa autonomia (que não meramente regulamentares como, por exemplo, os regimentos dos tribunais).

Por outro lado, os **atos normativos não-primários (ou normas infralegais)** não podem ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Estão inseridos nessa categoria todos os demais atos que derivam do poder de regulamentar ínsito ao Chefe do Poder Executivo e utilizado para suprir lacunas da lei na sua aplicação no caso concreto. Assim, temos como exemplos os decretos meramente regulamentadores, as portarias, os autos de infração, os atos normativos estrangeiros, os regulamentos, as convenções coletivas de trabalho, entre outros. Sendo, inclusive, de competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder de regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V, da CR).

Se estas normas – atos normativos não-primários – não se ajustarem à Constituição, o correto será dizer que eles estão inquinados do vício da ilegalidade.

Supondo a seguinte questão prática: a Secretaria de Segurança Pública de um determinado Estado da Federação resolveu editar instrução normativa permitindo a qualquer delegado de polícia civil entrar na casa de qualquer pessoa desde que, por juízo meramente discricionário e, portanto, subjetivo, suspeite da existência de um delito em andamento. Diante do que dispõe o art. 5º, XI, da Carta, que tipo de conflito podemos inferir desta situação? Em uma visão mais açodada o operador do direito poderia supor que se trata de evidente inconstitucionalidade abstrata, tendo em vista que o dispositivo constitucional referido protege a casa, apenas admitindo algumas hipóteses de sua violação sem o consentimento do morador. Todavia, uma análise mais cuidadosa o fará refletir sobre a natureza jurídica das normas em conflito. Se a norma tida como afrontadora for uma norma legal e a norma tida como afrontada for constitucional, teremos um conflito de inconstitucionalidade. Caso contrário, se a norma tida como afrontada for uma norma legal e a norma tida como afrontadora for infralegal, o conflito se resolverá no plano da ilegalidade. Cabe, portanto, investigar se a tal instrução normativa é um ato de conteúdo genérico e abstrato (ato normativo primário) ou se, por outro lado, trata-se de norma concreta que a pretexto de regulamentar uma lei estadual criou direito não autorizado por ela e, portanto, é ilegal. Tal investigação é conhecida tecnicamente como análise de parametricidade.

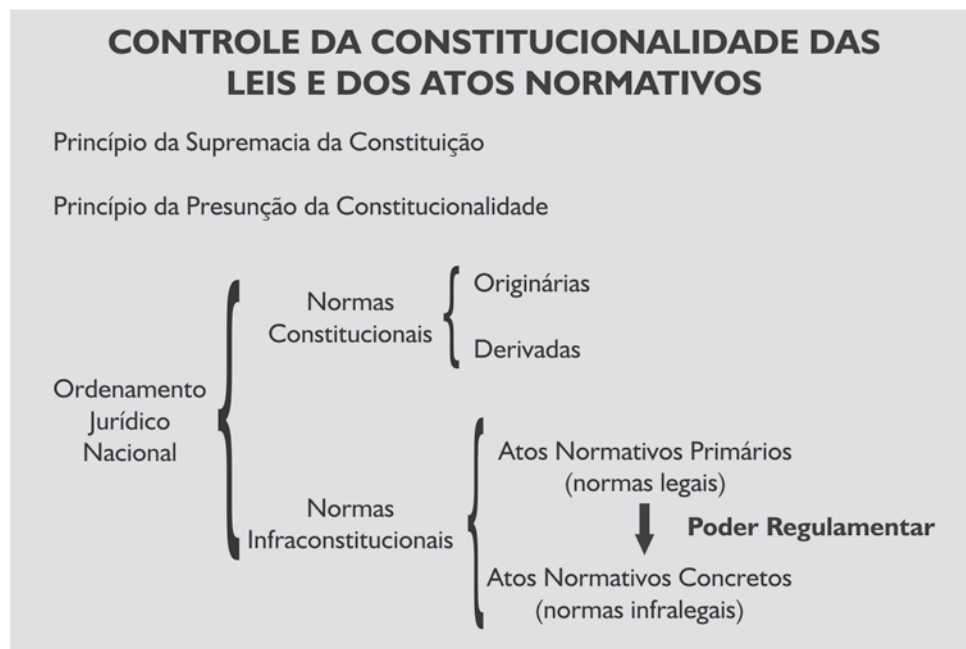
Portanto, todo cuidado é pouco. Diante de uma questão prática envolvendo um desses atos normativos não-primários tudo aponta para um conflito de ilegalidade e não de inconstitucionalidade abstrata. Isto porque o direito brasileiro não admite inconstitucionalidade abstrata por derivação (ou a norma é ilegal ou é inconstitucional), sendo certo que vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se nesse sentido.

Apenas as normas constitucionais derivadas e os atos normativos primários têm aptidão para justificar o acionamento do controle abstrato. Se um ato normativo não-primário fere o texto constitucional, das duas uma: ou a lei que ele regulamenta (ou aplica) é inconstitucional, e como tal deve ser objeto de uma ação direta, ou houve exorbitância do poder de regulamentar e existe um conflito de ilegalidade entre o ato e a lei matriz.

É certo que esta regra comporta exceção, tal como veremos mais adiante. Trata-se de uma modalidade de controle abstrato que, dada a subsidiariedade de seu objeto, comporta um ato normativo concreto com protagonista do conflito de inconstitucionalidade porventura suscitado, a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Isto posto, genericamente, podemos definir **inconstitucionalidade** como sendo:

- 1) a desconformidade do ato normativo primário ou da norma constitucional derivada com o conteúdo material da Constituição (inconstitucionalidade material); ou
- 2) o vício da norma elaborada sem a observância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo ou aos limites ao poder de reforma do texto constitucional (inconstitucionalidade formal).



#### 4. Tipos de Inconstitucionalidades

Classificar o fenômeno da inconstitucionalidade é tarefa preliminar ao estudo do tema. Tomemos aqui as classificações mais utilizadas pela doutrina nacional.