

CURSO  
DE **CONTROLE**  
DE **CONSTITUCIONALIDADE**



## FILIPPE AUGUSTO DOS SANTOS NASCIMENTO

Graduado em Direito pela UFC. Mestre em Direito pela UFRN. Doutor em Direito pela UFC. Professor Substituto da UFC. Defensor Público Federal. Professor do Curso Ouse Saber. Ex-Procurador do Estado da Paraíba. Ex-Procurador do Município de Natal

filippeaugusto83@gmail.com

@proffilippeaugusto

# CURSO DE **CONTROLE** DE **CONSTITUCIONALIDADE**



*Editora  
Ouse Saber*



**EDITORA MIZUNO**

QUALIDADE E SERIEDADE EM LIVROS

## Curso de Controle de Constitucionalidade

© Filipe Augusto dos Santos Nascimento

EDITORA MIZUNO 2021

Revisão: Ulisses Vieira Moreira Peixoto

<b>Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)</b> <b>(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)</b>	
N244c	<p>Nascimento, Filipe Augusto dos Santos. Curso de controle de constitucionalidade / Filipe Augusto dos Santos Nascimento. – Leme, SP: Mizuno, 2021. 330 p. : 16 x 23 cm</p> <p>Inclui bibliografia. Inclui índice alfabético remissivo.</p> <p>ISBN 978-65-5526-170-7</p> <p>1. Direito constitucional. 2. Controle da constitucionalidade. 3. Hermenêutica (Direito). I. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDD 342.81</p>
<b>Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422</b>	

Nos termos da lei que resguarda os direitos autorais, é expressamente proibida a reprodução total ou parcial destes textos, inclusive a produção de apostilas, de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, reprográficos, de fotocópia ou gravação.

Qualquer reprodução, mesmo que não idêntica a este material, mas que caracterize similaridade confirmada judicialmente, também sujeitará seu responsável às sanções da legislação em vigor.

A violação dos direitos autorais caracteriza-se como crime incurso no art. 184 do Código Penal, assim como na Lei nº 9.610, de 19.02.1998.

O conteúdo da obra é de responsabilidade dos autores. Desta forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao conteúdo serão de inteira responsabilidade dos autores.

Todos os direitos desta edição reservados à  
EDITORA MIZUNO

Rua Benedito Zacariotto, 172 - Parque Alto das Palmeiras, Leme - SP, 13614-460  
Correspondência: Av. 29 de Agosto, nº 90, Caixa Postal 501 - Centro, Leme - SP, 13610-210  
Fone/Fax: (0XX19) 3571-0420

Visite nosso site: [www.editoramizuno.com.br](http://www.editoramizuno.com.br)  
e-mail: [atendimento@editoramizuno.com.br](mailto:atendimento@editoramizuno.com.br)

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

Ao meu pai, Nonato, sabedoria  
cintilante que guia meus passos.

“É enfaticamente competência e dever do  
Judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a  
regra a casos particulares, devem necessariamente  
expor e interpretar essa regra. Se duas leis entrarem  
em conflito, os Tribunais devem decidir sobre o  
funcionamento de cada uma”. *(John Marshall)*



# AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao meu amigo Deus pelas longas conversas diárias, pelos conselhos e pela paciência. A Ele tudo devo. A Ele todas as honras e todas as glórias.

Agradeço ao meu pai, Nonato, a quem dedico esta obra, à minha mãe, Eliene, e à minha irmã, Talita, por terem me proporcionado um lar, em que o carinho e o amor sempre foram o alicerce para as realizações pessoais. Agradeço também a todos os meus demais familiares pelo perene amor e incentivo.

Agradeço à Manuela por ser o meu amor e a minha alegria.

É importante registrar meus agradecimentos à Editora Mizuno e à Editora Ouse Saber pela confiança em publicar esta obra. A publicação do livro por tão bem conceituadas editoras entusiasma este autor.

Meus agradecimentos aos amigos dos “Truta”, parceiros de conversas que proporcionam reflexões sobre a vida.

Por fim, agradeço aos meus alunos do Curso Ouse Saber, cujo desejo por conhecimento me inspira. Poder colaborar com a realização de tantos sonhos é uma verdadeira realização dos meus próprios sonhos.



## CAPÍTULO 1

<b>1. Fundamentos do Controle de Constitucionalidade .....</b>	<b>19</b>
1.1. Noções Iniciais .....	19
1.2. Pressupostos do Controle de Constitucionalidade.....	21
1.2.1. Teoria do Poder Constituinte.....	21
1.2.2. Rigidez Constitucional.....	22
1.2.3. Supremacia da Constituição .....	23
1.2.4. Constituição Formal e Material .....	25
1.2.5. Unidade Normativa .....	26
1.3. Fenômeno da Inconstitucionalidade.....	26
1.3.1. Planos de Existência, Validade e Eficácia das Normas .....	26
1.3.2. Nulidade ou Anulabilidade.....	29
1.3.3. Teoria da Anulabilidade e Eficácia .....	30
1.3.4. Efeitos da Decisão Inconstitucional .....	32
1.4. Controle de Constitucionalidade Versus Jurisdição Constitucional.....	32
1.5. O surgimento do Controle de Constitucionalidade nos Estados Unidos.....	33
1.5.1. Contexto histórico .....	33
1.5.2. O Caso Marbury versus Madison (The Case of the Midnight Judges) ...	34
1.5.3. O Julgamento do Caso e suas Consequências.....	36
1.5.4. Críticas ao Caso por Laurence Tribe .....	36
1.6. O Modelo do Controle de Constitucionalidade de Hans Kelsen .....	37
1.6.1. Kelsen Versus Carl Schmitt: Quem Deve ser o Guardião da Constituição? .	37
1.6.2. As Contribuições de Kelsen .....	40
1.6.3. O Modelo Austríaco.....	42
1.6.4. Marshall Versus Kelsen.....	42
1.6.5. O STF é um Tribunal Constitucional? .....	43
1.7. Tipos de Inconstitucionalidade .....	44
1.7.1. Formal e Material .....	44

1.7.2. Por Vício de Decoro Parlamentar .....	45
1.7.3. Ação ou Omissão.....	47
1.7.4. Originária e Superveniente .....	47
1.7.5. Total e Parcial.....	50
1.7.6. Direta e Indireta.....	50
1.7.7. Por Arrastamento (Consequência ou por Atração) .....	51
1.7.8. Progressiva .....	52
1.7.9. Chapada (ou Desvairada).....	53
1.7.10. Circunstancial.....	53
1.7.11. Branca (ou Implícita) .....	54
1.8. Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção .....	54
1.9. O Efeito da Incompatibilidade de Normas Anteriores com a Nova Constituição .	56
1.10. Parâmetro e Objeto de Controle .....	57
1.10.1. Parâmetro de Controle de Constitucionalidade .....	57
1.10.2. Normas Já Revogadas e Normas de Eficácia Exaurida Podem ser pa- râmetro de Controle de Constitucionalidade?.....	59
1.10.3. Normas Constitucionais Interpostas .....	60
1.10.4. Objeto do Controle de Constitucionalidade.....	61
1.11. Estado de Coisas Inconstitucional.....	62
1.12. Stare Decisis .....	66
1.13. Modelos de Controle de Constitucionalidade.....	68
1.13.1. Quanto à Natureza do Órgão de Controle (ou Quanto ao Sistema) .....	68
1.13.2. Quanto ao Momento do Controle.....	69
1.13.3. Quanto ao Órgão Judicial de Controle.....	70
1.13.4. Quanto à Cognição Fática .....	71
1.13.5. Quanto à Forma (Ou Modo) de Controle .....	73
1.13.6. Quanto à Finalidade de Controle .....	74
1.13.7. Quanto à Prevalência do Controle (Mark Tushnet).....	75
1.13.8. Controle de Constitucionalidade por Elevação de Causa.....	76
1.14. Controle de Constitucionalidade pelo Mundo.....	77
1.14.1. Reino Unido .....	77
1.14.2. França.....	79
1.14.3. Suíça.....	81
1.14.4. Portugal.....	81
1.14.5. Alemanha.....	81
1.15. História do Controle de Constitucionalidade no Brasil .....	82

1.15.1. Constituição de 1824 .....	83
1.15.2. Constituição de 1891 .....	83
1.15.3. Constituição de 1934 .....	84
1.15.4. Constituição de 1937 .....	85
1.15.5. Constituição de 1946 .....	85
1.15.6. Constituições de 1967 e de 1969.....	85
1.15.7. Constituição de 1988 .....	86

## CAPÍTULO 2

<b>2. Modelo de Controle de Constitucionalidade na Carta de 1988.....</b>	<b>93</b>
2.1. Características do modelo de Controle de Constitucionalidade na Carta de 1988 .	93
2.2. Inovações Introduzidas no Sistema de Controle de Constitucionalidade pela Constituição Federal de 1988 .....	98
2.3. Informações Prefaciais Adicionais Sobre o Sistema Judicial de Controle de Constitucionalidade na CF/88 .....	99
2.4. Atuação do Executivo no Controle de Constitucionalidade na CF/88.....	100
2.4.1. O Poder de Veto.....	101
2.4.2. Possibilidade de Descumprimento da Lei Inconstitucional .....	102
2.4.3. Possibilidade de Propor Ação Direta.....	104
2.5. Atuação do Legislativo no Controle de Constitucionalidade na CF/88 .....	105
2.5.1. Comissões no Processo Legislativo .....	105
2.5.2. Análise do Veto Presidencial.....	105
2.5.3. Sustação de Ato Normativo do Executivo (Veto Legislativo) .....	106
2.5.4. Expansão da Decisão do STF em Sede de Controle Difuso de Constitucionalidade.....	109
2.5.5. Juízo Acerca das Medidas Provisórias .....	112
2.5.6. Controle das Finanças e dos Orçamentos Públicos: O Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas.....	113
2.5.7. Possibilidade de propor Ação de Controle Concentrado .....	117

## CAPÍTULO 3.

<b>3. Backlash: Reação Social e Política.....</b>	<b>119</b>
3.1. Conceito e Exemplos .....	119
3.2. Espécies.....	119
3.3. Formas de Realização .....	120
3.4. Perspectivas.....	120
3.5. Exemplos no Brasil e Efeitos Jurídicos .....	122

## CAPÍTULO 4

<b>4. Controle de Constitucionalidade Difuso.....</b>	<b>129</b>
4.1. Controle Difuso e Controle Concreto: Proximidades e Diferenças .....	129
4.2. Legitimados .....	130
4.3. Competência .....	133
4.4. Parâmetro e Objeto .....	133
4.5. Questão Prejudicial .....	134
4.6. Controle Difuso de Constitucionalidade nos Tribunais.....	135
4.6.1. Incidente de Inconstitucionalidade nos Tribunais Segundo o CPC/15....	135
4.6.2. Procedimento .....	136
4.6.3. Cláusula de Reserva de Plenário.....	138
4.7. Controle Difuso de Constitucionalidade no STF .....	142
4.8. Efeitos da Decisão .....	144
4.8.1. No Judiciário: Inter Partes e Ex Tunc (Regra).....	144
4.8.2. No Senado Federal: Erga Omnes e Ex Nunc (Exceção).....	144
4.8.3. Exceções ao Controle Ex Tunc (Modulação dos Efeitos) .....	145
4.8.4. Exceção ao Efeito Inter Partes.....	148
4.8.5. Condições para a Modulação .....	150
4.9. Papel do Senado no Controle Difuso de Constitucionalidade.....	152
4.10. Abstrativização (ou Objetivação) do Controle Difuso de Constitucionalidade	153
4.11. Efeitos Transcendentes das Decisões do STF em Recurso Extraordinário (RE)..	155
4.12. Mandado de Injunção .....	158
4.12.1. Objeto.....	158
4.12.2. Legitimados .....	160
4.12.3. Efeitos da Decisão (Teorias) .....	161
4.12.4. Mandado de Injunção (Mi) Versus Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (Adi-O) .....	163
4.13. O Controle de Constitucionalidade na Ação Civil Pública (ACP) .....	163
4.14. A Coisa Julgada Inconstitucional e Meios de Impugnação .....	165
4.14.1. Impugnação de Título Executivo .....	165
4.14.2. Ação Rescisória .....	167
4.14.3. Querela Nulitatis.....	171

## CAPÍTULO 5

<b>5. Controle de Constitucionalidade Concentrado.....</b>	<b>179</b>
5.1. Controle Concentrado e Controle Abstrato: Proximidades e Diferenças .....	179
5.2. Processo Objetivo .....	181
5.2.1. Princípios .....	181

5.2.2. Características .....	183
5.3. Espécies de Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade .....	184
5.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).....	184
5.4.1. Noções Iniciais .....	184
5.4.2. Competência .....	184
5.4.3. Legitimidade .....	185
5.4.3.1. Detalhamento dos Legitimados Ativos .....	186
5.4.3.2. Grau de Amplitude da Legitimidade Ativa .....	191
5.4.3.3. Capacidade Postulatória.....	193
5.4.4. Parâmetro e Objeto.....	193
5.4.4.1. Decretos.....	196
5.4.4.2. Leis e Atos de Efeitos Concretos.....	198
5.4.4.3. Deliberação Administrativa de Tribunal.....	199
5.4.5. Procedimento .....	201
5.4.5.1. Ajuizamento da Petição Inicial - 1ª Fase .....	201
5.4.5.2. Defesa e Instrução - 3ª Fase .....	203
5.4.5.3. Julgamento - 4ª Fase.....	204
5.4.6. Atuação do Ministério Público.....	204
5.4.7. Atuação do Advogado-Geral da União.....	205
5.4.8. Abertura do Processo Objetivo à Participação Social.....	207
5.4.9. Atuação do Amicus Curiae e Outras Formas de Abertura Processual ...	208
5.4.9.1. O Amicus Curiae no Controle Difuso de Constitucionalidade.....	211
5.4.9.2. Outras formas de Abertura Processual.....	213
5.4.10. Medida Cautelar.....	213
5.4.10.1. Efeitos.....	215
5.4.10.2. Efeito Repristinatório.....	215
5.4.10.3. Repristinação versus Efeito Repristinatório.....	216
5.4.11. Efeitos das Decisões.....	216
5.4.12. Técnicas de Decisão.....	223
5.4.13. Técnicas Especiais de Decisões.....	226
5.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI-O) .....	238
5.5.1. Noções Iniciais .....	238
5.5.2. Competência .....	239
5.5.3. Legitimidade.....	239
5.5.4. Parâmetro e Objeto.....	241
5.5.5. Procedimento .....	242

5.5.5.1. Ajuizamento da Petição Inicial - 1ª Fase .....	242
5.5.5.2. Juízo de Prelibação e Providências Iniciais - 2ª Fase .....	244
5.5.5.3. Defesa e Instrução - 3ª Fase .....	244
5.5.5.4. Julgamento - 4ª Fase .....	245
5.5.6. Atuação do Ministério Público .....	246
5.5.7. Atuação do Advogado-Geral da União .....	246
5.5.8. Abertura do Processo da ADI-O à Participação Social .....	247
5.5.9. Atuação do Amicus Curiae e Outras Formas de Abertura Processual ...	247
5.5.10. Medida Cautelar .....	248
5.5.11. Efeitos das Decisões .....	249
5.5.12. ADI-O versus Mandado de Injunção .....	250
5.5.13. ADI-O nos Tribunais de Justiça .....	251
5.6. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) .....	251
5.6.1. Noções Iniciais .....	251
5.6.2. Fundamentos .....	252
5.6.3. Competência .....	252
5.6.4. Legitimidade .....	253
5.6.5. Parâmetro e Objeto .....	253
5.6.6. Procedimento .....	254
5.6.6.1. Ajuizamento da Petição Inicial - 1ª Fase .....	254
5.6.6.2. Juízo de Prelibação e Providências Iniciais - 2ª Fase .....	255
5.6.6.3. Defesa e Instrução - 3ª Fase .....	255
5.6.6.4. Julgamento - 4ª Fase .....	256
5.6.7. Atuação do Ministério Público .....	256
5.6.8. Atuação do Advogado-Geral da União .....	257
5.6.9. Abertura do Processo da ADC à Participação Social .....	257
5.6.10. Atuação do Amicus Curiae e outras Formas de Abertura Processual ..	258
5.6.11. Medida Cautelar .....	258
5.6.12. Efeitos das Decisões .....	259
5.6.13. ADC nos Tribunais de Justiça .....	259
5.7. Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (Adi Interventiva) ou Representação Interventiva .....	259
5.7.1. Noções Iniciais: A Intervenção Federal .....	259
5.7.2. Competência .....	265
5.7.3. Legitimidade .....	265
5.7.4. Parâmetro e Objeto .....	266

5.7.5. Procedimento.....	267
5.7.5.1. Ajuizamento da Petição Inicial - 1ª Fase .....	267
5.7.5.2. Juízo de Prelibação e Providências Iniciais - 2ª Fase .....	267
5.7.5.3. Defesa e Instrução - 3ª Fase .....	268
5.7.5.4. Julgamento - 4ª Fase.....	269
5.7.6. Atuação do Ministério Público.....	270
5.7.7. Atuação do Advogado-Geral da União.....	270
5.7.8. Medida Cautelar.....	271
5.7.9. Efeitos das Decisões.....	271
5.7.10. ADI Interventiva nos Tribunais de Justiça.....	272
5.8. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).....	273
5.8.1. Noções Iniciais.....	273
5.8.2. Histórico .....	274
5.8.3. Natureza Jurídica.....	275
5.8.4. Espécies.....	275
5.8.5. Competência.....	276
5.8.6. Legitimidade.....	276
5.8.7. Parâmetro e Objeto.....	278
5.8.8. Condições Específicas.....	284
5.8.9. Procedimento.....	286
5.8.9.1. Ajuizamento da Petição Inicial - 1ª Fase .....	286
5.8.9.2. Juízo de Prelibação e Providências Iniciais - 2ª Fase .....	287
5.8.9.3. Defesa e Instrução - 3ª Fase .....	287
5.8.9.4. Julgamento - 4ª Fase.....	288
5.8.10. Atuação do Ministério Público.....	290
5.8.11. Atuação do Advogado-Geral da União.....	290
5.8.12. Abertura do Processo da ADPF à Participação Social .....	291
5.8.13. Atuação do Amicus Curiae e outras formas de abertura processual ....	291
5.8.14. Medida Cautelar.....	291
5.8.15. Efeitos das Decisões.....	292
5.8.15.1. Sobre o efeito Ex Tunc de Atos Pré-Constitucionais .....	292
5.8.15.2. Possibilidade de Modulação dos Efeitos da Decisão .....	293
5.8.16. Estudo de Alguns Casos Paradigmáticos no STF .....	293
5.8.16.1. ADPF nº 45.....	293
5.8.16.2. ADPF nº 54.....	294
5.8.17. Inconstitucionalidade do Art. 10 da Lei nº 9.882/99(?).....	294
5.8.17.1. ADPF nos Tribunais de Justiça.....	295

## **CAPÍTULO 6**

<b>6. Controle de Constitucionalidade nos Estados.....</b>	<b>297</b>
6.1. Noções Iniciais .....	297
6.2. Competência .....	297
6.3. Legitimidade .....	298
6.4. Parâmetro e Objeto .....	299
6.5. Parâmetro de Controle Estadual e Questão Federal .....	299
6.6. Concorrência de Parâmetros de Controle.....	300
6.7. Coexistência de Jurisdições Constitucionais Estaduais e Federal ( <i>Simultaneous Processus</i> ).....	303
6.8. Ação Declaratória de Constitucionalidade no Âmbito Estadual .....	304
6.9. O Controle da Omissão no Plano Estadual.....	304
6.10. O Controle de Constitucionalidade no Âmbito do Distrito Federal .....	305
6.11. Efeitos da Decisão.....	306
6.12. Incidente de Inconstitucionalidade e Controle Direto do Direito Municipal perante o Supremo Tribunal Federal .....	306

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>315</b>
-------------------------	------------

<b>ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVA.....</b>	<b>321</b>
---	------------

# APRESENTAÇÃO

Este livro nasce depois de alguns anos ministrando aulas sobre Controle de Constitucionalidade no Ouse Saber ([www.ousesaber.com.br](http://www.ousesaber.com.br)).

Esta obra se propõe a tratar de todo o conteúdo de Controle de Constitucionalidade, abordando os pontos da matéria de editais de concursos públicos das principais carreiras jurídicas do país.

Apesar de ser sintético, este curso buscou manter rigor científico. Isso, todavia, não significa que seja uma leitura difícil. Pelo contrário! Desde o início, houve o objetivo de elaborar um livro didático e acessível também aos iniciantes na matéria.

Assim sendo, será possível perceber que a leitura desta publicação é fácil, sendo capaz de envolver os principiantes, sem, contudo, perder a rigidez técnica necessária aos que se encontram em níveis mais avançados de estudo.

Ademais, a obra busca combinar os conhecimentos acadêmicos com a experiência profissional deste autor, tornando tais estudos interessantes aos profissionais do Direito.

Resta assim convidar o leitor para que julgue se os objetivos desta obra acima citados foram alcançados, estando este autor aberto a aprender e evoluir com as críticas decorrentes desse convite.

A todas e a todos, portanto, uma boa leitura!

Fortaleza, 29 de janeiro de 2021.

**Filippe Augusto dos Santos Nascimento**



## Fundamentos do Controle de Constitucionalidade

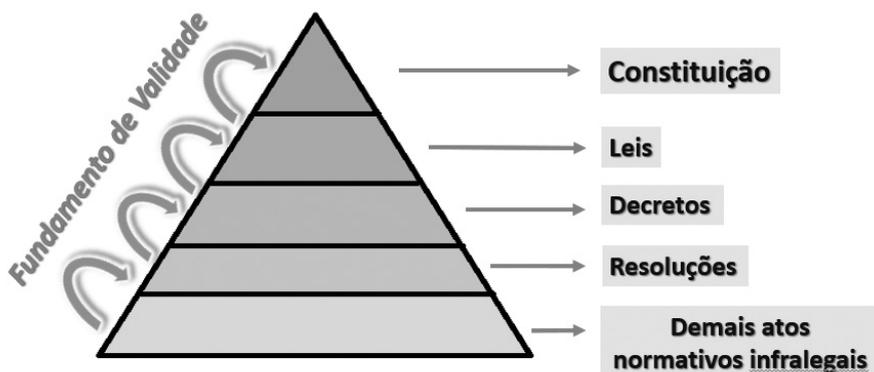
### 1.1 Noções Iniciais

A Constituição admite diversos sentidos, sendo alguns mais teóricos e outros mais práticos. Um desses entendimentos mais práticos é o sentido jurídico de Constituição, pois lhe confere uma dimensão operacional, propiciando as bases para a formação de um sistema normativo de regulação da vida social.

Graças ao sentido jurídico, a Constituição, nos dias atuais, é vista como um conjunto de normas que está no centro de todo o ordenamento jurídico, regulando-o, limitando-o e garantindo sua harmonia, ou seja, é uma norma de cúpula do sistema, não devendo mais ser vista como uma declaração política, como era no início de sua história.

Na maioria dos regimes constitucionais contemporâneos, portanto, a Constituição é hierarquicamente superior ao restante do ordenamento jurídico, o qual é harmonizado pela vinculação às normas constitucionais. É para garantir tal harmonia que surge o *controle de constitucionalidade*.

Verifica-se assim que só é possível existir a harmonia no sistema jurídico a partir do conceito jurídico que faz da Constituição norma de cúpula, colocando-a no topo de um sistema jurídico escalonado, ordenando as leis, decretos, resoluções e até mesmo os demais atos normativos infralegais. O esquema piramidal do ordenamento jurídico é bem conhecido:



A Constituição impõe, portanto, um sistema jurídico organizado de forma escalonada, garantindo harmonia e disciplina, fazendo com que os atos normativos infralegais tenham de obedecer às resoluções, aos decretos, às leis e à própria Constituição; bem como os decretos devem estar em conformidade com as leis e a Constituição; as leis devem estar acordes à Constituição etc. Em resumo: nenhuma norma inferior pode contrariar uma norma superior e todas as normas infraconstitucionais devem respeito máximo à Constituição, sob pena de serem consideradas inválidas (inconstitucionais).

O controle de constitucionalidade é, por conseguinte, uma ferramenta de manutenção da ordem e de garantia da Constituição enquanto norma suprema do ordenamento jurídico, em consonância ao que expõe Luís Roberto Barroso:

**“O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente, o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição”<sup>1</sup>.**

Nesses termos, a própria Constituição prevê mecanismos para garantir sua hierarquia e, consequentemente, a harmonia do sistema jurídico.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

## 1.2 Pressupostos do Controle de Constitucionalidade

As razões que explicam o controle de constitucionalidade são variadas e algumas guardam relação direta com as próprias origens do constitucionalismo. Para melhor compreender o controle de constitucionalidade é importante entender os seus fundamentos, ou seja, aquilo que lhe dá base, justificando sua existência.

### 1.2.1 Teoria do Poder Constituinte

Partindo do pressuposto de que a Constituição é apenas a manifestação de uma sociedade organizada (*Constituição em sentido amplo*), presume-se que toda e qualquer sociedade sempre possuiu uma Constituição, logo, sempre houve o Poder Constituinte.

Na sociedade moderna, no entanto, surge a *Teoria do Poder Constituinte*, que explicará a titularidade legítima do Poder Constituinte. Sieyès criou os contornos do que se entende por Poder Constituinte, fazendo da nação sua legítima titular. Posteriormente, a literatura jurídica firmou entendimento, com base em Rousseau, de que essa titularidade, na realidade, pertence ao povo.

No bojo de seu *O Que é o Terceiro Estado?*, o autor francês estabeleceu ainda a diferença entre *Poder Constituinte* e *Poderes Constituídos*. A diferença fundamental entre os dois conceitos está no fato de que estes, diferentemente daquele, são limitados pelo que estabeleceu o povo (Sieyès faz referência à nação).

Veja o que o autor fala sobre o Poder Constituinte: “Os representantes extraordinários [Parlamentares Constituintes] terão um novo poder que a nação [atualmente deve ser lido como o ‘povo’] lhes dará como lhe aprouver”<sup>2</sup>. Por outro lado, Sieyès afirma sobre os Poderes Constituídos que:

**“Os representantes ordinários de um povo estão encarregados de exercer, nas formas constitucionais, toda esta porção da vontade comum que é necessária para a manutenção de uma boa administração. Seu poder se limita aos assuntos de governo”<sup>3</sup>.**

2 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)**. 4. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001, p. 52.

3 Idem. *Ibidem*.

Desse modo, observa-se que os Poderes Constituídos são limitados pelo que já havia sido estabelecido anteriormente pelo Poder Constituinte, ou seja, os representantes do Executivo, Legislativo e Judiciário, atualmente, devem sempre ter seu poder limitado pelo que dispõe a Constituição, que é fruto do Poder Constituinte. Veja-se o que afirma Paulo Bonavides acerca do assunto:

**“O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primordial entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do Poder Constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma”<sup>4</sup>.**

Logo, a partir de tal perspectiva, uma Constituição rígida é aquela que estabelece os limites dos Poderes Constituídos de forma clara e prevê, em geral, mecanismos de controle sobre aquilo que esses poderes produzirem, sobretudo quando estiverem em desacordo com o Poder Constituinte.

### 1.2.2 Rigidez Constitucional

Em continuidade, Paulo Bonavides dispõe ainda acerca do procedimento necessário para garantir a rigidez constitucional:

**“As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontrastável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num dado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-lei, regulamentos etc.) e a corresponde por igual uma hierarquia de órgãos”<sup>5</sup>.**

Assim, enquanto as Constituições rígidas possuem um procedimento próprio e mais complexo (comparado ao das leis infraconstitucionais) de alteração de suas normas pelos Poderes Constituídos,

---

4 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 267.

5 *Idem. Ibidem.*, p. 267.

as Constituições flexíveis podem ser alteradas pelo mesmo processo jurídico em que são produzidas/alteradas as leis infraconstitucionais. Nestas últimas, os Poderes Constituídos se equiparam ao Poder Constituinte, enquanto que, nas primeiras, o Poder Constituinte é hierarquicamente superior aos Poderes Constituídos.

O que se extrai de tal ponto é que a complexidade do procedimento para alterar determinadas Constituições garante a rigidez constitucional e esta, por sua vez, revela a hierarquia da Constituição sobre as demais espécies normativas do sistema jurídico em razão dos limites que os Poderes Constituídos têm em relação a ela. Os Poderes Constituídos têm assim de respeitar o texto e as regras constitucionais e, em não respeitando, o produto de suas ações será invalidado. Essas amarras hierárquicas aos Poderes Constituídos garantem a harmonia do ordenamento jurídico.

### 1.2.3 Supremacia da Constituição

Paulo Bonavides demonstra com clareza a relação que há entre rigidez e supremacia constitucional: “Dessa hierarquia é o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”<sup>6</sup>.

A partir da diferenciação do Poder Constituinte e dos Poderes Constituídos, sendo estes limitados por aquele, estabeleceu-se a rigidez e, conseqüentemente, a supremacia ou hierarquia da Constituição, a qual passa a ter sua superlegalidade reconhecida, ou seja, sendo a *lex legum*, lei das leis ou norma de cúpula, superior a qualquer outra, formal e materialmente.

A Constituição tem, portanto, sua superioridade formal garantida, estando no topo da pirâmide de Kelsen (demonstrada anteriormente); e material, uma vez que é a expressão da soberania popular.

Analisa-se ainda o que dispõe o jurista Luís Roberto Barroso acerca do tema:

---

6 *Idem. Ibidem.*

**“Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. Ela é o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição”<sup>7</sup>.**

Nessa lógica, observa-se que a rigidez da Constituição garante a sua supremacia e, por ser superior a todo o ordenamento jurídico, a Constituição o rege e garante a validade de todas as leis e de todos os atos normativos.

Vale reforçar que a supremacia constitucional possui dois aspectos, o formal e o material, que podem ser explicados nas suas duas formas de forças supraleais:

- a) Superlegalidade Formal:** verifica-se por estar estruturalmente no topo da pirâmide de Kelsen, acima de todas as outras normas;
- b) Superlegalidade Material:** torna-se evidente por modelar e reger todo o restante do ordenamento jurídico com base em seus valores e bens constitucionalmente protegidos.

Por conseguinte, verifica-se o que estabelece Dirley Cunha Júnior acerca da diferença entre a imperatividade da Constituição e das demais normas:

**“Enfim, todas as normas jurídicas caracterizam-se por serem imperativas. Todavia, na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da supremacia em face às demais normas do sistema jurídico. Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar, seja quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratam (conformação material)”<sup>8</sup>.**

---

7 BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem.*, p. 23.

8 CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 7. ed., revista, ampliada e atualizada. Salvador: *JusPodivm*, 2014, p. 32.

Tendo em vista que a Constituição prevê a forma de elaboração das leis e atos normativos, bem como dispõe sobre diversos temas como Direitos Humanos, Direito do Trabalho etc., verifica-se a conformação formal das leis e atos normativos à Constituição quando foram criados/elaborados de acordo com o procedimento previsto constitucionalmente; enquanto, quando se fala em conformação material, pressupõe-se que as leis e atos normativos estão, em termos de conteúdo, de acordo com o que está disposto nas normas constitucionais.

### 1.2.4 Constituição Formal e Material

Outro ponto que vai colaborar com a compreensão do controle de constitucionalidade é rememorar a dicotomia entre Constituição em sentido formal e em sentido material:

- a) Constituição Formal:** tudo aquilo que está na estrutura e que foi consagrado pelo Constituinte como norma constitucional, independente da matéria (assunto) sobre o qual discorra;
- b) Constituição Material:** todo o conteúdo básico referente a limitação do poder do Estado e garantia de direitos.

Essa distinção, por via de consequência, impõe duas ordens de limitações aos Poderes Constituídos:

- i)** Os atos dos poderes constituídos (leis, atos administrativos, atos jurisdicionais etc.) devem ser produzidos seguindo os procedimentos constitucionalmente estabelecidos. É uma consequência da Constituição Formal. O desrespeito a esta limitação gera inconstitucionalidades formais;
- ii)** Os atos dos poderes constituídos (leis, atos administrativos, atos jurisdicionais etc.) devem respeitar os conteúdos constitucionais. É uma consequência da Constituição Material. O desrespeito a esta limitação gera inconstitucionalidades materiais.

## 1.2.5 Unidade Normativa

Tendo em vista que a Constituição é a expressão de um conjunto de valores (ainda que plurais) de uma sociedade e de um mesmo Poder Constituinte, deve possuir uma harmonia interna. Assim, Dirley da Cunha afirma:

**“Um ordenamento jurídico só pode ser concebido como um conjunto de normas. Vale dizer, é condição de existência de uma ordem jurídica a concorrência de normas. Não obstante a pluralidade de normas jurídicas que abrange, o ordenamento constitui uma unidade, quer porque suas normas nascem da mesma fonte (ordenamento simples), quer porque suas normas, ainda que nascidas de fontes distintas, têm o mesmo fundamento de validade (ordenamento complexo).**

**É a Constituição, portanto, como fonte máxima de produção de todo o Direito e último fundamento de validade das normas jurídicas que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico”<sup>9</sup>.**

Nesse sentido, dentro da pluralidade de normas que compõe o ordenamento jurídico, deve ser garantido ainda um padrão, uma unidade e uma harmonia das normas constitucionais entre si e para com as demais leis infraconstitucionais e atos normativos, não podendo, portanto, haver qualquer contradição.

Essa harmonia é garantida, sobretudo, porque as normas devem nascer de uma mesma fonte, ou seja, baseadas no procedimento previsto constitucionalmente. Não bastasse isso, caso haja qualquer desarmonia, há ainda um sistema que garante a retirada da norma inválida (inconstitucional), que é o controle de constitucionalidade.

## 1.3 Fenômeno da Inconstitucionalidade

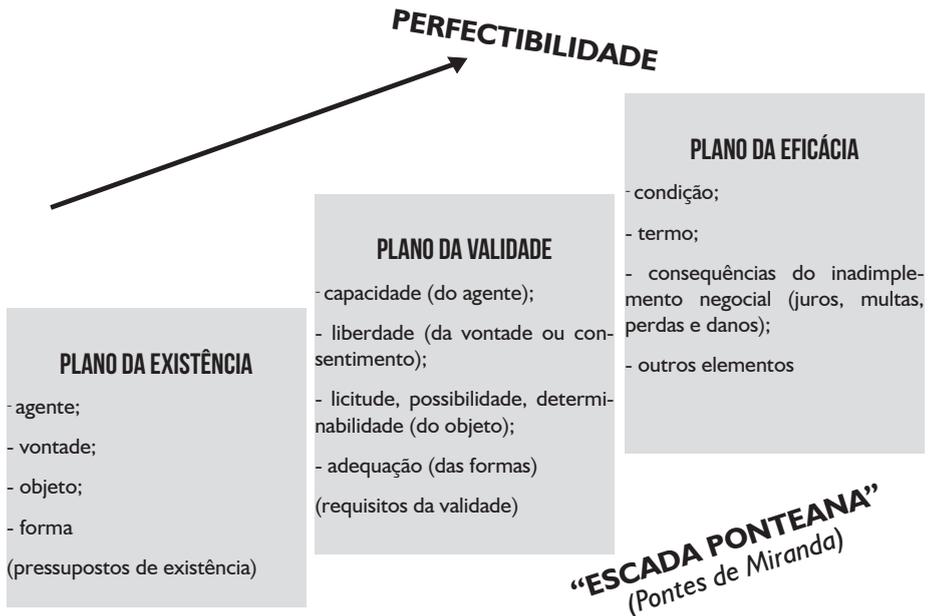
### 1.3.1 Planos de Existência, Validade e Eficácia das Normas

A *Escada ou Escala Ponteana*, trata-se dos níveis exigidos de um objeto do mundo do Direito (negócios jurídicos, atos jurídicos, leis etc.) para se formarem e serem válidos segundo os critérios definidos pelo

---

9 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Ibidem.*, p. 38.

próprio ordenamento jurídico. Caso um objeto jurídico reúna todos esses requisitos exigidos, ele será considerado perfeito. Veja-se o quadro a seguir<sup>10</sup>:



Verifica-se, primeiramente, a *existência*. Obviamente, para algo ter relevância jurídica, inicialmente, tem de existir. Para algo existir para o Direito basta ter os seguintes requisitos: um *agente*, uma *vontade*, um *objeto* e uma *forma*. Pense-se, por exemplo, em uma sentença escrita por um estudante de Direito com base em um caso fictício que vira na TV, redigindo-a apenas com a finalidade de estudo. Tal ato existe para o Direito, pois possui um *agente* (o estudante), uma *vontade* (redigir para fins de estudo), um *objeto* (o caso fictício da TV) e uma *forma* (escrita).

Para o ato ser válido, no entanto, é necessário ainda outros requisitos além dos supramencionados, tal como a capacidade do agente (que no exemplo dado não se verifica, pois apenas o magistrado tem capacidade de proferir a sentença), liberdade (não haver qualquer vício de consentimento), licitude do objeto (não pode ser algo proibido pelo ordenamento, além de dever ser determinado ou determinável) e adequação (a forma deve ser prescrita ou não vedada pela lei).

<sup>10</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 9. ed. São Paulo: Editora Método, 2014. v. 3, p. 15.

Por fim, para o ato ser eficaz, além de existir, deve estar disponível para ser aplicado no mundo jurídico, ou seja, ter a possibilidade de produzir efeitos concretos. Assim, ao se verificar a existência, validade e eficácia, o ato jurídico pode ser considerado perfeito.

Para uma lei existir, portanto, precisa haver alguém que a crie (sujeito), um conteúdo sobre o qual ela trate (objeto), e uma forma (o procedimento constitucionalmente previsto para sua criação).

Para a lei ser válida, por sua vez, o sujeito que a criou deve ser legítimo (as autoridades criadoras devem ter recebido competência constitucional para isso), o seu objeto deve estar de acordo com o que dispõe a Constituição (o conteúdo da lei deve ser compatível com o conteúdo constitucional) e a forma deve estar em conformidade com o devido processo legislativo (o procedimento de sua criação deve seguir todos os termos estabelecidos pela Constituição para a criação da espécie normativa em questão).

A eficácia da norma, no entanto, necessita de uma análise sociológica fática, ou seja, das situações fático-jurídicas aptas a tornarem a norma competente a sua realização social (para atingir seu objetivo primário).

Analisado esse cenário, cabe afirmar que no Brasil a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo é estudada a partir do plano da validade das normas.

A validade é uma questão de existência técnica. Não basta existir. Tem de existir conforme o que propõe o *Constituinte Originário*. A validade está assim relacionada ao fato de ser emanada de um órgão competente, elaborada conforme suas regras pré-ordenadas de produção e guardar compatibilidade material com as normas que lhe são superiores, por isso, é possível se falar em:

- a) **Validade Formal:** relacionada ao fato de ser emanada de um órgão competente, elaborada conforme suas regras pré-ordenadas de produção;
- b) **Validade Material:** necessita guardar compatibilidade material, ou seja, de conteúdo com as normas que lhe são superiores.

O desrespeito à validade formal gera inconstitucionalidade formal e o desrespeito à validade material gera inconstitucionalidade material.

### 1.3.2 Nulidade ou Anulabilidade

Sendo a norma inconstitucional considerada inválida, surge o seguinte questionamento: tal norma nasce nula ou é passível de anulação?

Vale lembrar que, para a *Teoria do Direito*, a norma nula possui um vício congênito, ou seja, desde o nascimento, logo, não deveria ter produzido efeitos nunca; já a norma anulável só sai do ordenamento depois de declarada a sua anulabilidade, portanto, todos os efeitos produzidos até tal reconhecimento são preservados.

A literatura jurídica brasileira majoritária e a jurisprudência do STF consideram a norma inconstitucional como uma norma nula, por consequência, inválida desde a sua criação, sendo apenas reconhecida pela decisão judicial.

Tal entendimento tem como inspiração a doutrina constitucional estadunidense (*Caso Marbury versus Madison*), em que a norma inconstitucional é tida por *null and void*, isto é, a lei que nasceu incompatível com a Constituição tem sua nulidade apenas reconhecida pela decisão judicial, sendo seus efeitos *ab initio* ou *ipso iure*. A natureza dessa decisão seria, portanto, meramente declaratória, retroagindo à data de promulgação do diploma legal. Esta é considerada a tese da tradição jurídica brasileira, sustentada até os dias atuais por grande parte da doutrina desde as inolvidáveis palavras de Ruy Barbosa:

**“A justiça tem de conhecer-lhes da existência, para conhecer da existência da lei. Mas não exerce, a tal respeito, a menor função discrecionária. A Constituição traçou nos arts. 36 e 40 as regras de elaboração legislativa imposta aos tres factores, de cuja cooperação depende a formação legítima das leis. Si algumas dessas regras for materialmente conculcada, ou postergada, e dessa infracção flagrante se conservar a prova authentica nos proprios actos do Congresso ou do governo, destinados a attestar a deliberação, a sancção, a promulgação, lei não ha; porque a sua elaboração não se consumou. Os tribunaes, portanto, não podem applical-a. Em uma palavra, toda contravenção material de formas constitucionaes, authenticamente provada, no processo de elaboração legislativa, vicia e nullifica o acto do legislador”<sup>11</sup>.**

11 BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra: O Congresso e a Justiça no Regimen Federal*. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1929, p. 87.

Por outro lado, parcela minoritária da doutrina jurídica pátria, com base no pensamento de Hans Kelsen, considera que as leis, mesmo inconstitucionais, são válidas até que um órgão competente (um Tribunal Constitucional, por exemplo) as invalide. Desse modo, seria constitutiva-negativa a natureza dessa decisão judicial, com efeitos apenas a partir da decisão.

Resta ainda imprescindível sublinhar que há casos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), em controle concentrado de constitucionalidade, que se reconheceu a aplicação da última tese, bem como é pacífico nos dias atuais a adoção de saídas intermediárias como as propostas por Kelsen. Desse modo, apesar de predominar na tradição jurídica brasileira a tese da nulidade da norma inconstitucional, tal entendimento foi mitigado ao longo do tempo.

### 1.3.3 Teoria da Anulabilidade e Eficácia

Para melhor compreender a teoria da anulabilidade de Kelsen, é importante relembrar alguns conceitos sobre eficácia jurídica. Eficácia é a capacidade de transformar a realidade social, ou seja, a potencialidade de a norma alterar o fragmento de realidade que se dispôs inicialmente a modificar. José Afonso da Silva afirma que:

**“Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador”<sup>12</sup>.**

A eficácia da norma implica, portanto, na qualidade ou potência de produzir efeitos, em maior ou menor grau. Assim, diz respeito ainda sobre a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma:

**“Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, a exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade”<sup>13</sup>.**

---

12 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66.

13 *Idem. Ibidem.*

Nesses termos, segundo José Afonso da Silva, a eficácia pode ser:

- a) **Eficácia Jurídica:** é sinônimo de aplicabilidade, sendo o poder de a norma produzir efeitos no mundo jurídico, por exemplo, revogar normas anteriores que lhe forem contrárias;
- b) **Eficácia Social:** é sinônimo de efetividade, o que significa a real capacidade de transformar a realidade social. O art. 230 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), por exemplo, protege a família e, no parágrafo segundo, assevera que “aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”, ao se analisar a realidade, nota-se que esta norma vem sendo cumprida na grande maioria das cidades brasileiras, logo, pode-se concluir que esta norma goza de eficácia social (efetividade).

Para a teoria da anulabilidade de Kelsen, a inconstitucionalidade afeta o plano da eficácia jurídica, diferente do que é entendido pela doutrina brasileira, que, como visto, entende que a inconstitucionalidade macula o campo da validade. Para o autor austríaco, a decisão de inconstitucionalidade apenas impediria a norma contrária à Constituição de produzir efeitos a partir do momento da decisão de inconstitucionalidade, o que preservaria as leis até o momento da decisão em nome da segurança jurídica, visto terem sido atos produzidos por poderes investidos de autoridade constitucional. Essa compreensão, apesar de muito lógica e compatível com o restante da teoria kelseniana, não foi a que prosperou no Brasil.

Ademais, a eficácia é muito importante no que tange à modulação dos efeitos da norma declarada inconstitucional, visto que, mesmo que, em regra, a norma inconstitucional seja declarada nula e seus efeitos sejam rescindidos desde o seu nascimento, ou seja, a decisão tenha efeitos retroativos, há a possibilidade de modulação desses efeitos como será visto adiante. A modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade é uma questão que está diretamente ligada ao campo da eficácia jurídica.