



## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**Profa. Betina Günther Silva**

**Disciplina: Noções de Direito**

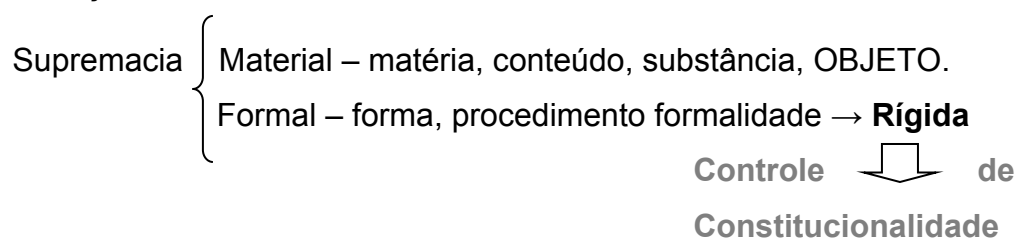
### **1. Controle de Constitucionalidade: Introdução**

1.1 Controle de constitucionalidade: definição, objeto, competência e parâmetro.

1.2 Controle de constitucionalidade: formas de controle de constitucionalidade.

1.3 Controle de constitucionalidade: origem e evolução, no mundo e no Brasil.

### 1. INTRODUÇÃO



Toda e qualquer Constituição tem supremacia material – mas não é relevante juridicamente; apenas a supremacia formal interessa juridicamente (a forma como a CR foi elaborada).

Para garantir a superioridade jurídica da Constituição, há um conjunto de mecanismos destinados a fazer prevalecer os comandos constitucionais, via judicial, conhecido como **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL** (gênero). Dentre eles, destaca-se o controle de constitucionalidade (espécie). Há também a jurisdição da liberdade, nesta compreendidos o habeas-corpus, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o habeas-data, a ação popular e a ação civil pública.

#### 1.1 DEFINIÇÃO, OBJETO E PARÂMETRO.

##### **Definição:**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**: mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando a sua compatibilidade/adequação com a Constituição --- por via judicial ou não. É a verificação da compatibilidade vertical que deve existir entre determinadas

normas e a Constituição. É um processo constitucional (processo de fiscalização da constitucionalidade), regulamentado pela CR/88.<sup>1</sup>

Ideia: comparar 2 coisas, sendo que uma será o parâmetro (superior) ---- se está ou não conforme. ⇒ constitucional ou inconstitucional (e que, conseqüentemente, vai ser retirada do ordenamento jurídico).

Pressupostos:

a) **Ideia de Supremacia/Superioridade** → ‘*Princípio da Supremacia da Constituição*’: a Constituição é norma suprema, prevalência da Constituição ⇒ vem daí então a ‘interpretação conforme a Constituição’ (ideia de ‘filtragem constitucional’, conforme Luís Roberto Barroso).

→ ‘*Princípio da Força Normativa da Constituição*’: obrigatoriedade do texto constitucional.

b) Constituição **escrita**: apresenta as regras dispostas em documento – codificada ou não-codificada.

c) Constituição **rígida**: possui um processo de alteração mais difícil, solene (rito especial) do que o processo legislativo das demais normas (não constitucionais) – notar também que há matérias que podem e outras que não podem ser reformadas (como as *cláusulas pétreas*, no sentido de restringir ou suprimir – art. 60, §4º, CR/88).

Há um escalonamento normativo ---- a Constituição ocupa o ápice do ordenamento.

Se a Constituição fosse flexível, qualquer procedimento ordinário poderia alterá-la.

Efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

- **Quanto ao aspecto temporal: Teoria da Nulidade** - adotado pelo STF e pela maioria da doutrina brasileira (Ruy Barbosa foi o pioneiro); com base no posicionamento norte-americano<sup>2</sup> → lei inconstitucional seria ato nulo e o Judiciário iria apenas declará-lo (o ato nulo “nunca existiu”, daí ter efeito ‘*ex tunc*’) → a decisão tem natureza declaratória.

<sup>1</sup> Há outros exemplos de processo de constitucionalidade, para além do controle de constitucionalidade, como o

<sup>2</sup> ‘The unconstitutional statute is not law at all’ – no Federalista e em ‘Marbury v. Madison’.

Obs: Mas há possibilidade de modulação de efeitos (possibilidade de, excepcionalmente, atribuir-se outros efeitos, como o efeito 'ex nunc' ou 'pro futuro') – art. 27, Lei 9.868/99.

- Quanto ao aspecto subjetivo (alcance pessoal dos efeitos da decisão):
  - (i) Efeito **inter partes** → atinge somente aqueles que participaram do processo ⇒ é a típica decisão do modelo difuso como ocorre nos EUA --- tanto nos EUA, quanto no Brasil (controle incidental-difuso), a norma inconstitucional não é afastada/retirada do sistema jurídico; somente deixa de ser aplicada no caso específico julgado.
  - (ii) Efeito **erga omnes** → atinge a todos --- Poder Público e Particulares ⇒ é a típica decisão do modelo concentrado --- a norma é anulada, atingindo a todos.

**Objeto:** Quais atos? Atos normativos/espécies normativas; atos do Poder Público, inclusive Executivo e Judiciário → por ação ou omissão.

→ '*Princípio da Presunção de constitucionalidade das leis*': toda norma tem presunção de validade até que o Poder Judiciário desconstitua-a ⇒ presunção *relativa* ⇒ presunção tem que ser rompida, havendo liberação pelo P. Judiciário (mas não unicamente).

{	Vigência
	<b>Validade</b> – atributo de autoridade
	Eficácia

**Competência:** atribuição de competência a um órgão: varia conforme o sistema adotado (se difuso ou concentrado<sup>3</sup>) ---- Tribunal (juízo) ou não.

Se não houver um órgão competente para retirar a norma viciada do ordenamento jurídico, então essa Constituição não será obrigatória --- sanção qualificada (H. Kelsen).

<sup>3</sup> Maiores detalhes no tópico 'Formas de controle de constitucionalidade'.

**Parâmetro:** (no âmbito federal) só a Constituição? Qual o conteúdo dessas normas?

- a) Art. 102, I, a, CR/88 ---- toda a CR/88, *menos o Prêambulo*, inclusive os princípios implícitos (art. 5º, §2º).
  - Prêambulo: ‘Tese da Irrelevância Jurídica do Prêambulo’ --- STF: ADI 2076/AC
  - Princípios: mesmo os implícitos, segundo art. 5º, §2º.
- b) TIDH --- aprovados com quórum de EC (em 2 turnos, por 3/5, nas 2 Casas)

## 1.2. FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### A) Quanto à competência:

→ essa classificação só se aplica ao P. Judiciário, não se aplicando ao P. Legislativo ou P. Executivo.

**1) DIFUSO / ABERTO** (ou sistema norte-americano de controle) – qualquer juiz ou tribunal que tiver competência para exercê-lo.  
Origem: *US Supreme Court, Marbury v. Madison* (1803); *Brasil*, foi consagrado pela CR/1891.

**2) CONCENTRADO / RESERVADO** (ou sistema austríaco/europeu de controle) – concentra-se em apenas um tribunal, em geral, uma Corte Constitucional → quando o parâmetro for:

{	CR/88 → STF
	CE → TJ (no caso de controle concentrado <i>estadual</i> )

Origem: Hans Kelsen criou esse sistema para a Constituição da Áustria, em 1920; no Brasil, foi inserido pela EC n. 16/65 (na CR/46) – obs: mas na época, a propositura da ação cabia *exclusivamente* ao Procurador-Geral da República; somente com a CR/88, em seu art. 103, previu-se um elenco mais amplo de legitimados.

**B) Quanto à finalidade:**

**1) CONCRETO** → se a finalidade for proteger direitos subjetivos ⇒ há controle CONCRETO: controle feito a partir de um caso concreto levado à apreciação do P. Judiciário; é um antecedente que o juiz deve apreciar, para então decidir o conseqüente (caso concreto).

*Obs:* quando a questão sobre a inconstitucionalidade for uma prejudicial, ou seja, questão que deve ser resolvida anteriormente a fim de que seja possível julgar o mérito, há o chamado controle POR VIA INCIDENTAL, INDIRETA ou DE EXCEÇÃO.

EX1: lei criou um tributo, mas o contribuinte alega que sua base de cálculo e/ou alíquota é inconstitucional → se julgar a lei constitucional, vai indeferir o pedido e o indivíduo vai ter que pagar o tributo; se julgar a lei inconstitucional, vai deferir o pedido e o indivíduo não vai precisar pagar o tributo!

EX2: HC 82.959/SP (j. 2006) – “Progressão de regime nos crimes hediondos”: o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 impõe o cumprimento de pena no regime integralmente fechado, o que violaria o art. 5º, inc. XLVI, CR/88 (princípio da individualização da pena). ⇒ Ver Súmula Vinculante 26.

EX3: RE 466.343/SP (j. 2008) – “Prisão do Depositário Infiel” e a supralegalidade dos TIDH não aprovados na forma do §3º do art. 5º, CR/88 ⇒ Ver Súmula Vinculante 25.

↳ Neste caso, a pretensão é deduzida em juízo através de um processo constitucional subjetivo.

**2) ABSTRATO** → se a finalidade for proteger a ordem constitucional objetiva ⇒ há controle ABSTRATO: a análise é feita apenas em tese, não há a 2ª etapa da análise do conseqüente (caso concreto).

*Obs:* quando a questão sobre a inconstitucionalidade for o pedido principal, o mérito, há o chamado controle PRINCIPAL ou POR VIA DIRETA.

EX1: ADI 4029/DF (j. 2012) – ADI proposta pela Associação Nacional dos Servidores do IBAMA contra a Lei Federal n. 11.516/07, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio. Alegada violação do art. 62, *caput* e § 9º, da Constituição (não emissão de parecer pela comissão mista parlamentar).

EX2: ADI 4274/DF (j. 2011) – “Marcha da Maconha”: ADI proposta pelo PGR com pedido de “interpretação conforme à Constituição” do §2º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, criminalizador das condutas de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”.

EX3: ADPF 153/DF (J. 2010) – ADPF proposta pelo Conselho Federal da OAB com pedido de não recepção do §1º do art. 1º da Lei 6.683/79 (‘Lei de Anistia’).

↳ Nestes casos, trata-se de processo constitucional objetivo.

### *Resumindo....*

O controle difuso permite que qualquer juízo ou tribunal, inclusive o próprio STF, conheça da questão de inconstitucionalidade, que será, em regra, alegada como forma de defesa do indivíduo, em qualquer tipo de ação, *incidentalmente* a um processo subjetivo *concreto*, como etapa necessária para a decisão de mérito, esta com efeitos ‘*inter partes*’. Quando vários desses processos chegam ao STF, havendo reiteradas decisões sobre a mesma matéria, é possível a propositura, pelo próprio Tribunal ou demais legitimados, de uma Súmula Vinculante, que terá efeitos ‘*erga omnes*’. (art. 103-A, CR/88).

Já o controle concentrado permite que a questão sobre inconstitucionalidade seja conhecida *apenas pelo STF*, por meio de ações específicas (ADI, ADIO, ADC, ADPF e ADI interventiva)<sup>4</sup>, que possuem como legitimados os órgãos e autoridades elencados taxativamente no art. 103 da CR/88. Nesta forma de controle, regra geral, a análise sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade é o objeto da ação, seu propósito *principal*, analisando-se a situação em tese, *abstratamente*, objetivamente, não se fazendo, via de regra, menção a situações subjetivas específicas. Daí a decisão ter efeitos ‘*erga omnes*’, ou seja, eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à

---

<sup>4</sup> As siglas significam: ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade; ADIO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão; ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade; ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental; e ADI interventiva, também chamada de Representação Interventiva. Quanto a esta última, apresenta regime diferenciado das demais, com algumas peculiaridades: quanto à finalidade, que consiste em possibilitar a decretação de intervenção federal; como se tratar de controle concreto, pois é necessária a exposição da situação ocorrida a fim de que o STF possa verificar se houve, de fato, a violação alegada; além da legitimidade, que é exclusiva do PGR – Procurador Geral da República.

administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º, CR/88)<sup>5</sup>.

### 1.3 ORIGEM E EVOLUÇÃO

#### 1.3.1 Nos Estados Unidos

A noção de controle de constitucionalidade nasceu nos EUA, em 1803, com o caso '*Marbury v. Madison*' (controle difuso)<sup>6</sup>.

Em seu último dia na Presidência, o **Presidente John Adams** nomeou vários juízes, com base em uma lei ('Organic Act') de 1801. As nomeações foram assinadas mas não encaminhadas; o que só aconteceu quando o **novo Presidente, Thomas Jefferson**, assumiu. Mas ele se recusou a dar o encaminhamento devido, pois seriam inválidas, já que deveriam ter tido o seu trâmite completado ainda no mandato anterior.

Então, um dos juízes nomeados – William Marbury – peticionou diretamente à US Supreme Court (*writ of mandamus*<sup>7</sup> = MS) em 1801, requerendo que o Secretário de Governo – Madison – cumprisse as nomeações.

A Suprema Corte entendeu que tinha competência para analisar os atos do Executivo e do Congresso/leis e decidir se eles eram constitucionais ou não, e, portanto, válidos ou não. Ou seja, competência para comparar um ato à Constituição e, se ela é superior, então esta deverá prevalecer.

Também ficou decidido que tal competência estava determinada na Constituição americana, ainda que não expressamente, e que não poderia ser alargada pelo Congresso.

A argumentação desenvolvida pelo *Chief Justice* Marshall demonstrou: (i) a supremacia da Constituição, (ii) a necessidade do *judicial review* (controle de

---

<sup>5</sup> Lembrar que o próprio STF e o Poder Legislativo não se encontram vinculados às decisões do controle concentrado, podendo adotar entendimento diverso. No caso do STF, em determinadas circunstâncias, este poderá rever a decisão proferida e mudar seu posicionamento; já no caso do P. Legislativo, este poderá elaborar legislação contrária à decisão dada pelo STF – isto porque tal poder representa legitimamente a vontade popular, diferentemente do Tribunal, cujos membros não foram escolhidos democraticamente. O mesmo entendimento pode ser adotado para a Súmula Vinculante.

<sup>6</sup> Em verdade, há precedentes anteriores identificáveis na História, como no direito inglês.

<sup>7</sup> O pedido foi formulado com base numa lei de 1789 ('Judiciary Act'), que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza.

constitucionalidade e declaração de nulidade de lei contrária à Constituição) e (iii) a competência do Poder Judiciário para tanto.

→ O caso é famoso porque não havia previsão constitucional **expressa** para o *judicial review*, houve uma construção jurisprudencial nesse sentido --- através da interpretação extensiva de alguns artigos da Constituição americana (art. 6, II e III; art. 3, II, 1).

→ Vigora o controle difuso: competência fiscalizadora de todos os Tribunais nos EUA (art. 6, II e III; art. 3, II, 1 – os juízes de todos os Estados; o Poder Judiciário). A decisão da Suprema Corte vincula todos os demais tribunais, mas a norma não é retirada do mundo jurídico.

### 1.3.2 Na Europa: Áustria

Georg Jellinek (1885) edita livro recomendando a criação de um Tribunal Constitucional, uma vez que o Parlamento pode violar a Constituição e a tarefa de guarda da Constituição não poderia estar confiada a ele mesmo (limitação de cunho moral). Para tanto, deveria ser criada uma Corte Constitucional que deveria concentrar as decisões sobre constitucionalidade (e não ao P. Judiciário, devido ao risco de decisões discrepantes).

Hans Kelsen<sup>8</sup> (1920) propõe a criação do Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) incumbido do controle concentrado (abstrato e principal, podendo ser incidental e concreto). Suas decisões vinculariam todos os cidadãos e autoridades estatais, sendo a lei eliminada do mundo jurídico.

### 1.3.3 No Brasil

No Brasil, o controle de constitucionalidade (**difuso**) foi consagrado na **CR/1891** e, posteriormente, o controle **concentrado** pela **EC 16/65 à CR/1946**, que previu a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

**CR/1824** --- não contemplava nenhum sistema de controle de constitucionalidade. Era dever do P. Legislativo velar pela Constituição (art. 15).

---

<sup>8</sup> Hans Kelsen era um dos seus membros iniciais.



Obs: mas havia a previsão do Poder Moderador, a quem competia velar pela manutenção do equilíbrio dos demais poderes. Era ao Imperador e não ao Poder Judiciário a quem incumbia resolver os possíveis conflitos entre os Poderes.

**CR/1891** --- previa o **controle de constitucionalidade difuso** – controle incidental por provocação dos litigantes (art. 59, §1º, a e b: competência das justiças da União e dos Estados).

\* STF, Ap. Cível 216 (20.01.1897): confirma a competência judicial para fiscalizar a inconstitucionalidade das leis, mas entende que essas competências não se estendem a questões políticas (no caso, lei que anistiou alguns militares, mas que limitou sua remuneração e promoção) --- princípio da separação dos poderes.

**CR/1934** --- manteve o controle difuso, acrescentando:

- a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais – a chamada “cláusula da reserva de plenário” – art. 179;
- Senado Federal poderia suspender a eficácia de leis ou atos declarados inconstitucionais pelo STF (no sistema difuso) – art. 91.

Também previu a ‘**Representação interventiva**’ ao Procurador Geral da República (PGR) --- visava declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e, logo, a inconstitucionalidade da lei/ato estadual. → Caso específico de controle concentrado.

**CR/1937** --- permaneceu o modelo difuso de controle, mas com alteração: mesmo que a lei fosse declarada inconstitucional pelo STF, havia a possibilidade de que, a juízo do Presidente da República, se a considerasse necessária ao bem-estar do povo, poderia submetê-la novamente ao Congresso Nacional. Se fosse confirmada pelo Congresso, tornava sem efeito a decisão do STF. Era uma espécie de “casação dos julgados”, e um fortalecimento do Executivo.

*Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes 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.~~ [\(Revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945\)](#)

**CR/1946** --- alterou um pouco a ‘Representação interventiva’ atribuída ao PGR em 1934: a intervenção federal subordinava-se à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo STF (art. 8º).

---- EC 16/65: inseriu o **controle concentrado/abstrato** de normas (estaduais e federais), com a ADI, a ser proposta pelo PGR, no STF<sup>9</sup>. Visava defender diretamente o ordenamento jurídico vigente, o sistema jurídico objetivo.

“Art. 2º As alíneas c, f, i e k do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação:

...  
k) a **representação contra inconstitucionalidade** de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; ”

**CR/1967** --- manteve-se o controle difuso e a Ação Direta. A Representação interventiva foi ampliada. EC 7/77 reconheceu a possibilidade de deferimento de liminar (que se mantém até hoje – art. 102, I, p).

Modifica-se o “direito” (discricionariedade) do PGR em propor a ADI para um “poder-dever” de submeter a questão constitucional relevante ao STF.

**CR/1988** --- mudança radical do modelo de “monopólio da ação direta”, de exclusivista para um amplo rol de legitimados – art. 103: o PGR é um dentre os demais legitimados.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

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

[\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

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.

<sup>9</sup> Estabeleceu-se, ainda, a possibilidade de controle concentrado no âmbito estadual.

Manteve o controle de constitucionalidade em âmbito estadual, proibida a legitimação a um único ente – art. 125, §2º.

*Art. 125, §2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.*

Preservou a 'Representação interventiva' (ou ADI interventiva) (art. 36, III).

*Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:*

*III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))*

Introduziu o controle de constitucionalidade da omissão – ADI por omissão (abstrato - art. 103, §2º) e Mandado de Injunção (concreto - art. 5º, LXXI).

*Art. 103, §2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.*

*Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;*

Previu ainda a ADPF (Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental), que aumentou significativamente a presença do controle abstrato (concentrado), retirando força do modelo difuso (concreto).

*Art. 102, §1º - A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.*

Com a **EC 3/93** (art. 102, I, a, final), previu a ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade.

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I - processar e julgar, originariamente:*

*a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))*

⇒ O STF não é uma Corte Constitucional nos moldes imaginados por Kelsen (como o BVerGE - *Bundesverfassungsgericht* - na Alemanha), porque não possui apenas competência para o controle de constitucionalidade, possuindo também competências originárias (ex: Ação Penal 470 - Mensalão) e recursais; além disso, dentro do sistema pátrio, não é o único órgão que pode conhecer da inconstitucionalidade, já que há ainda o sistema difuso, e a Corte compõe o P. Judiciário (art. 92, CR/88), sendo seu órgão de cúpula.

#### Referências:

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.