

Controle de constitucionalidade

Trataremos hoje das ações previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro para promover o controle de constitucionalidade concentrado de normas de direito tributário.

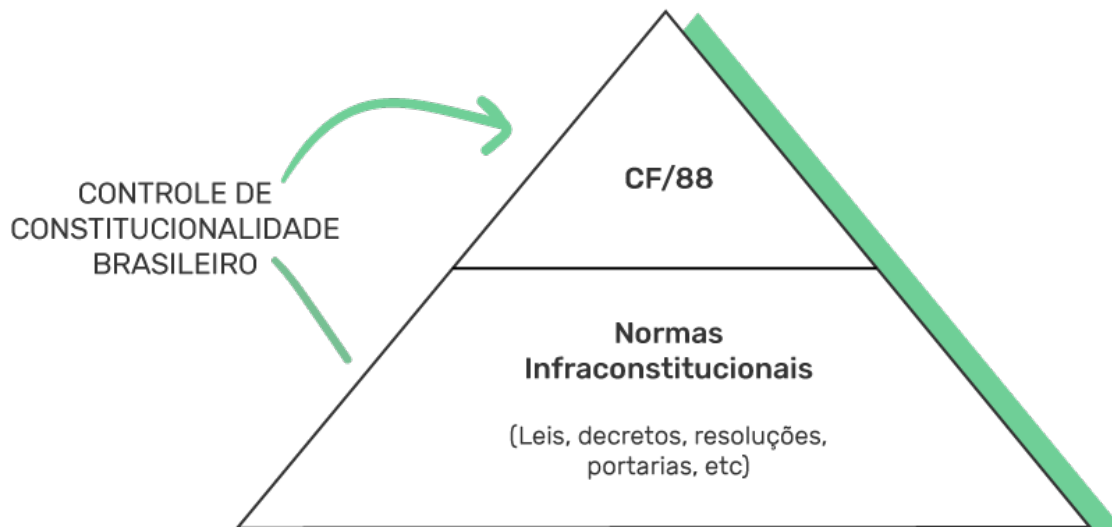
Primeiramente, é importante ressaltar que as referidas ações são cabíveis tanto para tratar de matéria tributária quanto das demais matérias de direito previstas na Constituição. Por essa razão, acabaremos analisando majoritariamente normas e regras gerais de **Direito Constitucional**.

Controle de constitucionalidade é o nome que se dá a qualquer processo/mecanismo que vise a verificar a **adequação de normas infraconstitucionais à Constituição** de um país – que, no caso do Brasil, é a Constituição Federal de 1988. Deverá, em todo e qualquer caso, haver **compatibilidade *integral* da norma infraconstitucional com a CF**, tanto do ponto de vista **formal** (respeito ao processo de elaboração de normas previsto na CF), como **material** (observância unicamente de conteúdos permitidos ou não vedados pela CF).

Esse controle baseia-se na noção de que há uma hierarquia entre as normas internas de um país, de modo que as normas de hierarquia inferior devem se adequar às normas de hierarquia superior. O jurista austríaco HANS Kelsen, figura mais emblemática a tratar desse tema, esquematizou essa hierarquia de normas na figura de uma pirâmide, hoje chamada de *Pirâmide de Kelsen*.

"a Constituição é a norma fundamental do sistema jurídico, ocupando o ápice da pirâmide normativa, da qual todas as demais normas extraem o seu fundamento de validade" (KELSEN; 1962; p. 125).

A figura abaixo representa uma Pirâmide de Kelsen bastante simplificada e adaptada para a visualização da hierarquia de normas no caso do controle de constitucionalidade brasileiro:



Formas de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade – incluindo o das normas tributárias – poderá dar-se de duas formas:

- **Preventivo:** realizado durante o processo legislativo, de modo que, durante a elaboração do projeto da norma, já se verifica sua compatibilidade com a CF.
- **Repressivo:** realizado após a entrada em vigência da norma. Neste caso, o órgão que possui poder de legislar falhou em sua tarefa de controle preventivo e, assim, deve um órgão com poder jurisdicional “consertar” tal deslize por meio do controle repressivo.

Vias de controle de constitucionalidade repressivo

O controle repressivo no Brasil é realizado exclusivamente pelos órgãos do Poder Judiciário, os quais poderão, por meio dele, declarar a inconstitucionalidade de leis e outros atos normativos. Esse controle repressivo é feito por duas vias:

Via Concentrada (via de ação, direta ou incidental)

- Controle exercido **somente pelo Supremo Tribunal Federal** (STF);
- Julgamento de tipos de ação **específicos** previstos na CF (veremos adiante);
- Trata de casos **abstratos** (a ação é proposta unicamente para verificar a constitucionalidade geral da norma, não se visando à aplicação específica dela a um caso concreto);
- Efeito *erga omnes* (contra todos) e *ex tunc* (retroagem, produzindo efeitos desde o início de sua vigência).

Via Difusa (via de exceção ou de defesa)

- Controle realizado por *qualquer juiz ou tribunal* (incluindo o STF), a depender das condições do caso concreto;
- Julgamento de *qualquer* tipo de ação;
- Trata de caso *concreto, específico* (a ação é proposta para discutir um direito em concreto e incidentalmente. Como argumento de direito, discute-se a constitucionalidade de norma);
- Efeitos *inter partes* (só para as partes do processo) e *ex tunc* (também retroagem, produzindo efeitos desde o início de sua vigência). (Excepcionalmente, há hipóteses em que o controle difuso poderá adquirir efeitos *erga omnes* — exemplo: inc. X do art. 52 da CF —, mas não vamos nos debruçar sobre o tema agora).

Ações do controle de constitucionalidade concentrado

Falamos anteriormente que o controle de constitucionalidade concentrado só ocorre mediante **certos tipos de ação** previstos na CF. Temos, assim, quatro tipos de ação do controle concentrado de constitucionalidade:

- **ADI (ADIn):** Ação Direta de Inconstitucionalidade;
- **ADC (ADECON):** Ação Declaratória de Constitucionalidade;
- **ADO:** Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão;
- **ADPF:** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Hipóteses de cabimento / Momento processual

Vejamos quando as ações de controle concentrado poderão ser propostas:

- **ADI:** Diante de ato normativo já editado que viole a CF, para ver declarada sua inconstitucionalidade. Não pode ser intentada contra projeto de lei! (Há um caso específico em que parlamentares podem entrar com Mandado de Segurança contra projeto de lei, mas esta é uma faculdade exclusiva do parlamentar);
- **ADC:** Diante de ato normativo já editado que inspira controvérsias sobre a constitucionalidade – e quer-se confirmar sua constitucionalidade;
- **ADO:** Diante de norma constitucional de **eficácia limitada não regulamentada**, ou seja, norma que, apesar de prevista na constituição, não tem eficácia enquanto não for devidamente regulamentada. Quer-se, nessa ação, ver determinada sua regulamentação pelo órgão responsável;

- **ADPF:** Diante de ato normativo já editado (mesmo que seja algum ato qualquer anterior à CF) que viole a Constituição, para ver declarada sua inconstitucionalidade, *quando não couber mais nenhuma outra ação* para resolver o caso (a ADPF é subsidiária, tem caráter residual).

Legitimidade ativa

Os legitimados para propor **quaisquer das ações** de controle concentrado de constitucionalidade são aqueles listados no art. 103 da CF:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

ATENÇÃO: No caso dos incisos VIII e IX, é necessária a representação por advogado, por isso, é mais provável que sejam os mencionados em prova da OAB de segunda fase.

Pertinência temática

Embora sejam muitos os legitimados a propor tais ações, é necessário haver **pertinência temática**, ou seja, ligação entre a norma discutida e o âmbito de atuação/interesse do legitimado ativo.

Essa exigência é fruto da própria **jurisprudência do STF**, visando a criar um instituto similar ao “interesse de agir” do processo civil.

E, conforme esse requisito, temos dois tipos de **legitimados**:

- **Legitimados especiais:** aqueles que precisam *comprovar pertinência temática*, os constantes dos incisos IV, V e IX do art. 103 da CF:

- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Assim, se o sindicato das domésticas quisesse propor uma Ação de Controle Concentrado de Constitucionalidade, teria que provar a relação da atividade de seus membros com o tema discutido na ação - que provavelmente envolveria direitos trabalhistas aplicáveis.

- **Legitimados universais:** aqueles que *não precisam comprovar pertinência temática*, pois ela é *presumida*, constantes dos demais incisos da CF – I a III e VI a VIII:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional.

A título de curiosidade, veja decisão emanada do STF a esse respeito:

Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 18.573/2015 DO ESTADO DO PARANÁ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. ASSOCIAÇÃO DOS FABRICANTES DE REFRIGERANTES DO BRASIL – AFREBRAS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA. REPRESENTAÇÃO DE PARTE DE CATEGORIA PROFISSIONAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. **1. A jurisprudência do STF exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e das confederações sindicais em ações de controle concentrado, a existência de correlação direta entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação.** 2. No caso, não há pertinência temática entre a norma que instituiu o Fundo Estadual de Combate à Pobreza no Paraná, e os objetivos institucionais perseguidos pela Requerente (AFREBRAS), voltados, genericamente, à proteção dos interesses do setor de refrigerantes nacional. O liame mediato, indireto, não satisfaz o requisito da pertinência temática. Precedentes: ADI 5.023-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Pleno, DJe 6/11/2014; ADI 4.722, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, DJe de 14/2/2017. 3. Também não poderá a Agravante questionar a fonte de financiamento do referido Fundo por percentual de ICMS aplicável não apenas para o setor de refrigerantes, mas para contribuintes de outros produtos, alguns deles inclusive do segmento de bebidas, o qual não é integralmente representado pela Agravante. É jurisprudência consolidada desta CORTE o não reconhecimento da legitimidade ativa à associação que representa somente uma fração de categoria profissional (ADI 5.448, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 1/3/2017; ADI 5320, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJe de 7/12/2015; ADI 4.600, Rel. Min. LUIZ FUX, Pleno,

DJe de 26/3/2015; ADI 4.358 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 8/9/2014; ADPF 254 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 18/5/2016). 4. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

(ADI 5589 ED, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 23-04-2018 PUBLIC 24-04-2018)