

## **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O BRASIL É CAPAZ DE ALÇAR OS PATAMARES IDEAIS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO IDEAL**

*Paulo Byron Oliveira Soares Neto*<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo apresentar ao leitor o controle de constitucionalidade existente na República Federativa do Brasil. Através de análise bibliográfica, procura-se demonstrar as relevâncias, institutos e, também, alicerçar o leitor para possíveis estudos e pesquisas futuras na área do Direito Constitucional.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to present to the reader the control of constitutionality existing in the Federative Republic of Brazil. Through bibliographical analysis, it is tried to demonstrate the relevance, institutes and, also, to support the reader for possible studies and future research in the area of Constitutional Law.

**PALAVRA-CHAVE:** Controle e constitucionalidade; Brasil; Direito Constitucional.

**KEYWORDS:** Control and constitutionality; Brazil; Constitutional right.

### **INTRODUÇÃO**

As interpretações das normas jurídicas sofreram adaptações ao longo do tempo, a fim de atender às necessidades decorrentes de uma sociedade em constante mutação e evolução. O Brasil acompanha tal evolução e, obviamente, contrariando alguns doutrinadores, a Constituição Federal deve sofrer alterações quanto a forma de interpretação de suas normas, com intuito de atender os direitos e garantias fundamentais da população.

Destarte, apesar de críticas, a Hermenêutica Constitucional se torna de vital importância ao País que deseja alçar a condição concreta de Estado Democrático de Direito. Apesar das severas críticas em relação a esta interpretação jurídica das normas constitucionais, temos, p.ex., Konrad Hesse que defende tal método de interpretação, apenas em textos constitucionais que impossibilitem uma interpretação lógica, conforme trecho a seguir:

*a função interpretadora admite a possibilidade de mudança constitucional, mas exclui o enfraquecimento constitucional – desvio do texto no caso concreto – e a reforma da Constituição por interpretação. Onde o intérprete se impõe à Constituição deixa de interpretá-la para mudá-la ou enfraquecê-la (HESSE, 2009, p. 116-117).*

---

<sup>1</sup> Professor efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática, possuindo habilitação em Física pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico – Espanha. [paulobyron@bol.com.br](mailto:paulobyron@bol.com.br)

Cristalino que, ao ocorrer uma nova forma de interpretação de referida norma constitucional, esta não incorrerá em alteração da constituição ou, sequer, exclusão de texto ou esmorecimento da plenitude Constitucional, visto que, tal modo de compreensão da norma tem como intuito atender os anseios e necessidades emanados pelo povo.

A teoria positivista de Hans-Kelsen, apesar de inúmeros adeptos, não é cabível em um Estado Democrático de Direito, pois a mesma se tornaria atemporal, tornando insatisfatório a sua aplicação concreta, de tal forma a cercear de forma abrupta uma sociedade em constante desenvolvimento e alteração. Neste ponto nos cabe a citação de Nietzsche, a qual representa de maneira brilhante a mera aplicação positivista da norma constituição, cerceando os anseios provindos do povo, alicerces e detentor do poder do Estado Democrático de Direito:

*Minha vista, seja forte ou fraca, enxerga apenas a certa distância, e neste espaço eu vivo e ajo, a linha deste horizonte é o meu destino imediato, pequeno ou grande, a que não posso escapar. Assim, em torno a cada ser há um círculo concêntrico, que lhe é peculiar. De modo semelhante, o ouvido nos encerra num pequeno espaço, e assim também o tato. É de acordo com esses horizontes, nos quais, como em muros de prisão, nossos sentidos encerram cada um de nós, que medimos o mundo, que chamamos a isso perto e àquilo longe, a isso grande e àquilo pequeno, a isso duro e àquilo macio: a esse medir nós chamamos “perceber” – e tudo, tudo em si é erro!<sup>2</sup>*

Por seu turno, Peter Häberle apresenta uma nova Teoria, a qual prevê a participação dos principais atores políticos na interpretação constitucional, ou seja, grupos sociais e cidadãos envolvidos direta ou indiretamente influenciando de forma concreta a atuação dos legisladores na produção das leis, como, também, aos magistrados na hermenêutica constitucional, tornando-a participativa, pluralista. Conforme seu ensinamento:

*A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primeiramente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.<sup>3</sup>*

Diante desta breve introdução quanto à interpretação das normas constitucionais nos cabe, a partir deste momento, atentar a um fato histórico determinante ao controle de constitucionalidade.

## **1. CASO MARBURY VS. MADISON**

Derivado de uma disputa política após a eleição presidencial em 1800, na qual Thomas Jefferson, fora eleito derrotando o então presidente em exercício John Adams. Nos

---

<sup>2</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Na Prisão, in Aurora*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, Livro III, p.117.

<sup>3</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 12.

últimos dias durante a sua gestão, o Congresso de maioria partidária a John Adams, criam diversos cargos no Judiciário, incluindo 42 (quarenta e dois) juízes de paz no Distrito de Colúmbia. Após confirmação das nomeações pelo Senado, e sancionadas pelo presidente ainda em exercício, reservou-se a incumbência ao secretário de Estado entregar as respectivas nomeações, porém acabou por deixar de entrega 4 (quatro) nomeações, sendo uma delas a de William Marbury.

Sob a gestão de Thomas Jefferson, o novo secretário de Estado James Madison recusou-se a entregar as respectivas comissões, visto que, a nova administração postava-se indignada com o encaixe de membros do partido federalista na magistratura.

Por seu turno, coube a Marbury acionar a Suprema Corte a fim de exigir que Madison lhe entregasse a respectiva comissão.

Neste momento a Suprema Corte se vê defronte a um impasse, caso decidisse a favor de Marbury, Madison poderia, de qualquer modo, manter a recusa de entrega da comissão, pois a Corte não possuía meios de impor-lhe tal deliberação. Todavia, se a Suprema Corte fosse contrária a Marbury, acabaria por submeter o Judiciário aos pleitos da administração de Thomas Jefferson.

Diante do impasse, John Marshall, Presidente da Suprema Corte, resolveu a questão declarando a Seção 13 da Lei Judiciária, que apontava que tal poder era inconstitucional, visto que, ampliava os poderes da jurisdição originária da Corte, sendo assim, garantindo posição finalista nas questões legais.

Destarte, que a partir do caso exposto, ventre, do instituto de controle de constitucionalidade das leis.

## **2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Ao tratarmos de controle de constitucionalidade, devemos atentar a duas premissas a supremacia constitucional e sua rigidez. A supremacia constitucional refere-se à sua posição hierárquica perante as demais leis vigentes, já a rigidez constitucional perfaz pelo ato de controle efetivo para que a norma constitucional tenha um processo de elaboração mais complexo do que os das normas infraconstitucionais.

O controle de constitucionalidade fundamenta-se na defesa dos direitos fundamentais, pressupõe, portanto, a existência de determinados valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados.

Desta feita, podemos conceituar o controle de constitucionalidade como a verificação minuciosa da lei, ou ato normativo perante a Constituição da República Federativa do Brasil, tanto sob os requisitos, materiais, formais e volitivos que dela derivam.

Como define Alexandre de Moraes: “*Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.*”<sup>4</sup>

Na conceituação de Bernardo Gonçalves Fernandes, temos:

*O controle de constitucionalidade visa a garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar*<sup>5</sup>.

Eis o ponto que distingue, em parte, a questão do nosso entendimento em relação a alguns doutrinadores, a questão volitiva das normas constitucionais, a qual não é abordada pela maioria doutrinária, porém como bem definida por Pedro Lenza o aspecto volitivo é o “*vício de decoro parlamentar*”<sup>6</sup>, ou seja, interferências que comprometem a decisão do legislador e em consequência atuando em desacordo com sua posição de representante dos interesses do povo.

## **2.1. Princípios do controle de constitucionalidade**

Diante do exposto, podemos ter que os princípios ou pressupostos de controle de constitucionalidade podem ser apresentados da seguinte maneira: a supremacia da constituição; presunção relativa de constitucionalidade de normas infraconstitucionais e de normas constitucionais derivadas; presunção absoluta de constitucionalidade das normas originárias; e o princípio da rigidez constitucional.

O princípio da supremacia constitucional, conforme especificado anteriormente, se dá pela Constituição no topo do ordenamento jurídico brasileiro, sendo assim, as leis (*lato sensu*) devem estar materialmente e formalmente em conformidade com a Constituição Federal.

Em relação a presunção relativa, tem-se como base que tanto o Poder Legislativo, quanto o Poder Executivo tenham conhecimento pleno da Constituição Federal, desta forma,

---

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas. 2016, p. 1118.

<sup>5</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6ªed. Bahia. Juris Podium. 2014. P.1082.

<sup>6</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 273.

as normas geradas por tais poderes possuem tal relatividade de presunção. Por sua vez, as normas originárias possuem presunção absoluta de constitucionalidade, todavia, podem posteriormente ser reconhecida como inconstitucionais e eventuais conflitos terem resolução baseados nos princípios integradores.

No que tange a rigidez, esta se refere a necessidade de ritos solenes, com maior dificuldade para alteração das normas constitucionais, as quais estão no ápice do nosso ordenamento jurídico.

## **2.2. Espécies de controle de constitucionalidade**

O controle de constitucionalidade pode se dar no momento de realização, ou seja, pelo ingresso de determinada lei ou ato normativo no ordenamento jurídico, porém apesar da existência do controle preventivo o qual tem por finalidade impedir que alguma norma que contrarie a nossa Lei Maior venha a tornar-se parte do ordenamento jurídico. Por sua vez, há o controle repressivo que extingue lei ou ato normativo que contrariem a Constituição Federal.

Vale ressaltar que, tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo atuam, ou deveriam atuar preventivamente, para que determinada Lei ou ato normativo não contrariasse a Constituição Federal. Em regra, no Brasil, a verificação da adequação, compatibilizando os atos normativos com a Constituição Federal é realizada através do Poder Judiciário.

Caracteriza-se no Brasil o controle de constitucionalidade devido a originalidade e diversidade de instrumentos destinados à fiscalização da constitucionalidade, contemplando assim um modelo difuso de controle de constitucionalidade, porém possui complementação através do controle abstrato proveniente do Supremo Tribunal Federal.

Desta feita de acordo com as possibilidades de controle de constitucionalidade, nos cabe, especificar o conceito de cada espécie e prover o leitor de conhecimento sobre tais.

### **2.2.1. Controle de constitucionalidade concentrado**

Refere-se ao controle abstrato exercido, através de quem possua legitimidade para arguir a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva ou através da Ação Declaratória de constitucionalidade.

Os legitimados são: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara Federal dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do

Distrito Federal, Governadores, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Os legitimados são classificados em subespécies, conforme a possibilidade de arguição que a Lei vos atribuiu: universais ou genéricos (podem propor ação sobre qualquer matéria); e temáticos ou específicos (possuem o dever de demonstrar que a pretensão pleiteada guarda pertinência direta com seus objetivos institucionais – pertinência temática).

No que se refere ao grupo dos legitimados universais, temos o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara Federal, Procurador-Geral da República, Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Por seu turno, os legitimados temáticos ou específicos são: confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, a Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Distrital e os Governadores.

Por fim, devemos nos atentar a questão que são consideradas Confederações sindicais as quais são integradas por no mínimo três federações, de empregados, empregadores ou mesmo de profissionais liberais, e que tenham sede na Capital Federal, conforme art. 535 da CLT. Quanto as entidades de classe de âmbito nacional, é aquela com representatividade em, no mínimo, 1/3 dos Estados da Federação, porém o Supremo Tribunal Federal restringe a interpretação da legitimidade de tais entidades.

Conforme exposto, faz-se oportuno trazer ao leitor o entendimento de Luís Roberto Barroso:

*Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição. A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, em artes. Devido a seu caráter institucional – e não de defesa de interesses -, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades. Em seu âmbito, como regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição<sup>7</sup>.*

### **2.2.2. Controle de constitucionalidade difuso**

No que tange o controle difuso, este enseja o exercício da jurisdição por qualquer membro do Poder Judiciário (magistrados), todavia a constituição reserva ao controle difuso a

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50

cláusula de reserva plenário, disposta no art. 97 da Constituição Federal, conforme segue: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Porém há o Incidente de Inconstitucionalidade, disposto no art 481 e ss. do Código de Processo Civil, e por consequência no faz trazer à baila:

*A jurisprudência pacífica desta Corte, agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do STF ou em Súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da CF e 481, parágrafo único, do CPC.[ARE 914.045 RG, rel. min. Edson Fachin, j. 15-10-2015, P, DJE de 19-11-2015, tema 856.*

Devemos salientar que o efeito da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso é *inter partes*, ou seja, só valendo para o caso concreto e, via de regra, com eficácia *ex tunc*. Entretanto quando determinada Lei Federal, Estadual, Distrital ou Municipal de forma recursal, vier a apreciação do controle difuso, a inconstitucionalidade deve ser comunicada diretamente ao Senado Federal, o qual agirá como órgão nacional. Prevalendo a suspensão esta terá efeito *ex nunc*.

Por fim, a fim de concluir o controle de constitucionalidade difuso, cabe apontarmos o ensinamento, Luís Roberto Barroso:

*Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento.*

*No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana, e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém- -concurado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição<sup>8</sup>.*

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com exposto, o Brasil adota o sistema misto de controle de constitucionalidade. Todavia muito aquém de dispor as ferramentas necessárias para uma pluralidade ideal de participação e interpretação de normas constitucionais e controle das mesmas.

Notório que apesar do controle difuso e concentrado, este último requer uma maior adaptabilidade em relação aos anseios e necessidades da sociedade brasileira, cabendo,

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20



portanto, uma análise para o estudo de uma teoria que atenda a necessidade do cidadão brasileiro.

A passos lentos existe mudança, porém longe dos ideais teóricos de Peter Häberle, a participação pluralista existente e aplicada no Brasil, distorce o princípio ideológico, deixando a mercê a maioria da população de membros da sociedade que possuem determinado poder. Na lição deste mesmo autor: “*a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as políticas públicas mencionadas*”<sup>9</sup>.

Desta feita, a fim de participar da interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como no controle de constitucionalidade pluralista, far-se-á necessário um vislumbrar inovador nas políticas públicas, principalmente no que tange a educação, visto que, para interpretar algo devemos conhece-lo, ter contato com este, e as escolas são o cerne para o início de tal mudança, conforme já previsto em projeto de Lei nº 70/2015 aprovado no Senado Federal, desta forma, alçaremos o Estado Democrático de Direito de fato.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. Recife: Armador, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006

BRASIL. *A constituição e o Supremo*. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058>> Acessado em: 26 nov. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. 3ªed. São Paulo. Forense, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador. Juspodium, 2017.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ªed. São Paulo. Saraiva, 2013.

---

<sup>9</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 14.



LIMA, Anderson Rodrigo Andrade de. *Interpretação aberta da Constituição: aplicabilidade da obra de Peter Häberle ao Direito brasileiro*. Santa Maria: Fadisma. 2015

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G., *Curso de direito constitucional*, 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar F. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas. 2016.

NIETZCHE, Friedrich. *Na Prisão, in Aurora*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16ªed. São Paulo. Forense, 2017.

PATUTO, Rogério. *Controle de Constitucionalidade – sinótico*. Disponível em:<  
<http://direitonunip013.wixsite.com/direitouniprs/copia-controle-e-constitucionalidad>>  
Acessado em: 25 nov.2017

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHUELLER, Larissa Pinheiro. *Controle Difuso de Constitucionalidade*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 2 – Curso de Controle de Constitucionalidade. Disponível em: <  
[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_140.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_140.pdf)> Acessado em: 26 nov. 2017.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.