

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATÁLIA MACHADO DE SOUZA

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A IMPORTÂNCIA
SOCIAL DA ATUAÇÃO DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

**FLORIANÓPOLIS
2009**

NATÁLIA MACHADO DE SOUZA

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A IMPORTÂNCIA
SOCIAL DA ATUAÇÃO DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Monografia apresentada ao
Curso de Graduação em
Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina,
como requisito à obtenção
do grau de Bacharel em
Direito.

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR REINALDO PEREIRA E SILVA

**FLORIANÓPOLIS
2009**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Controle de Constitucionalidade: a importância social da atuação do juiz no Estado Democrático de Direito”, elaborada pela acadêmica Natália Machado de Souza, defendida em 12/11/2009, e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,00 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 003/95/CEPE.

Banca examinadora:

Reinaldo Pereira e Silva

João Leonel Machado Pereira

João dos Passos Martins Neto

Florianópolis, 12 de novembro de 2009.

À minha família que sempre apoiou e incentivou os meus estudos, ajudando-me a superar os desafios e as dificuldades encontradas pelo caminho. A todos, o meu eterno agradecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que tem dado a mim todas as coisas de que necessito.

À minha família, que acreditou em mim, e sem a qual eu nada seria, o meu amor.

Ao meu pai que, em vida, sempre apoiou os meus estudos.

Aos amigos Alexia, Kamila, Carlos, Marcela, Alice e, especialmente Silvia pela paciência e tranquilidade em revisar esta obra, apoiando-a incondicionalmente.

Aos colegas de trabalho que me apoiaram, ao longo de toda a graduação, pela compreensão e incentivo aos estudos e, principalmente, por nunca duvidarem da minha capacidade: Fábio, Guilherme, Carlos, Flávio, Lidianny, Tábitha, Ilex, José Volpato, Dayane, Ana Paula, Endrigo, Flávia, Pablo, Cristiane, Roberta, Gabriela, Felipe, Ioran, Grasielle, Cássia, Francini, Gustavo, Wellington, Roseana, Gabriel, Sérgio, Luara, Mislaine.

Quero registrar, ainda, minha gratidão ao professor Reinaldo, que aceitou me guiar nesta empreitada.

Por fim agradeço ao meu querido professor João Leonel que, com maestria e simplicidade, soube repassar mais do que conhecimento, transmitiu todo o seu amor pela profissão de advogado, estimulando-me a nunca deixar de acreditar que a luta pelo Direito sempre vale a pena.

“Adorais fazer leis, mas adorais ainda mais quebrá-las. Como crianças brincando na praia, que constroem castelos de areia com perseverança e depois os destroem rindo. Mas, enquanto construíis vossos castelos de areia, o mar traz mais areia para a praia. E quando destruíis, o oceano ri convosco. Em verdade, o mar sempre ri com os inocentes”.

Khalil Gibran

A aprovação desta presente monografia não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O controle difuso de constitucionalidade foi criado nos Estados Unidos em 1803. A sua implementação no Brasil deu-se na Carta de 1891. Apesar de não ser nenhuma novidade o seu uso, ainda é pouco difundido entre os magistrados e os próprios operadores do Direito.

Nesse contexto, o presente estudo tem como principal objetivo analisar, à luz do fenômeno do controle difuso de constitucionalidade, a importância do papel do magistrado na sociedade, ao qual foi entregue a defesa direta e irrestrita dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição.

Diante disso, busca-se fazer um resgate histórico do surgimento do controle de constitucionalidade, especificando os seus dois modelos principais (norte americano e austríaco) e, após a análise do sistema de controle de constitucionalidade também no Brasil, aprofundar o estudo do controle difuso de constitucionalidade no Brasil para, por fim, apontar se houve mudanças no papel do magistrado e, em caso afirmativo, quais foram, propondo-se uma readequação da atuação dos juízes no âmbito do controle difuso de constitucionalidade e sua importância social para o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; controle difuso de constitucionalidade; atuação dos magistrados.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	13
1.1 O surgimento do Estado Constitucional.....	13
1.2 O conceito de Constituição	15
1.3 A proteção da Constituição: fundamentos para a existência do controle de constitucionalidade	18
1.4 Análise histórica.....	22
1.4.1 Modelo norte-americano (<i>judicial review</i>).....	22
1.4.2 Modelo austríaco (europeu)	26
1.5 Considerações finais do capítulo	28
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	30
2.1 Evolução histórica.....	30
2.2 O modelo introduzido pela Constituição de 1988	34
2.2.1 Controle concentrado ou abstrato: a atuação do Supremo Tribunal Federal	35
2.2.2 O controle difuso ou concreto	38
2.3 O controle da Constituição pelos Poderes Legislativo e Executivo	39
2.4 Considerações sobre o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.....	42
3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: ANÁLISE DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	44
3.1 Legitimidade: quem pode arguir e julgar a questão constitucional no âmbito do controle abstrato	44
3.2 Objeto: quais atos normativos podem ter a sua constitucionalidade analisada no âmbito do controle difuso?.....	47
3.3 Em que tipo de ação pode-se arguir a inconstitucionalidade de uma lei?	48
3.4 Declaração incidental de inconstitucionalidade perante os tribunais	49
3.5 Eficácia <i>erga omnes</i> no âmbito do controle difuso	54
3.6 Considerações finais do capítulo	57
4. CONTROLE DIFUSO: A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO	58
4.1 Modelo ultrapassado: o juiz como mero aplicador da lei	58
4.2 A interpretação da Constituição.....	60
4.2.1 A teoria kelseniana da interpretação autêntica	61

4.2.2 Ronald Dworkin: o Direito como integridade	64
4.2.3 Conclusões: como deve o juiz interpretar?	65
4.3 A atuação do juiz no sistema brasileiro de controle difuso de constitucionalidade	69
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como propósito principal analisar a importância do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro idealizado na Constituição de 1988.

Desta forma, tratando-se de um instituto tipicamente judicial e, tendo em vista os avanços doutrinários no campo da jurisdição constitucional, sua efetiva aplicação está vinculada diretamente à atuação dos magistrados.

Entretanto, apesar de ter sido inserido no Brasil em 1891, o sistema jurídico brasileiro ainda não processou a necessidade de readequação do papel dos juízes frente ao instituto, o qual deve estar pautado, sobretudo, na defesa da ordem constitucional, problema central da presente pesquisa.

A hipótese básica que orientou a obra partiu do entendimento de que o juiz deve, mediante adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, definir os litígios e defender os princípios constitucionais, propiciando desse modo a efetiva tutela dos direitos materiais, atuação esta indispensável para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

O objetivo geral do trabalho consiste em demonstrar a necessidade da efetivação do controle difuso de constitucionalidade pelo magistrado, não apenas como defensor da Constituição, mas também para concretizar o Estado Democrático de Direito.

Como objetivos específicos, propõe-se expor o contexto de surgimento do controle de constitucionalidade e conceituá-lo. Analisar o surgimento dos modelos constitucionais tradicionais e a evolução histórica brasileira atinente ao controle de constitucionalidade. Demonstrar como funciona o controle de constitucionalidade no Brasil, hoje e individualizar as formas de controles instituídos pela Constituição de 1988; analisar doutrinária e jurisprudencialmente o funcionamento do controle difuso de constitucionalidade na Brasil e mostrar que a atuação do juiz não se limita a mera aplicação da lei; explicar que os princípios constitucionais são o sustentáculo do Estado Democrático de Direito e, por último, expor que o juiz pode atuar como um verdadeiro defensor da Constituição.

No primeiro capítulo, o leitor será introduzido ao contexto em que surgiu o controle de constitucionalidade, ou seja, quais as razões de sua existência. Este ainda é dedicado à análise do conceito e da origem histórica do controle de constitucionalidade. Ao final, faz-se uma breve descrição dos dois principais modelos instituídos de controle de constitucionalidade: o norte-americano e o austríaco.

O segundo capítulo fará uma abordagem histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, tecendo-se breve comentário sobre todas as Constituições anteriores. O ponto central é o estudo do sistema de controle de constitucionalidade instituído pela Constituição de 1988, aprofundando-se três pontos fundamentais: o controle concentrado, o controle difuso e o controle exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo.

O terceiro capítulo foi dedicado ao exame do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, pano de fundo deste trabalho, razão pela qual se fará uma pesquisa mais aprofundada sobre o seu funcionamento, incluindo-se, para tanto, o pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, no quarto e último capítulo, serão abordados os posicionamentos de diversos pensadores sobre a aplicabilidade e uso do controle difuso de constitucionalidade, propondo-se uma readequação da atuação dos magistrados frente ao instituto.

Nas referências estão inseridas, além de obras diretamente citadas no texto, aquelas que, embora não tenham sido citadas, expressamente, concorreram para a elaboração do presente trabalho.

A problemática a seguir apresentada é atual e pertinente, pretendendo-se, a partir de uma investigação histórica, bem como da exposição da posição de estudiosos sobre o tema, trazer ao meio acadêmico alguma contribuição para o estudo do controle difuso de constitucionalidade voltado à atuação do magistrado.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 O surgimento do Estado Constitucional

O homem é um ser social, todavia o convívio entre pessoas requer organização e, principalmente, o estabelecimento de regras, o qual, via de consequência, exige a disciplina do poder. Daí decorre a importante figura do Estado.

O Estado, da maneira como é visto hoje, teve o seu surgimento, segundo Jorge Miranda¹, na Europa do final do período medieval, por volta do século XVI², época em que os Reis começam a ampliar a sua dominação, até então dispersa entre os senhores feudais.

Decorrente desta centralização do poder, surge a figura do Estado Absoluto, marcado pela monocracia.

Celso Ribeiro Bastos assim define monocracia:

A monocracia é um termo abrangente caracterizado por significar um sistema de governo de uma só pessoa que enfeixa em suas mãos poderes absolutos. As monocracias assumem duas variantes: a monarquia absoluta e a ditadura. Ambas apresentam como traço unificador o fato de o governante não dispensar muitas atenções aos outros órgãos estatais, cujas vontades deverão sempre ceder se conflitarem com a sua.³

Desta maneira, o Estado, até aquele momento marcado pela descentralização do poder nas mãos dos senhores feudais, passa a ser controlado pelo Rei de forma absoluta. Este modelo predominou até o século XVIII⁴.

Com o tempo, a sociedade, insatisfeita com os abusos dos monarcas, transforma-se e parte em busca da sua liberdade, principalmente sob a influência das ideias dos filósofos iluministas nos séculos XVII e XVIII. Destacam-se, no período, John Locke, Jean Jacques Rousseau, Charles-Louis de Secondat – Barão de Montesquieu e Immanuel Kant.

¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 19-33.

² Jorge Miranda (Idem, p. 37) explica que não é possível precisar, com rigor, quando se passa da organização política medieval para a nova forma de organização política e afirma que o Estado surge em momentos diversos nas várias partes da Europa.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 6 ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004, p. 127.

⁴ Id.Ibid. p. 36-44.

A busca pela desconstrução do poder acabou provocando verdadeiras lutas sociais, políticas e econômicas. Este fato impulsionou o surgimento do Estado de Direito, marcado por um instrumento normativo capaz de organizá-lo: a Constituição. Dentre estes importantes movimentos sociais, Jorge Miranda⁵ destaca a Revolução Francesa de 1789 e o movimento da Independência norte-americana.

Para ele, o primeiro movimento pode ser considerado o ponto culminante da transformação da sociedade e do Estado, pois trouxe ao mundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que preconiza, no artigo 16, o princípio da separação de poderes – decorrente do pensamento de Montesquieu – e a necessidade de cada Estado elaborar a sua Constituição.

Quanto ao segundo movimento, explica o autor, que trouxe como resultado a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração de Direitos da Virgínia, ambos de 1776, dois documentos que preconizavam como imprescindíveis ao Estado, os princípios da liberdade e da igualdade para todos os cidadãos.

Aparece na história, no final do século XVIII, portanto, a figura do Estado Constitucional.

Nesse sentido, Paulo Bonavides dispõe:

Assim se qualifica por Estado Constitucional da separação de poderes aquele que surgiu imediatamente após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa.⁶

E, mais adiante, referindo-se à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ressalta:

Ali, em o número 16 do texto imortal, o gênio dos teóricos da liberdade elaborou a fórmula da divisão de Poderes, decretando em todas as Constituições que a consagravam, o termo dos regimes absolutos de competências ilimitadas. O Direito Constitucional mais influente da Idade Moderna emerge daquele documento.⁷

A Constituição surge como um importante e imprescindível instrumento para o Estado, seja porque consagra o sistema da separação de poderes, seja porque delimita os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos.

⁵ Id. Ibid. p. 40-46.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 41.

⁷ Id. Ibid. p. 42.

Em virtude destas características, Marcelo Neves defende, assim como outros doutrinadores⁸, que não há Estado sem uma Constituição:

[...] mesmo nos sistemas carentes de Constituição em sentido formal, há um núcleo normativo regulador do processo de produção das normas jurídicas gerais, caracterizado como Constituição em sentido material escrito, cujo conteúdo tem supremacia jurídica intrínseca, por ser logicamente anterior às demais normas gerais (legais e costumeiras) pertencentes ao mundo jurídico. Em realidade, quando, nos sistemas de Constituição flexível, a legislatura ordinária reforma as normas de conteúdo intrinsecamente constitucional (Constituição em sentido material escrito), deve atuar de acordo com o procedimento por elas prescrito.⁹

Qualquer jurista sabe que a Constituição pode ser classificada de diferentes formas, mas é inegável o seu valor político-social, pois, mais do que um instrumento jurídico, contribui para a organização da sociedade em todos os seus aspectos, estabelecendo regras básicas de convívio e constituindo as diretrizes fundamentais do governo do país e de seus respectivos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), procurando, como seu maior fim, assegurar a todos os cidadãos os direitos e as garantias fundamentais, sem os quais não se poderia conceber uma sociedade livre, justa e solidária, tal qual fora preconizado na Revolução Francesa

1.2 O conceito de Constituição

Não há como entender a importância da Constituição para a sociedade, sem abordar o que ela significa.

O vocábulo Constituição vem do verbo latino *constituere*. Sua origem remonta ao verbo constituir, que tem o significado de “ser base de, a parte essencial de”¹⁰. Partindo desta concepção, pode-se afirmar que a palavra Constituição traz em si uma ideia de estrutura, de essência.

Segundo Hertha Urquiza Baracho¹¹, o sentido da Constituição pode ser ideal ou real.

⁸ Em sua obra *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos* (p.13), o autor Oswaldo Luiz Palu cita a célebre frase de Philippe Ardant: “...tous les États du monde ont une Constitution”, que significa “todos os Estados do mundo têm uma Constituição”.

⁹ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 65.

¹⁰ Significado coletado no Dicionário Eletrônico Houaiss, versão 2.0a.

¹¹ BARACHO, Hertha Urquiza. *Teoria da Constituição*. Revista Prima Facie, João Pessoa, ano 2, n. 3, julho-dezembro/2003, p. 16-17/29. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em 03.10.09.

Em sentido ideal, a Constituição identifica-se com os postulados político-liberais do século XVIII, consubstanciados na crença, na unidade e na invariabilidade da razão e tem como marco o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹².

Dessa forma, a Constituição é compreendida como o texto escrito que consagra o Estado como um sistema de garantias da liberdade pessoal baseado no modelo da separação de poderes.

No sentido real, de acordo com a mesma autora, a Constituição é tratada sob um viés sociológico. Assim, a Constituição significa a própria organização do Estado, ou seja, as suas instituições políticas e jurídicas. Nesse sentido, Baracho reforça que “todos os Estados têm uma Constituição, simbolizada nas tradições, usos e costumes políticos, que regulam a transmissão do poder, a criação e funcionamento dos órgãos estatais”¹³.

No mesmo artigo, mais adiante, a jurista trata do conceito sociológico de Constituição. Segundo ela, o tema foi apresentado por Ferdinand Lassale:

O conceito sociológico é apresentado por Ferdinand Lassale, que a define como a “soma de fatores reais de poder que regem um país”. Para Lassale, a Constituição escrita nada mais é do que uma “folha de papel”, se não houver coincidência entre a Constituição escrita e a Constituição efetiva.¹⁴

O conceito sociológico, portanto, faz distinção entre o instrumento formal, a Constituição escrita, na qual se consagra a quem deve ser entregue o poder, e o instrumento real, Constituição empírica, quem de fato exerce o poder.

Pode-se ainda classificar a Constituição segundo o sentido material e sentido formal.

Em sentido material, a Constituição é compreendida como sendo o conjunto das normas que organizam o Estado. Sobre o tema, José Afonso da Silva¹⁵ vai mais além ao ensinar que a Constituição material pode ser concebida em dois sentidos: amplo e estrito. O primeiro identifica-se com o regime político do Estado e o segundo refere-se às normas constitucionais escritas ou costumeiras que regulam a estrutura do Estado, a sua organização e os direitos fundamentais.

¹² Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia de direitos, nem determinada à separação de poderes, não tem Constituição.

¹³ Id. Ibid. p. 18.

¹⁴ Id. Ibid. p. 18.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 11.

A Constituição em sentido formal, por sua vez, é o documento escrito aonde são inseridas as normas que regulam a organização do Estado, o qual é obrigatoriamente elaborado por um Poder Constituinte que, para ser alterado ou modificado, submete-se a formalidades especiais instituídas no seu próprio texto original.

A doutrina distingue o Poder Constituinte em originário ou genuíno e derivado ou instituído. O primeiro é compreendido como sendo aquele que, de fato, produz a Constituição, daí o seu caráter originário, pois surge apenas quando se dará a formação de um novo Estado ou na modificação da ordem jurídica vigente em um Estado preexistente.

O Poder Constituinte derivado, em contrapartida, aparece de acordo com as normas da própria Constituição concebida pelo Poder Constituinte originário, atuando nos moldes e nos momentos por ela estabelecidos.

Mister esclarecer que o Poder Constituinte derivado trata, na realidade, da reforma do texto constitucional e é instituído pela própria Constituição por uma questão eminentemente social, conforme explica Michel Temer:

As Constituições se pretendem eternas, mas são modificáveis. Daí a competência atribuída a um dos órgãos de poder para a modificação constitucional, com vistas a adaptar preceitos da ordem jurídica a novas realidades fáticas.¹⁶

Diante da variedade de conceitos, conclui-se que a Constituição não possui um conceito único, sendo, nas palavras de Klaus Stern, “uno de los huesos más difíciles de roer de la ciencia jurídica”¹⁷. Nestes termos, mostra-se prudente arrolar mais alguns conceitos doutrinários.

Segundo Palu¹⁸, há aqueles que compreendem a Constituição em função do jusnaturalismo. Para eles, a Constituição é o reconhecimento dos princípios gerais de Direito Natural, ou do Direito Racional, razão pela qual deve sempre se subordinar a um Direito superior.

Há quem defina a Constituição sob o aspecto historicista. Assim, consideram-na uma expressão histórica de cada povo, pois deve respeitar suas tradições, sua história, sua religião, suas relações políticas, econômicas e assim por diante.

¹⁶ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 36.

¹⁷ “um dos ossos mais difíceis de roer da ciência jurídica”. STERN, Klaus. *Derecho Del estado de La República Federal Alemana*. Madrid: CEC, 1987, p. 203, apud PALU, Oswaldo Luis. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 17.

¹⁸ Id. Ibid. p. 18.

De acordo com Palu¹⁹, os marxistas veem a Constituição como uma mera superestrutura jurídica de uma organização econômica subjacente, fruto da ideologia propagada pela classe dominante, enquanto os positivistas concebem-na como uma lei independente de qualquer conteúdo axiológico.

Dentre todas as definições acima, o que interessa a esta pesquisa é a concepção de que a Constituição é um instrumento normativo de grande força política, porque define e estrutura a organização política do Estado, bem como estabelece os parâmetros econômicos e sociais que regerão o seu povo.

Devido a essa relação direta entre sociedade e Constituição, é que decorre a necessidade de o mesmo texto legal estabelecer os métodos que deverão ser utilizados para a sua modificação, a fim de que possa acompanhar, na mesma medida, a evolução da sociedade, sob pena de se tornar obsoleto.

1.3 A proteção da Constituição: fundamentos para a existência do controle de constitucionalidade

A Constituição, embora de fundamental importância para o Estado, está inserida em um grande sistema de normas, o chamado Ordenamento Jurídico. Desta maneira, as ações humanas e todos os demais aspectos inerentes à sociedade são regulamentados por inúmeras legislações.

Por essa razão, Hans Kelsen classificou as normas segundo seu grau de importância, criando um sistema hierárquico de normas, na qual a Constituição encontra-se no mais alto patamar da pirâmide:

A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas legais. Em forma bastante simplificada, apresenta o seguinte retrato: o nível mais baixo é composto de normas individuais criadas pelos órgãos aplicadores do direito, especialmente os tribunais. Essas normas individuais são dependentes dos estatutos, que são normas gerais criadas pelo legislador, e das regras do Direito consuetudinário, que formam o nível superior seguinte da ordem jurídica. Esses estatutos e regras de direito consuetudinário, por sua vez, dependem da Constituição, que forma o nível mais elevado da ordem jurídica considerada como sistema de normas positivas.²⁰

¹⁹ Id. Ibid. p. 18-19.

²⁰ KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 216.

Esse modelo estabeleceu a noção de validade jurídica, de modo que as normas inferiores devem estar em conformidade com as de grau superior, numa espécie de hierarquia vertical.

Dessa maneira, pode-se afirmar que a Constituição adquiriu a capacidade de outorgar fundamentos de validade a toda e qualquer espécie de legislação a ela subordinada, tornando-se imprescindível criar um mecanismo de controle de “adequação” das normas inferiores, ou seja, um sistema capaz de verificar se a norma infraconstitucional está em conformidade com a norma constitucional.

É neste afã da supremacia constitucional que se constitui um dos fundamentos para a necessidade da criação de um controle de constitucionalidade, com o escopo de resguardar a norma na qual se estrutura o Estado de Direito para garantir que ele se mantenha, afinal é a Constituição que fornece e distribui as diretrizes que estabelecem o modelo de convivência social e arquitetam toda a estrutura normativa necessária à organização do Estado, regulando, portanto, todo o modo de produção das leis e dos atos normativos que lhes são inferiores.

Sobre a supremacia da Constituição, o jurista Zeno Veloso explica:

As normas constitucionais são dotadas de preeminência, supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal. Todas as normas devem se adequar, têm que ser pertinentes, precisam se conformar com a Constituição, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do direito positivo, a *lex legum* (a Lei das Leis).²¹

Vê-se na doutrina que a Constituição tem fundamental importância para a estrutura do sistema jurídico vigente em um Estado, pois representa mais do que uma norma jurídica, reflete todo um modelo de sociedade, seus princípios e seus valores.

Sobre a importância da norma constitucional, Oswaldo Luiz Palu esclarece:

As normas constitucionais não são produtoras de direito, mas o próprio direito objetivo que exsurge de circunstâncias políticas, históricas, geográficas, econômicas, axiológicas – fontes materiais –, completando-se com o ato volitivo do Constituinte – fonte formal.²²

²¹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17

²² PALU, Oswaldo Luis. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. 2 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

E o mesmo autor, com certa exaltação, completa: “Ela é expressão do Direito triunfante, amálgama dos valores jurídicos fundamentais da comunidade destinatária, com quem deve compor autêntica simbiose”²³.

O segundo fundamento para a existência de um sistema de controle de constitucionalidade decorre da necessidade de manutenção dos valores e princípios estabelecidos na Carta Maior, afinal constituem o alicerce do Estado e este não teria sentido de existir se a qualquer momento pudesse ser modificado. Chama a doutrina, tal concepção, de princípio da rigidez constitucional.

A rigidez da norma constitucional implica que esta só poderá ser alterada mediante processos, solenidades e exigências formais especificamente pré-estabelecidas. Daí porque se pode afirmar que nenhuma espécie normativa inferior a Constituição poderá modificá-la.

Nessa perspectiva, mostra-se oportuna e imprescindível a adoção, por parte do Estado, em seu próprio ordenamento instituidor, de um sistema de controle de constitucionalidade de suas leis e de seus atos normativos, com o escopo de preservar a autoridade da Carta Magna, assim como garantir a preservação do modelo de Estado.

Nesses termos, percebe-se que, para a sua viabilidade, o sistema requer estabilidade e, conseqüentemente, segurança, o que implica, necessariamente, a criação de mecanismos de proteção, a fim de proteger a Constituição e, eficazmente, torná-la, de fato, superior aos demais atos normativos.

Para tanto, tornou-se necessária uma adequação das leis inferiores ao texto constitucional, a fim de evitar que uma lei contrária ao texto maior permaneça no sistema, revogando-a tacitamente, o que representaria uma total contrariedade e instabilidade para o sistema. Por essa razão, as Constituições rígidas estabelecem como se dará a modificação de suas normas.

Sobre a importância desse controle, Veloso, com probidade, assevera:

Porém, de nada adiantaria a rigidez constitucional, a soberania (*paramountcy*) da Carta magna, a natural e necessária ascendência de suas regras e princípios, se não fosse criado um sistema eficiente de defesa da Constituição, para que ela prevalecesse sempre, vencesse qualquer embate, diante de leis e atos normativos que a antagonizem. A verificação da compatibilidade vertical das normas, o controle da constitucionalidade, é um expediente indispensável e vital

²³ PALU, Oswaldo Luis. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. 2 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

para a ordem e segurança jurídicas. Partindo da existência e validade, garante a eficácia, a eficiência e a efetividade das normas constitucionais.²⁴

Como visto, os dois fundamentos básicos para a existência do controle de constitucionalidade são a supremacia e a rigidez constitucionais.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, com probidade, dispõe:

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 mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. (...). A *rigidez constitucional* é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. (...). Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.²⁵

Pensando nessa proteção, algumas Constituições, como é o caso da brasileira, estabelecem limitações materiais, proibindo a reforma de alguns objetos ou conteúdos específicos, explícitos ou não no texto constitucional. São as chamadas cláusulas pétreas.

Por meio das cláusulas pétreas, ou até mesmo sem a existência delas, a Constituição cria mecanismos de controle de sua constitucionalidade, visando não apenas a sua própria proteção, mas a manutenção da harmonia do ordenamento, sem a qual não seria possível conceber um Estado Democrático de Direito.

Dentro deste contexto, o sistema de controle da constitucionalidade das leis tem como função primordial a manutenção do ordenamento jurídico, a fim de garantir-lhe autonomia e segurança.

Por essa razão, nos próximos itens desse capítulo, estudar-se-á a origem do controle de constitucionalidade e seus principais modelos de atuação, concepções estas, indispensáveis para a adequada compreensão do modelo brasileiro atual e o conseqüente estudo do controle difuso de constitucionalidade atrelado à atuação dos magistrados brasileiros, objetivo último deste estudo.

²⁴ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17-18.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-2

1.4 Análise histórica

1.4.1 Modelo norte-americano (*judicial review*)

No ano de 1803, a Suprema Corte Norte Americana, ao julgar o caso *Marbury versus Madison*, proferiu decisão histórica ao reconhecer que aquele Tribunal tinha competência para exercer o controle da compatibilidade entre os atos dos demais poderes e a Constituição, podendo reputá-los nulos e sem efeito. Nascia o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, o *judicial review*, subordinando a partir daquele momento todos os outros poderes do Estado norte-americano ao texto constitucional e estabelecendo o Judiciário como o seu intérprete legítimo.

Conforme explica Barroso²⁶, o caso teve início na eleição americana do ano de 1800, quando Thomas Jefferson e John Adams disputavam a Presidência, vencida por aquele.

John Adams, que buscava a reeleição, e ainda no poder, aliou-se ao Congresso para, em 13 fevereiro de 1801, aprovar uma lei de reestruturação do Poder Judiciário Federal com o intuito de conservar sua influência política neste Poder. Aprovou-se, nesse momento, o *Judiciary Act of 1801*. Entre uma das mudanças propostas estava a criação de 16 cargos de juízes federais, a fim de que fossem imediatamente preenchidos por seus aliados.

Alguns dias depois, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei autorizou o ainda Presidente (Adams) a nomear quarenta e dois juízes de paz (também aliados, é claro). Quase todos os nomes indicados foram aprovados e confirmados pelo Senado um dia antes da posse de Thomas Jefferson. Contudo, em virtude dos entraves burocráticos e do pouquíssimo tempo, o então Secretário de Estado, John Marshall, não conseguiu entregar todos os atos de investidura aos juízes recém-nomeados.

Desta maneira, tão-logo assumiu a presidência, Jefferson determinou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que se recusasse a entregar os atos de investidura àqueles que ainda não o tivessem recebido.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3-10.

Dentre os juízes nomeados por Adams, que não tomaram posse a tempo, estava Willian Marbury, nomeado juiz de paz do Distrito de Colúmbia, que recorreu à Suprema Corte para ter seu direito ao cargo reconhecido. O pedido baseava-se na Lei Judiciária de 1789 que autorizava a Suprema Corte a expedir mandados para remediar erros ilegais do Executivo.

Em face de possuir a maioria no Congresso, o presidente Thomas Jefferson revogou a lei que reorganizava o Poder Judiciário Federal, extinguindo os cargos que haviam sido criados por John Adams e destituindo os seus ocupantes.

A fim de evitar questionamentos acerca dessa decisão, a Suprema Corte, pressionada pelo Congresso, deixou de se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803.

Após esse intervalo, cujos ânimos não estavam mais exaltados, a Suprema Corte julgou o caso *Marbury versus Madison*. Coube a decisão, curiosamente, a John Marshall, ex-secretário de Estado do governo de John Adams e então *Chief Justice*. O entrave foi tratado sob o primado da competência da Suprema Corte.

Sobre o voto do relator, Barroso explica:

No desenvolvimento de seu voto, Marshall dedicou a primeira parte à demonstração de que Marbury tinha direito à investidura no cargo. Na segunda parte, assentou que, se Marbury tinha o direito, necessariamente deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo. Na última parte, enfrentou duas questões distintas: a de saber se o *writ of mandamus* era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo.²⁷

Quanto à última parte assinalada por Barroso, Marshall chega à conclusão de que, em havendo apenas dois tipos de atos do executivo que não são passíveis de revisão judicial (atos de natureza política e aqueles entregues a sua discricionariedade pela lei ou pela Constituição), a regra é de que os atos do executivo podem ser controlados pelo Poder Judiciário, o qual poderá avaliar não apenas a sua legalidade, mas também a sua constitucionalidade.

Dessa forma, no que se refere à competência da Suprema Corte, o relator sustentou que o § 13 da Lei do Judiciário de 1789, ao instituir uma hipótese de competência originária (argumento utilizado por Marbury), incorria em uma

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7.

inconstitucionalidade, pois afirmou que uma lei não poderia outorgar competência originária ao órgão, quando apenas a própria Constituição pudesse fazê-lo.

Marshall fundamentou sua decisão, enunciando, nas palavras de Barroso, “os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade”²⁸ (supremacia da Constituição, nulidade de lei que contrarie a Constituição, o Poder Judiciário como intérprete final da Constituição).

Em sua obra, Veloso²⁹ nos traz um trecho da decisão de Marshall:

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos da legislação usual e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo contrário à Constituição não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo da Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às Constituições escritas, e, assim, deve se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade. (cf. *The Writings of John Marshall, late Chief-Justice of the United States, upon the Federal Constitution*. Boston, 1839, p. 24-25, *apud* Pinto Ferreira).

Como se vê, Marshall deixou claro que a Constituição é sem dúvida a lei mais importante do Estado, devendo todas as leis inferiores e os atos dos três poderes ser compatíveis com os seus pressupostos.

Após o caso *Marbury versus Madison*, a Suprema Corte somente voltou a declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal em 1857, no caso *Dread Scott*, quando entendeu incompatível com a Constituição a seção 8ª do *Missouri Compromise Act*, de 1850, que proibia a escravidão nos territórios. Tal decisão entendeu que escravos não eram cidadãos, mas sim propriedades, o que gerou durante algum tempo a perda do prestígio da Suprema Corte.

Em que pese à indiscutível contribuição da sentença do juiz Marshall para o constitucionalismo moderno, sobretudo porque deu origem ao controle jurisdicional

²⁸ Id. *Ibid.* p. 8.

²⁹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 37-38.

de constitucionalidade³⁰, a supremacia constitucional e o controle da Constituição pelo Poder Judiciário já eram defendidos anteriormente pela doutrina americana, conforme explica Veloso³¹.

O autor assevera que Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, logo a após a aprovação da Constituição dos Estados Unidos em 1787, produziram diversos ensaios com o intuito de ratificá-la, nos quais analisavam o texto constitucional sob diversos aspectos. O trabalho foi reunido posteriormente num livro, *The Federalist*.

No ensaio LXXXVIII, Hamilton dispõe sobre a superioridade da Constituição em relação às normas inferiores:

[...] Nenhum ato legislativo contrário à [...] Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes permitem, como, inclusive, o que proibem.³²

Em seguida, conclui, referindo-se aos Poderes Judiciário e Legislativo:

Somente significa que o poder do povo é superior a ambos, e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última, de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são.³³

Para Veloso³⁴, Hamilton deixou fixado o princípio da supremacia constitucional, bem como o da competência do Poder Judiciário para decidir questões de conflito entre a Constituição e uma lei infraconstitucional, antes da importante decisão de Marshall em 1803.

Salienta-se que no sistema de controle de constitucionalidade americano, o controle é realizado incidentalmente³⁵, no curso de qualquer tipo de ação, não se tratando a questão constitucional do mérito principal da lide; todavia, levanta-se o

³⁰ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 106.

³¹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38-39.

³² Cf. *O federalista*. Trad. Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959, p. 312 apud VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38-39.

³³ Id. Ibid. p. 38-39.

³⁴ Id. Ibid. p. 39.

³⁵ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 108.

conflito de uma norma ou de um ato normativo com o texto constitucional, seja pelo autor, ou pelo réu, ou, até mesmo, pelo próprio juiz, *ex officio*.

Desta maneira, a competência para exercer o controle se encontra nas mãos de qualquer juiz ou tribunal, por isso diz-se que o controle de constitucionalidade é *difuso*.

O efeito da decisão é *inter partes*, porque atinge apenas as partes que integram a lide, e a sentença tem cunho meramente declaratório, pois se considera que o ato ou a norma que contraria a Constituição é nulo por excelência, razão pela qual os efeitos da decisão retroagem (*ex tunc*) até o nascimento do ato, afinal pelo fato de ter sido constituído com base em lei ou ato inconstitucional, já nasceu morto.

1.4.2 Modelo austríaco (europeu)

Em decorrência, dentre outros fatores, da absoluta supremacia do Parlamento, segundo Sacha Calmon³⁶, tanto a Áustria como a maioria dos países europeus não aderiram ao modelo americano do *judicial review*, pois significaria entregar o controle da Constituição ao Poder Judiciário, órgão de pouco prestígio nesses países.

Deste modo, preferiu-se instituir um modelo mais adequado aos seus anseios, para garantir a supremacia da Constituição. Assim, com base na teoria kelseniana, a constituição austríaca de 1920 consagrou, pela primeira vez na história, a criação de um Tribunal Constitucional especializado em julgar ações de cunho, exclusivamente, constitucional. Em virtude deste caráter e da centralização do poder em um único órgão, chama-se de controle concentrado de constitucionalidade.

Sobre o tema, Sacha Calmon assevera, ao se referir aos países europeus³⁷:

Nos países importantes, jamais firmou-se a supremacia do Judiciário na temática do controle das leis, como nos EUA e na América Latina. Quanto a isto, tem-se por assente na Europa que as Cortes Constitucionais não pertencem ao Poder Judiciário e que a “jurisdição constitucional” é algo distinto da jurisdição comum.³⁸

³⁶ Para mais informações ver COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 88.

³⁷ O autor refere-se aos países europeus pertencentes à família jurídica romano-germânica. Para mais detalhes vide Op. Cit., p. 87.

³⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 88.

É importante ressaltar que a atuação do Tribunal Constitucional não está subordinada a nenhum dos três poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário). Trata-se de um órgão independente, ao qual a Constituição entrega o monopólio para a defesa da sua supremacia normativa.

O controle acontece por meio de ação própria, ou seja, o tribunal precisa ser provocado, e a matéria que dá origem ao conflito suscitado é atinente apenas à Constituição. Ao tribunal compete legislar *negativamente* se for constatado um vício de inconstitucionalidade na lei que está sob análise.

Clèmerson Merlin Clève aprofunda um pouco mais esta questão:

Com a reforma constitucional de 1929, a par do controle abstrato das leis (via de ação direta), passou o direito austríaco a admitir, igualmente, o controle concreto, provocado no curso de uma demanda judicial. Neste caso, atribui-se efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional. Todavia, o controle concreto (por via de exceção) pode ser suscitado, apenas, pelos órgãos jurisdicionais de segunda instância. Aos demais órgãos da magistratura ordinária incumbe, simplesmente, aplicar a lei, ainda quando sobre ela pairam dúvidas quanto à sua compatibilidade com o sistema constitucional.³⁹

Alexandre de Moraes⁴⁰ salienta que a Corte Constitucional austríaca não tem autonomia administrativa e os seus membros são escolhidos ora pelo Poder Executivo ora pelo Poder Legislativo.

Ponto fundamental do modelo é considerar que toda lei que respeita os trâmites formais impostos ao legislador, e é sancionada pelo Chefe do Poder Executivo, torna-se vigente e existente no âmbito do Ordenamento Jurídico. Desta forma, a partir do momento em que a Corte declara a sua inconstitucionalidade, ela legisla negativamente, pois exclui do ordenamento a lei ou dispositivo que está contrariando a Constituição. Só a partir da decisão da Corte é que a norma deixará de existir, motivo que levou Kelsen a afirmar que as normas são anuláveis e não nulas por essência, daí o seu caráter constitutivo:

[...] se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra o seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei,

³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 68-69.

⁴⁰ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 119-122.

segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto na Constituição.⁴¹

Nesse sentido, explica Regina Ferrari:

O sistema austríaco, seguindo o pensamento de Kelsen, considera que a lei inconstitucional não é nula, mas sim anulável, aceitando o caráter constitutivo da declaração, a qual produz efeitos *ex nunc*, para o futuro, portanto sem eficácia retroativa.⁴²

No que diz respeito à retroatividade dos efeitos, dar-se-á *ex nunc*, consoante explica Alexandre de Moraes:

A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional austríaco retira a lei do ordenamento jurídico, produzindo efeitos, em regra, a partir da sua publicação.⁴³

Todas as decisões do Tribunal Constitucional austríaco possuem efeito *erga omnes*, pois atingem todas as pessoas sem fazer qualquer distinção, porquanto a lei que, a partir da decisão, deixa de existir no ordenamento jurídico tinha validade perante todos os cidadãos.

1.5 Considerações finais do capítulo

Conforme relatado, o sistema de controle de constitucionalidade nasceu em decorrência da necessidade de proteção da Constituição, a qual é considerada a norma suprema do Estado que organiza o seu funcionamento e estabelece os princípios que definem a sua estrutura. Em outras palavras, é a Constituição que fundamenta os pilares do Estado. Por esta razão, verificou-se que o seu texto precisa ser respeitado pelas normas inferiores para garantir segurança e estabilidade ao Estado. Deste fato, surgiu o controle de constitucionalidade.

Nos Estados Unidos, a competência para exercer a defesa da Constituição foi entregue a todos os juízes e tribunais (controle difuso), podendo a tese de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo ser levantada em qualquer tipo de ação.

No cenário europeu, a Áustria instituiu o chamado controle concentrado de constitucionalidade, pois preferiu entregar o controle de constitucionalidade nas

⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 157.

⁴² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 208-209.

⁴³ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 133.

mãos de um órgão especial e autônomo, totalmente desvinculado dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo. Com o advento da Constituição austríaca de 1920, influenciada por Hans Kelsen, surgiu a primeira Corte Constitucional, dando origem ao controle concentrado.

Nesse segundo caso, o controle é efetuado por meio de ação própria, especialmente criada para o fim de analisar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo frente à Constituição.

Por fim, procurou-se mostrar no presente capítulo os motivos que deram ensejo à necessidade de proteger o texto constitucional e em qual contexto histórico surgiram os sistemas de controle de constitucionalidade que influenciam o modelo brasileiro atual, tema do próximo capítulo.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 Evolução histórica

Para compreender melhor o modelo brasileiro atual de controle de constitucionalidade, faz-se necessário uma breve abordagem histórica dos seus antecedentes, com a finalidade de retratar a evolução deste instituto no país.

No Brasil imperial, sob vigência da Constituição de 1824, não havia regulamentação atinente ao controle judicial de constitucionalidade. Contudo, ao Legislativo competia à tarefa de criar, interpretar, suspender, revogar as leis e, de acordo com o art. 15, IX, de “velar na guarda da constituição, e promover o bem geral da Nação”.

Para o jurista Oswaldo Luis Palu⁴⁴, dois foram os principais motivos que impediram que fosse concedido ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis nos Brasil.

Para ele, a influência das idéias franco-inglesas sobre a supremacia do Parlamento e as circunstâncias políticas e históricas em que a Constituição Imperial foi promulgada permitiram a instituição de um quarto poder, hierarquicamente superior aos demais, e exercido, privativamente, pelo Imperador. Tratava-se do Poder Moderador, que concedia permissão ao “Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante”⁴⁵ para intervir em todos os demais poderes, especialmente no Poder Legislativo, razão pela qual qualquer hipótese de controle de constitucionalidade por outro órgão ou Poder não passaria de uma quimera.

Assim, embora nos Estados Unidos já houvesse ocorrido o célebre julgamento do caso *Marbury v. Madison*, por aqui o Poder Judiciário era o mais fraco dos poderes, mesmo porque, diferentemente do que ocorreu naquele país, a Carta de 1824, em seu art. 178, definia o que era e o que não era matéria constitucional, não concedendo margem para atuações expansionistas pelo Supremo Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário na época, como havia ocorrido na Corte norte americana.

⁴⁴ PALU, Oswaldo Luis. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistema e efeitos*. 2 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 117-119.

⁴⁵ Art. 98, da Constituição de 1824.

Com o advento da República, sob a influência do direito norte americano, foi introduzido o controle judicial de constitucionalidade. O responsável pela mudança, segundo Palu⁴⁶, foi Rui Barbosa, jurista que encabeçou o projeto da Constituição Provisória do Brasil de 1890, que previa, no art. 58, § 1º, o importante instituto. O artigo foi analogamente utilizado na Constituição da República, promulgada em 1891:

Art. 59, § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Como é possível observar, o controle de constitucionalidade foi outorgado ao Supremo Tribunal Federal e sua importância só foi reconhecida “após os trabalhos de Rui Barbosa mostrar, à conclusão, o alcance de seus dispositivos, em reconhecendo essa prerrogativa ao Judiciário”⁴⁷.

Logo em seguida, em 1894, houve a regulamentação do instituto pela Lei nº 221, que no seu art. 13, § 10, possibilitou aos juízes e tribunais o exercício da defesa da Constituição, permitindo-lhes deixar de aplicar leis e regulamentos que lhes parecessem manifestamente incompatíveis com a Constituição.

Mais adiante se operou a reforma de 1926, que alterou o artigo que previa o controle judicial do número 59 para o número 60, mudando também a redação do § 1º, letra a, passando a prever a atuação do STF nos casos em que se “questionar a vigência, ou a validade, das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negar aplicação”.

Sobre a novidade inserida, Veloso ressalta:

A Lei 221, de 20.11.1894, que organizou a Justiça Federal, é apontada pelos especialistas como um marco notável de nosso sistema de controle de constitucionalidade, proclamando a doutrina da supremacia do Judiciário ao dispor, no art. 13, § 10: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais

⁴⁶ PALU, Oswaldo Luis. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. 2 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 121-122.

⁴⁷ Id. *Ibid.* p. 121.

e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição.”⁴⁸

O modelo difuso ou incidental foi mantido pela Constituição de 1934, contudo, com algumas inovações: exigiu o *quorum* da maioria absoluta dos membros dos tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179), bem como a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV).

Esta última inovação consolidou o pensamento de que a decisão sobre a inconstitucionalidade somente produz efeitos entre as partes envolvidas no litígio, não havendo, portanto, vinculação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Não obstante as alterações do controle difuso, a Constituição de 1934 introduziu no art. 12, V e § 1º, uma hipótese específica de atuação do Supremo Tribunal Federal no caso de intervenção da União em negócios peculiares dos Estados Federados, quando estes ferissem um dos princípios sensíveis estabelecidos no art. 7º, n. 1, alíneas *a a h*.

Veja-se a transcrição dos aludidos dispositivos:

Art. 7º – Compete privativamente aos Estados:

I – decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e coordenação de poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;
- d) autonomia dos Municípios;
- e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
- h) representação das profissões;

Art. 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

[...]

V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

[...]

⁴⁸ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31

§ 1º - Na hipótese do nº VI, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais (art. 7º, nº I), a intervenção será decretada por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A Câmara dos Deputados poderá eleger o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo.

Tratava-se, portanto, de um importante marco, pois introduziu um caso de controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro.

A Constituição de 1937, a seu turno, conhecida como “polaca”, marco do Estado Novo, apesar de prever em seu artigo 96, *caput*, a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, este era restringido à necessidade de aprovação do Presidente da República, que poderia submeter à apreciação da constitucionalidade de lei novamente ao exame do Parlamento (art. 96, parágrafo único)⁴⁹.

O jurista Zeno Veloso observou que neste período predominou o autoritarismo, de modo que não houve espaço “para a atuação de um controle de constitucionalidade, que, por natureza e definição, tem de ser livre, independente, solto de peias e obstáculos”⁵⁰.

Com a redemocratização do país, a Constituição de 1946 retomou o modelo estabelecido pela Carta de 1934, mantendo as inovações que esta havia trazido e permitindo o avanço do controle concentrado, conforme explica o mesmo autor⁵¹:

Observe-se que a Constituição de 1946 promoveu um avanço na regulamentação da representação interventiva. O Supremo Tribunal não examinava, apenas, a lei federal interventiva. No caso de conflito entre a União e os Estados, decorrente do descumprimento, por estes, dos princípios constitucionais enumerados no art. 7º, VII, alíneas *a* a *g*, da Carta de 46, a lei ou ato normativo estadual argüidos de inconstitucionalidade teriam de ser submetidos, pelo Procurador-Geral da República, ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarasse, seria decretada a intervenção (art. 8º, parágrafo único).

Sob influência do regime militar, a Carta de 46 sofreu modificação com o advento da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que instituiu a então denominada ação genérica de inconstitucionalidade, prevista no art. 101, I, *k*, *in verbis*:

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

⁴⁹ Art. 96, 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.

⁵⁰ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 32

⁵¹ Id. *Ibid.* p. 33.

I – processar e julgar originariamente:

[...]

k) A representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, consolidando no direito brasileiro a coexistência dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

Este modelo foi mantido pela Constituição de 1967, regulando apenas a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, perante o STF, outorgando o poder à iniciativa única e exclusiva do Procurador Geral da República.

2.2 O modelo introduzido pela Constituição de 1988

A Carta de 1988 manteve o sistema misto ou híbrido, combinando o controle difuso e o controle concentrado, trazendo consigo um aperfeiçoamento do sistema iniciado em 1965, com a finalidade de ampliar a fiscalização constitucional.

Como visto na parte histórica, o modelo concentrado foi introduzido no Brasil na Constituição de 1934, enquanto o difuso já vigorava desde 1890. Assim, aquele pode ser considerado recente inovação se comparado a este.

Cabível, para a presente análise, trazer a observação feita pelo jurista Sérgio Moro sobre a introdução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil:

É interessante notar que a introdução desses sistemas de controle judicial, normalmente destinados à proteção de direitos fundamentais e da própria democracia, ocorreu, no Brasil, durante a vigência de regimes autoritários, o que era a realidade dos albores da República e do regime vigente quando da introdução do controle abstrato. Aparentemente, tais sistemas de controle não foram tidos como real ameaça pelos regimes autoritários então vigentes. Aliás, pelo menos no caso do controle abstrato, é até possível supor que se tinha em vista a criação de instrumento apto para controlar a atividade normativa dos entes federados.⁵²

Dentre as inovações trazidas na Carta de 1988, destacam-se:

⁵² MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 307.

- a) a ampliação da legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);
- b) a introdução de mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
- c) a ampliação da ação direta de inconstitucionalidade para o âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º);
- d) a previsão de um mecanismo de argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º);
- e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III);
- f) a introdução da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a).

O controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, coletivo ou singular, enquanto o concentrado restringe-se ao Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual em face à Constituição Federal.

2.2.1 Controle concentrado ou abstrato: a atuação do Supremo Tribunal Federal

Como visto, o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é misto e, portanto, permite tanto a atuação de uma Corte Constitucional como a de todos os juízes.

O órgão brasileiro incumbido de salvaguardar a Constituição e realizar o chamado controle concreto de constitucionalidade é o Supremo Tribunal Federal – STF, nos termos do art. 102, I, a, III, a, b, c e § 1º, da CF/88⁵³, que, embora goze de autonomia administrativa, é órgão integrante do Poder Judiciário (art. 92, I, CF).

⁵³ 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 controle concentrado, para Sérgio Moro, “visa à proteção não de direitos subjetivos, mas da própria integridade da ordem jurídica, com a invalidação de atos normativos incompatíveis com a Constituição”⁵⁴.

Segundo Alexandre de Moraes⁵⁵, as competências do STF podem ser divididas em dois grandes grupos, conforme o modo de acioná-lo: originário e recursal.

Desta forma, trata-se de competência originária quando o tribunal é acionado diretamente para se pronunciar sobre uma possível ofensa à Constituição por meio das ações que lhe cabe julgar e processar originariamente. A competência recursal, por sua vez, decorre da atuação da Corte como última instância para julgar recurso de decisão de tribunal inferior sobre matéria constitucional do Estado.

A função precípua de salvaguardar a Constituição é exercida no âmbito da competência originária por meio do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações de inconstitucionalidade por omissão, das ações declaratórias de constitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Nesses casos, não há existência de lide, ou seja, independe de qualquer caso concreto o ajuizamento do processo.

As pessoas que detém legitimação para ingressar com essas ações apenas vislumbram eventual violação de dispositivo constitucional por ato normativo infraconstitucional, buscando a sua eliminação do mundo jurídico, sem defender direito próprio ou alheio.

Sobre o assunto, Rodrigo Lopes Lourenço esclarece:

Dessa forma, quando, no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, reconhece-se que a norma impugnada é inconstitucional, tal situação de antinomia é declarada e o pedido

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

(...)

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

⁵⁴ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 306.

⁵⁵ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 220.

julgado procedente. Não há, pois, qualquer conflito de interesses a ser solucionado.⁵⁶

Conforme já explicado no capítulo anterior, a idéia de um controle de constitucionalidade está ligada aos princípios da supremacia e rigidez constitucionais. Sendo assim, torna-se imprescindível a presença de um sistema hierarquizado de normas, no qual a Constituição ocupa o lugar mais alto.

Desta forma, ao realizar o controle da constitucionalidade das leis, o STF verifica a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição sob aspectos formais (observância do processo legislativo especificado na Constituição) e materiais (consonância de conteúdo com os princípios, os direitos e as garantias fundamentais previstas na Carta Magna).

No que tange ao respeito do devido processo legislativo de elaboração de leis, corolário do princípio da legalidade, permite-se na jurisprudência a possibilidade do controle de constitucionalidade durante o procedimento de confecção da espécie normativa mediante a interposição de um Mandado de Segurança pelos parlamentares que se sentirem prejudicados contra ato do Presidente da Casa ou da Comissão legislativa.

Encontra-se referido posicionamento nos seguintes julgados do próprio STF: RTJ 112/598, 112/1023, 116/67 e MS 22.503-3/DF.

Sobre o assunto, Moraes assevera:

Não se trata de controle abstrato de constitucionalidade que incidiria sobre uma proposta de emenda constitucional ou um projeto de lei, em face da ausência do necessário conteúdo normativo dessas proposições. Mas sim, controle jurisdicional sobre atos de efeitos concretos realizados pelo Presidente da Casa Legislativa ou de uma de suas comissões, que determinem o início ou o prosseguimento da tramitação legislativa em afronta às regras do devido processo legislativo.⁵⁷

Os parlamentares, portanto, poderão denunciar ao Poder Judiciário as eventuais inconstitucionalidades que creem estar ocorrendo no curso da elaboração de uma espécie normativa para análise mais profunda, com o intuito de coibir atos que desrespeitem as normas constitucionais e regimentais.

Contudo, embora haja hipótese de atuação preventiva do STF, esta constitui uma mera exceção à regra geral de atuação, em que o controle de

⁵⁶ LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle de Constitucionalidade à luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 22.

constitucionalidade ocorre de maneira repressiva, ou seja, após o ingresso da nova norma no mundo jurídico.

O § 2º do art. 102 da Constituição⁵⁸ estabelece que os efeitos da decisão do STF são vinculantes e têm eficácia contra todos. A ressalva mostra-se de fundamental importância, porque garante segurança jurídica em âmbito nacional na medida em que procura evitar decisões divergentes sobre um tema já discutido e avaliado pelo tribunal.

A propósito, verificando os efeitos da decisão do STF, vale trazer à baila a síntese proposta por Sacha Calmon:

No controle de constitucionalidade concentrado da lei, a decisão da Suprema Corte vale *ex tunc* e *erga omnes*. Independe do Senado a expulsão da lei ou ato normativo do *ordo iuris*. Todos os casos em curso são afetados pela decisão. Não se trata de *stare decisis*. É mais do que isso. Significa que a Corte apaga do quadro legal a lei impugnada, que deixa de existir, ou melhor, que nunca existiu com validade material.⁵⁹

Por fim, o mesmo autor conclui que a atuação do Supremo Tribunal Federal “assume as feições de verdadeira Corte Constitucional, ao feito europeu”⁶⁰.

2.2.2 O controle difuso ou concreto

A partir da Constituição provisória de 1890 (Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890), foi atribuído a todo órgão do Poder Judiciário, incluindo-se aqui os juízes de primeiro grau de jurisdição, a incumbência de controlar a constitucionalidade dos atos legislativos, sob influência do modelo norte americano.

O controle difuso é exercido por via incidental (*incidenter tantum*) pelos juízes de primeira instância ou de instância recursal ao decidirem os litígios de processos de qualquer natureza.

Assim, o magistrado pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma em relação a determinado caso concreto, deixando de aplicá-la naquela situação, seja

⁵⁷ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 225.

⁵⁸ § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁵⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 194.

por provocação das partes (autor ou réu) que litigam no processo ou *ex officio* pelo próprio julgador competente para a causa.

Por tratar-se de um incidente, a arguição de inconstitucionalidade pela via difusa não exige veículo processual específico, podendo ser invocada em petições iniciais, contestações, reconvenções ou qualquer outra peça.

Desta forma, ocorrendo violação ou ameaça de violação a direito subjetivo em virtude de lei ou ato normativo incompatível com a Constituição, ou ainda, de omissão legislativa, haverá subsídio para a declaração de inconstitucionalidade pelo órgão julgador de determinada situação concreta.

2.3 O controle da Constituição pelos Poderes Legislativo e Executivo

Não se pode olvidar que no modelo brasileiro o controle é feito, em regra, pelo Poder Judiciário, ao qual cabe a palavra final e definitiva acerca da interpretação da Constituição. Contudo, os demais poderes (Legislativo e Executivo) não foram excluídos da incumbência de resguardar o texto constitucional.

O Poder Executivo possui três possibilidades de atuação: a) poder de veto; b) possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional e; c) possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

A primeira hipótese encontra-se disciplinada no art. 66, § 1º⁶¹, que trata do poder de veto concedido ao Presidente da República, competente para considerar o projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional, devendo, para tanto, motivar sua decisão, a qual será analisada pelas casas legislativas que haviam aprovado o projeto. Estas, por sua vez, podem ou não rejeitar o veto, pela maioria absoluta de seus membros, em votação secreta⁶².

Quanto à possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional, tem razão no princípio de que os três poderes têm o dever de assegurar o cumprimento da Constituição, de modo que, ao traçar a atuação de seus órgãos, o Poder Executivo

⁶⁰ Id. Ibid. p. 194.

⁶¹ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

pode deixar de aplicar uma lei que considera inconstitucional, bem como expedir determinação àqueles submetidos a seu poder hierárquico para que procedessem da mesma forma.

Barroso⁶³ explica que caberia ao particular que se sentisse prejudicado com a atitude do Poder Executivo buscar o Poder Judiciário, o qual detém a primazia da interpretação final da Constituição, para postular o seu eventual direito, revelando-se, para tanto, imprescindível a análise da constitucionalidade da lei, devendo o Poder Executivo submeter-se à decisão final.

Essa possibilidade de controle, contudo, foi questionada tanto na doutrina como na jurisprudência, isto porque a Constituição de 1988 ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, passando a admitir que ela fosse instaurada pelos chefes do Poder Executivo (Presidente da República e Governadores dos Estados, consoante art. 103, I e V). Desta forma, sendo-lhes permitido questionar a validade de uma norma perante o Supremo Tribunal Federal, não haveria necessidade de suspender a sua eficácia de ofício.

A Emenda à Constituição n° 3, de 17 de março de 1993, prevê que a decisão proferida pelo STF, nas ações declaratórias de constitucionalidade sejam vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e também ao Poder Executivo. Desta maneira, somente até que o STF declare a inconstitucionalidade da lei, os chefes do Poder Executivo poderão deixar de aplicá-la na sua jurisdição.

Nessa mesma linha, a Lei n° 9.868/99 determinou que tanto a ação declaratória de constitucionalidade como a de inconstitucionalidade tem efeito vinculante para todos os órgãos da administração pública nos seus três níveis, municipal, estadual e federal, norma posteriormente inserida na própria Carta Magna com a Emenda à Constituição n° 45/2004, no § 2° do art. 102.

A terceira hipótese de defesa da Constituição, pelo Poder Executivo, é a legitimação concedida aos chefes do executivo estadual e federal para a propositura da ação direta de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Ao Poder Legislativo também foram concedidos mecanismos de guarda da Constituição, em consonância ao princípio da supremacia constitucional.

⁶² Consoante disposto no art. 66, § 4º, da CF/88: "O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar do seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto".

Um deles é a rejeição do veto do Chefe do Poder Executivo, federal ou estadual, em face de projeto de lei, conforme visto anteriormente. Outra possibilidade encontra-se prevista no art. 49, V, da Constituição Federal, que confere competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentador ou dos limites da delegação legislativa.

Uma das principais atuações do Poder Legislativo se dá pela Comissão de Constituição e Justiça, que possui como uma de suas atribuições a manifestação acerca das propostas de emenda à Constituição e dos projetos de lei apresentados. Desta forma, os pareceres emitidos devem ser compatíveis com a Constituição. Segundo Barroso⁶⁴ trata-se de hipótese de controle preventivo, realizado por órgão de natureza política, cuja decisão é passível de revisão pelo plenário da casa legislativa.

Outra forma de atuação do Poder Legislativo dá-se conforme estabelece o art. 62, § 5º, que concede ao Congresso a incumbência de avaliar previamente o conteúdo das medidas provisórias, as quais devem sujeitar-se aos pressupostos constitucionais.

Ademais, as ações diretas, seja a de constitucionalidade ou a de inconstitucionalidade, também podem ser propostas por membros do Poder Legislativo, representados pelos órgãos de direção do Poder Legislativo federal e estadual.

Tendo o Congresso Nacional recebido a tarefa de exercer o poder constituinte derivado, pode ele aprovar Emenda à Constituição para superar uma interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, conforme descrito no art. 60 e parágrafos⁶⁵ da Constituição.

Por fim, após o pronunciamento *in concreto* do Poder Judiciário acerca da inconstitucionalidade de uma lei, pode o Poder Legislativo revogá-la e retirá-la do

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69.

⁶⁴ Id. Ibid. p. 72-73.

⁶⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

ordenamento jurídico, com efeito *ex nunc*, ou seja, sem invalidar os atos praticados durante a sua vigência.

2.4 Considerações sobre o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro

Ao longo deste capítulo, viu-se que o controle de constitucionalidade no Brasil foi instituído apenas no período republicano, com o advento da Constituição de 1891. A modalidade de controle adotada foi a difusa, inspirada no modelo do *judicial review* norte americano, ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal a palavra final sobre a discussão atinente à constitucionalidade das leis e dos atos federais ou estaduais.

O instituto logo foi ampliado em 1894 com a Lei nº 221, permitindo que tanto os juízes como os tribunais deixassem de aplicar leis e regulamentos que lhes parecessem manifestamente incompatíveis com a Constituição.

O modelo concentrado foi introduzido no Brasil de maneira modesta com a promulgação da Carta de 1934, mas ganhou força com a Constituição de 1946. Veloso ensina que o sistema brasileiro passou a vigorar com a modalidade difusa e com a concentrada, simultaneamente, e bem definidas, a partir de 1965⁶⁶.

Desde então, tem-se um sistema de controle de constitucionalidade misto ou híbrido, permitindo que o controle da Constituição seja realizado por todos os magistrados brasileiros, desde o juiz de primeiro grau ao Ministro do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, portanto, de um controle eminentemente jurisdicional.

Contudo, no que tange à instauração do conflito, observa-se que o controle de constitucionalidade brasileiro é amplo, porquanto pode ser suscitado não apenas pelos legitimados no art. 103 da CRFB, mas por qualquer cidadão por meio de um processo judicial na modalidade difusa.

A explanação ora efetuada teve o condão de mostrar ao leitor que a Constituição é, juridicamente, a mais importante lei brasileira, e o sistema de controle de constitucionalidade de leis tem a finalidade de protegê-la no âmbito dos três poderes e de toda a sociedade.

⁶⁶ VELOSO, Zenó. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 34.

Firmado este posicionamento, prossegue-se o estudo para a terceira parte desta pesquisa, a qual irá aprofundar a análise do controle difuso de constitucionalidade para, por fim, relacioná-lo com a atuação dos magistrados sob um contexto sociológico.

3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

No segmento anterior, mostrou-se que o controle difuso de constitucionalidade foi adotado no Brasil com a primeira Constituição republicana, em 1891, bem como se registrou, sucintamente, as suas principais características, as quais serão analisadas com mais profundidade neste capítulo.

3.1 Legitimidade: quem pode arguir e julgar a questão constitucional no âmbito do controle abstrato

Anteriormente, demonstrou-se que o controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz, tanto no âmbito do primeiro grau como nos tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de um controle amplo, pois pode ser levantado por qualquer das partes do processo (autor, juiz e réu), incluindo um terceiro interessado (litisconsorte, assistente, Ministério Público, oponente, etc.).

Sobre a legitimidade do Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal vem assim se manifestando:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III. - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente. IV. - Agravo não provido. (AI 504856 AgR / DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 21/09/2004)

Sobre o tema, Barroso⁶⁷ assevera:

Também pode suscitar a questão constitucional o Ministério Público, quando seja parte ou oficie como *custos legis*, bem como terceiros intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, oponente).

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 78.

No mesmo sentido, Streck expõe o seu pensamento:

Pelo controle difuso de constitucionalidade, permite-se que, no curso de qualquer ação, seja argüida/suscitada a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, *podendo ser tanto municipal, estadual ou federal*. Qualquer das partes pode levantar a questão da (in)constitucionalidade, assim como também o Ministério Público e, de ofício, o juiz da causa.⁶⁸ (grifos do autor)

O Supremo Tribunal Federal também defende a possibilidade da suscitação da questão constitucional ser efetuada de ofício pelo juiz:

CONCURSO PÚBLICO. RESSALVA. NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO. DÉCIMOS DA DIFERENÇA ENTRE REMUNERAÇÃO DO CARGO DE QUE SEJA TITULAR O SERVIDOR E DO CARGO EM FUNÇÃO OCUPADO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição Federal prevê, em seu art. 37, II, in fine, a ressalva à possibilidade de "nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação", como exceção à exigência de concurso público. Inconstitucional o permissivo constitucional estadual apenas na parte em que permite a incorporação "a qualquer título" de décimos da diferença entre a remuneração do cargo de que seja titular e a do cargo ou função que venha a exercer. A generalização ofende o princípio democrático que rege o acesso aos cargos públicos. 2. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que *ex officio*, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte. 3. O Ministério Público atuou, no caso concreto. Não há vício de procedimento sustentado. 4. Embargos da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo e do Estado de São Paulo acolhidos em parte, para limitar a declaração de inconstitucionalidade dos art. 133 da Constituição e 19 do se ADCT, tão só, à expressão, "a qualquer título", constante do primeiro dispositivo. Rejeitados, os do servidor, por não demonstrada a existência da alegada omissão e por seu manifesto propósito infringente. (RE 219934 ED / SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 13/10/2004)

Desta forma, pode-se buscar o auxílio do Poder Judiciário para resolver um litígio, a fim de discutir matéria constitucional relacionada ao conflito⁶⁹, podendo ser afastada, de acordo com a decisão do magistrado ou Tribunal, a aplicação de lei ou ato normativo vigente em virtude de sua inconstitucionalidade.

Sublinhe-se que a lei não é retirada do ordenamento jurídico, mas apenas lhe é negada a aplicação ao caso concreto determinado. Por isso, o seu efeito é *inter*

⁶⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 455.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77.

partes, atingindo apenas as pessoas que integram a demanda. Apenas os tribunais podem declarar a lei inconstitucional, como será demonstrado mais adiante.

Como se trata de via de exceção, por óbvio que a matéria constitucional não é o cerne do litígio, pois se assim o fosse, estar-se-ia diante de hipótese de ação direta no âmbito do controle concentrado. Desta forma, o que ocorre, no controle difuso, é a defesa de um direito que está sendo afetado pela aplicação de uma norma inconstitucional, tratando-se a matéria constitucional de questão prejudicial e não do objeto da demanda como acontece nas ações diretas.

Sobre o tema, Barroso explica:

[...] O que a parte pede no processo é o reconhecimento do seu direito, que, todavia, é afetado pela norma cuja validade se questiona. Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma *questão prejudicial*: porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal.⁷⁰

No mesmo norte, Streck assevera:

No que concerne ao controle difuso, a questão da inconstitucionalidade pode ser suscitada pelas partes, pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz ou pelo órgão fracionário, até porque não existe matéria de ordem pública mais relevante que a (in)constitucionalidade de uma lei. A controvérsia da inconstitucionalidade tem cabimento e pertinência, no controle difuso, se tiver conexão com o objeto da demanda, quando tal exame é imprescindivelmente necessário ao julgamento do pleito. Ou seja, deve ser, de fato, uma questão prejudicial, verdadeira condição de possibilidade para o deslinde da controvérsia.⁷¹

Streck⁷² ainda ressalta que o juiz de primeiro grau não declara a lei inconstitucional, apenas deixa de aplicá-la, segundo suas convicções e sua interpretação à Constituição.

Em se tratando de tribunal, o artigo 97⁷³ da Constituição faz menção ao princípio da reserva de plenário, de modo que a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta de seus membros.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 81.

⁷¹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 459.

⁷² Id. Ibid. p. 456.

⁷³ Art. 97. 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.

Sobre a importância de se cumprir a exigência do art. 97 da CFRB, Castanho Mendes dispõe:

A reserva de plenário praticamente resolve-se por uma cisão de competência no julgamento do processo, cabendo ao plenário a solução da questão constitucional incidentalmente suscitada e ao órgão fracionário a posterior continuação do julgamento, com a utilização da premissa lançada pelo colegiado maior. A competência fixada nesse caso segue o critério funcional e é, destarte, por esse motivo, competência absoluta, sendo, ademais, estabelecida por norma constitucional, o que lhe agrega importância. Daí decorre significativa conclusão: o desrespeito à regra atinente à reserva de plenário conduz a julgamento nulo quando o acórdão proferido pelo órgão fracionário do tribunal tenha considerado inconstitucional lei ou ato normativo do poder público sem a prévia manifestação do órgão para isso competente.⁷⁴

Portanto, a constitucionalidade das leis e dos atos normativos pode ser analisada por qualquer pessoa, a qual poderá submetê-la ao Poder Judiciário, tendo por base uma determinada situação concreta que esteja diretamente relacionada com a aplicação da norma. Assim, a questão constitucional poderá ser exposta nos vários graus de jurisdição, sendo eminentemente reexaminada e, até que se conclua por sua (in)aplicabilidade, já estará, por certo, suficientemente debatida.

3.2 Objeto: quais atos normativos podem ter a sua constitucionalidade analisada no âmbito do controle difuso?

Inicialmente, deve-se ter em mente que as leis em vigor são presumidamente compatíveis com a Constituição. Desta forma, até que o Poder Judiciário seja provocado, a lei continuará sendo aplicada aos casos concretos por ela disciplinados.

Todas as leis vigentes podem ser objeto do controle difuso de constitucionalidade, inclusive as leis anteriores à Constituição. Assim, o controle difuso abrange as leis municipais, estaduais e federais, bem como os atos normativos, tais como resoluções e portarias expedidas por agentes públicos incumbidos deste dever.

⁷⁴ MENDES, Leonardo Castanho. *Recurso Especial: e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.181.

A única legislação que não pode ser alterada em sede de controle difuso, conforme jurisprudência do STF, são os dispositivos constitucionais produzidos pelo Poder Constituinte Originário:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário. (ADI 4097 AgR / DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/10/2008)

No que concerne à legislação anterior à norma constitucional, a questão da sua constitucionalidade só pode ser analisada por via de exceção, pois o Supremo Tribunal Federal vem considerando em seus julgados que a Constituição, ao ser promulgada, revoga automaticamente todas as leis que são incompatíveis. Desta forma, não é cabível a análise por meio de ação direta.

Colhe-se a mesma orientação na jurisprudência da referida Corte:

Agravo regimental. - Não se tratando de hipótese de litígio sobre recepção, ou não, de norma anterior à Constituição, o que implica que ela era constitucional quando de sua edição, mas sim de alegação de ofensa dela à Carta Magna, tal alegação terá de ser feita, no controle difuso, em face da Constituição então vigente e não da superveniente, ainda que esta contenha princípio semelhante ao daquela. Agravo a que se nega provimento. (AI 232386 AgR / GO, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 17/8/1999).

Portanto, o controle difuso tem como objeto toda e qualquer norma legalmente constituída e com eficácia plena no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, abrangendo inclusive as leis promulgadas antes da Constituição.

3.3 Em que tipo de ação pode-se arguir a inconstitucionalidade de uma lei?

No controle difuso, a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é realizada em qualquer ação a qualquer tempo, podendo fazê-lo o autor, o réu, o terceiro interessado (assistente, litisconsorte, interventor, etc.) e o próprio magistrado ou tribunal, mesmo sem a provocação das partes.

Nesse sentido, Clève assevera:

Não há dúvida, pois, que no direito brasileiro a questão constitucional pode ser levantada pelo réu por ocasião da resposta (contestação,

reconvenção, exceção), por aquele que na qualidade de terceiro integra a relação processual, ou ainda pelo autor na inicial de uma ação de qualquer natureza (civil, trabalhista, eleitoral), proposta perante qualquer órgão jurisdicional, desde que competente para a causa (inclusive os Tribunais nos casos de competência originária). A questão constitucional pode ser levantada no processo de conhecimento (rito ordinário ou sumaríssimo), pouco importando se se trata de ação constitutiva, declaratória ou condenatória, no processo de execução (especialmente por ocasião dos embargos, mas não apenas aí) e, mesmo, no processo cautelar. A questão constitucional pode ser deduzida nas ações constitucionais, inclusive no mandado de segurança, no *habeas corpus* e no *habeas data*, podendo também ser suscitada na ação civil pública e na ação popular.⁷⁵

Quanto à possibilidade de ser efetuado o controle difuso em ação civil pública, o Supremo Tribunal Federal ressaltou sua possibilidade desde que a matéria constitucional não seja o objeto da demanda:

Recurso extraordinário. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que "nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local." 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público. (RE 227159 / GO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 12/3/2002)

Desta forma, conclui-se que o controle difuso, por tratar-se de via de exceção, pode ocorrer incidentalmente no curso de qualquer ação em andamento, não necessitando, para tanto, de uma petição ou de ação específica.

3.4 Declaração incidental de inconstitucionalidade perante os tribunais

Diante dessas ponderações, pode ser arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo a qualquer tempo do processo, e efetuada perante o juiz singular ou tribunal competente, quando houver sido interposto recurso em face da decisão de grau inferior.

No caso de ser arguida a inconstitucionalidade em face do juiz singular, no que atine ao procedimento, não há muita dúvida a ser levantada, porquanto o

⁷⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 97.

parecer do magistrado dar-se-á por ocasião da sentença, momento em que decidirá sobre a aplicação ou não da norma questionada ao caso que lhe foi exposto. Reforce-se que o juiz singular não pode declarar a norma inconstitucional, pois só quem tem competência para fazê-lo é o tribunal, por força do disposto no art. 97 da CRFB.

Todavia, quando efetuada perante tribunal, a questão constitucional será provocada, provavelmente, junto ao seu órgão fracionário: câmara ou turma, em razão da competência para o julgamento dos recursos.

Na mesma esteira de análise, Barbosa Moreira aponta um problema procedimental no que tange à arguição diante de um órgão fracionário, em decorrência do *quorum* exigido no art. 97 da Constituição para se declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Veja-se:

Já a arguição da inconstitucionalidade, como prejudicial, perante órgão fracionário diverso do “especial” previsto na Lei Maior, gera problema peculiar, do ponto de vista do procedimento. É que, justamente por força da norma inscrita no seu art. 97 – reprodução, aliás, do que já se continha em Constituições anteriores –, se ao órgão fracionário, na apreciação de recurso, ou de causa da respectiva competência originária, ou levada *ex vi legis* ao segundo grau de jurisdição, parecer fundada a arguição de inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do poder público, não será lícito declarar por si mesmo, pura e simplesmente, sem qualquer formalidade, que a lei ou o outro ato é inconstitucional, recusando-lhe em conseqüência, aplicação à espécie.⁷⁶

Em decorrência disto, o Código de Processo Civil disciplinou a espécie, buscando dar solução ao problema, consoante disciplina nos artigos 480 a 482, que dispõem:

Art. 480 Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que se tocar o conhecimento do processo.

Art. 481 Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de

⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume V*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 34.

inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 482 Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1.º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2.º Os titulares de direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3.º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos e entidades.

Ao observar-se com atenção a norma, vê-se que, quando a arguição de inconstitucionalidade é suscitada perante tribunal, esta ocorrerá em duas etapas: primeiro, a questão constitucional deverá ser analisada pelo órgão fracionário do tribunal, devendo o Ministério Público ser previamente ouvido. Em um segundo momento, caso a alegação seja acolhida, lavrar-se-á o acórdão e os autos serão encaminhados para a apreciação da questão pelo plenário ou órgão especial do tribunal, ficando o processo suspenso no órgão fracionário. Na decisão do tribunal pleno, deve ser respeitado o voto da maioria absoluta dos membros, consoante o art. 97 da CRFB e, dependendo da decisão, o acórdão poderá ser reformado e a lei declarada inconstitucional.

Sobre a decisão do plenário, Barbosa Moreira dispõe:

A decisão do plenário (ou do órgão especial), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário, no caso concreto. Mais exatamente, a solução dada à prejudicial *incorpora-se* no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável.⁷⁷

Portanto, a solução encontrada pelo Código de Processo Civil, para o problema acima identificado, foi exigir que a declaração de inconstitucionalidade fosse efetuada pelo plenário do tribunal depois de apreciada pelo órgão fracionário e

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume V*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 48.

apenas quando este entender que há ofensa à Constituição, razão pela qual a regulamentação do procedimento a ser adotado, nesta hipótese, encontra-se disciplinada nos regimentos internos de cada tribunal.

Todavia, se a alegação for rejeitada pela câmara ou turma, Barroso⁷⁸ ensina que o processo prosseguirá normalmente, aplicando-se ao caso a norma questionada, cuja eficácia não terá sido afetada. Não havendo razão para o plenário ou órgão especial ser acionado.

O objeto da arguição é o mais amplo possível, pois não foi efetuada nenhuma restrição pelo Código de Processo Civil. Assim, entende-se como lei qualquer ato formalmente legislativo. Dessa maneira, abrange leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, decretos regulamentares, resoluções ou qualquer outro ato administrativo emanado de qualquer órgão do poder público que tenha força normativa.⁷⁹

A legitimidade para arguir o incidente, como já foi explicado, estende-se às partes, aos terceiros, ao Ministério Público, os quais poderão formulá-la em simples petição ao relator, que dará conhecimento do fato aos demais membros na sessão de julgamento, e a qualquer dos juízes componentes do órgão julgador, que poderão suscitar a questão constitucional na própria sessão de julgamento.⁸⁰

Sobre o modo como se dará a sessão de julgamento no órgão fracionário, Barbosa Moreira ensina:

Submetida ao órgão fracionário a arguição da parte ou do Ministério Público, ou formulada a arguição, na própria sessão de julgamento, por algum dos juízes, deve naturalmente suspender o julgamento, para que o órgão delibere sobre a arguição. Silenciando o Código acerca da forma por que o órgão há de deliberar, cabe aos regimentos internos suprir a omissão.⁸¹

O mesmo autor ressalta que o órgão fracionário pode rejeitar a arguição por entendê-la inadmissível ou improcedente, porque somente é cabível suscitar a inconstitucionalidade de lei emanada do poder pública e se do julgamento depender a decisão sobre o objeto do recurso ou da causa.⁸²

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 85-86.

⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume V*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36.

⁸⁰ Id. Ibid. p. 38.

⁸¹ Id. Ibid. p. 40.

⁸² Id. Ibid. p. 41.

Interessante observar, mediante a análise dos parágrafos do art. 482, supra descritos, a possibilidade de participação de terceiros interessados no pronunciamento do tribunal sobre a inconstitucionalidade. Previu o código que o tribunal poderá solicitar a manifestação do Ministério Público e do próprio ente público responsável pela edição do ato normativo questionado.

Ademais, se entender pertinente e considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá solicitar parecer de quaisquer outros órgãos e entidades.

É preciso acrescentar à análise, importante ressalva sobre o *quorum* disciplinado no art. 97 da CRFB.

Neste contexto, verifica-se que o referido artigo exige que, para a declaração da inconstitucionalidade da lei pelos tribunais, deverá ser respeitada a decisão da maioria absoluta de seus membros, isto é, a declaração partirá do plenário somente quando se obtiver qualquer número de votos superior à metade do número total de juízes do tribunal. Não vale, portanto, apenas a maioria simples dos votos dos magistrados presentes, caso contrário, não se poderá declarar a inconstitucionalidade da lei. Contudo, o art. 481 do CPC abriu uma exceção ao permitir que a exigência do art. 97 fosse dispensada quanto já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal.⁸³

À mesma conclusão chega Castanho Mendes, que invoca uma possível justificativa para introdução do parágrafo único ao art. 481 do CPC pela Lei n° 9.756/1998:

Favorecendo a mesma finalidade, de desobstruir o trabalho judiciário, com o atendimento ao núcleo mínimo do disposto no art. 97 da Constituição Federal de 1988, assentou também o Supremo Tribunal Federal, em interpretação que se pode qualificar de desburocratizante, que a prévia manifestação do plenário ou órgão especial do tribunal seria dispensável não apenas quando a declaração de inconstitucionalidade já houvesse sido proferida, ainda que incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, como decorre dos precedentes já antes citados, mas também quando o próprio tribunal local já contasse com a manifestação de seu pleno no sentido da desconformidade do ato normativo com a Carta da República.⁸⁴

⁸³ STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 457.

⁸⁴ MENDES, Leonardo Castanho. *O Recurso Especial: e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 182-183.

Vale trazer à baila a opinião de Streck sobre a inconstitucionalidade do referido dispositivo, no que concerne à liberação da exigência da maioria absoluta, quando o próprio tribunal já tenha se manifestado sobre a matéria:

Tenho sérias dúvidas acerca da constitucionalidade desse dispositivo. Observe-se que o dispositivo vai ao ponto de dispensar o incidente pelos tribunais inferiores na hipótese de pronunciamento originários deles mesmos, o que proporciona uma vinculação jurisprudencial imprópria para o sistema romano-germânico. Um olhar constitucional sobre a matéria indica que a dispensa da suscitação do incidente é bem vinda quando a decisão vem do plenário do Supremo Tribunal Federal; entretanto, quando a decisão advém de outro tribunal, o incidente não pode ser dispensado, estando presente, aqui, a violação do art. 97 da Constituição.⁸⁵

Para finalizar, segue entendimento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao posicionamento de Streck:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARESTO QUE AFASTA A APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS, PORQUANTO DECLARADA POR MAIORIA QUALIFICADA DO TRIBUNAL PLENO A SUA INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGADA AFRONTA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez já declarada a inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Órgão Especial ou pelo Plenário do Tribunal, ficam as Turmas ou Câmaras da Corte autorizadas a aplicar o precedente aos casos futuros sem que haja a necessidade de nova remessa àqueles Órgãos, porquanto já preenchida a exigência contida no art. 97 da C.F. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 199017 / RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 02/02/1999)

3.5 Eficácia *erga omnes* no âmbito do controle difuso

As decisões proferidas no âmbito do controle difuso, em regra, têm eficácia apenas entre as partes que integram o processo. Contudo, existe a possibilidade de se atribuir eficácia *erga omnes* para a decisão.

O fato ocorre quando a questão constitucional for levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese, a corte deverá remeter a matéria para o Senado Federal, ente público competente para suspender a execução da lei, nos termos do art. 52, X, da CRFB⁸⁶. Em outras palavras, caberá ao Senado Federal conceder eficácia ampla à inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

⁸⁵ STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 458.

⁸⁶ O ministro Gilmar Mendes, em recente palestra, expressou-se no sentido de que o referido artigo mostra-se, atualmente, desnecessário, porquanto a Constituição já concedeu ao Supremo Tribunal

Nesse sentido, importante contribuição de Streck:

Vê-se, assim, que, no plano do controle difuso da constitucionalidade, a via de acesso à jurisdição constitucional *strictu sensu* do cidadão (parte em um processo), como questão incidental/prejudicial em uma ação judicial, provoca, *individual e isoladamente*, a discussão da (in)constitucionalidade da lei e do ato normativo. Assim, uma querela jurídica que tem início em uma pequena Comarca, ocasião em que um Juiz deixa de aplicar uma lei (ou ato normativo) federal, estadual ou municipal por entendê-la inconstitucional, pode chegar até o Supremo Tribunal Federal, depois de percorrer toda a cadeia recursal. O efeito da decisão do Supremo Tribunal, de início, ficará limitado às partes litigantes, com retroação (*ex tunc*); remetida a decisão para o Senado, e suspensa a execução da lei ou do ato normativo (ar. 52, X, da CF), o efeito alastrar-se-á para o restante da sociedade”.⁸⁷

Para que isso ocorra, entretanto, é necessário o prequestionamento da matéria nas instâncias inferiores que se deve ocorrer desde a primeira instância, o qual tem o cunho de revelar o raciocínio da parte que o alega, bem como do tribunal que o decide, permitindo ao STF avaliar com melhor propriedade os anseios da sociedade, assim como a argumentação técnica utilizada pelos operadores do direito.

Nesse sentido, Cruz tece relevante consideração sobre a importância do prequestionamento:

O prequestionamento transforma o Supremo em caixa de ressonância dos reclamos da sociedade, bem como demonstra a argumentação técnica expendida por milhares de operadores do Direito em todo o Brasil, incluindo-se aqui, magistrados de diferentes graus de jurisdição, membros do *Parquet*, advogados, peritos, assim como das próprias partes. O prequestionamento exige que a Jurisdição Constitucional Ordinária posicione-se previamente sobre a questão constitucional, facilitando, de certa maneira, o trabalho hermenêutico do Supremo, que poderá formular sua posição com base no trabalho realizado nos foros de todo o país.⁸⁸

Colhe-se na jurisprudência da Suprema Corte um caso de declaração de inconstitucionalidade, a qual foi atribuída eficácia *erga omnes*:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURIDICAS. LEI 7689/88. - NÃO É INCONSTITUCIONAL A INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS

Federal o poder/dever de atribui efeito vinculante as suas decisões. (dado extraído da internet). Disponível em: <http://professormedina.wordpress.com./2009/10/09/eficacia-erga-omnes-das-decisoes-proferidas-pelo-stf-em-sede-de-controle-incidental/>. Acesso em 10/11/2009.

⁸⁷ STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 514-515.

⁸⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 352.

PESSOAS JURIDICAS, CUJA NATUREZA E TRIBUTARIA. CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 1., 2. E 3. DA LEI 7689/88. REFUTAÇÃO DOS DIFERENTES ARGUMENTOS COM QUE SE PRETENDE SUSTENTAR A INCONSTITUCIONALIDADE DESSES DISPOSITIVOS LEGAIS. - AO DETERMINAR, POREM, O ARTIGO 8. DA LEI 7689/88 QUE A CONTRIBUIÇÃO EM CAUSA JA SERIA DEVIDA A PARTIR DO LUCRO APURADO NO PERIODO-BASE A SER ENCERRADO EM 31 DE DEZEMBRO DE 1988, VIOLOU ELE O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE CONTIDO NO ARTIGO 150, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE PROIBE QUE A LEI QUE INSTITUI TRIBUTO TENHA, COMO FATO GERADOR DESTES, FATO OCORRIDO ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DELA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO COM BASE NA LETRA "B" DO INCISO III DO ARTIGO 102 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, MAS A QUE SE NEGA PROVIMENTO PORQUE O MANDADO DE SEGURANÇA FOI CONCEDIDO PARA IMPEDIR A COBRANÇA DAS PARCÉLAS DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL CUJO FATO GERADOR SERIA O LUCRO APURADO NO PERIODO-BASE QUE SE ENCERROU EM 31 DE DEZEMBRO DE 1988. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 8. DA LEI 7689/88. (RE 146733 / SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 29.6.1992)

O resultado da decisão foi encaminhado ao Senado Federal por meio de ofício, vindo este a emitir a Resolução nº 11 de 1995, que suspendeu a execução do art. 8º, da Lei nº 7.689/88.⁸⁹ Em consulta ao *web site* da Presidência da República, através do qual é possível ter acesso a todas as leis de âmbito federal, o aludido dispositivo encontra-se revogado, conforme abaixo:

~~Art. 8º A contribuição social será devida a partir do resultado apurado no período base a ser encerrado em 31 de dezembro de 1988. (Vide ADIN nº 15-2) (Execução suspensa pela RSF nº 11, de 1995)⁹⁰~~

Quanto à retroatividade dos efeitos da decisão, Streck⁹¹ mostra que a questão é controvertida. Embora o mais lógico seja atribuir eficácia *ex nunc*, porque entende que suspender a execução da lei é como revogá-la, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, no livro *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade* (p. 390-391), defendeu que a “suspensão constitui ato político que retira do ordenamento jurídico, de forma definitiva, e com efeitos retroativos”. Em defesa do seu posicionamento, Streck afirma que suspender a execução da lei não se confunde com suspender a sua eficácia, como ocorre no controle concentrado. Para ele, quando o Senado Federal cancela a execução da lei, esta fica suspensa/revogada, à espera da retirada da sua eficácia, pois afinal, sem

⁸⁹ Vide Voto do Ministro Sepúlveda Pertence no ADI 15 / DF, julgado em 14.06.2007.

⁹⁰ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7689.htm>. Acesso em 15.10.2009.

eficácia, a lei torna-se nula, é como se nunca tivesse existido. Por tal razão, para ele, não há como se vislumbrar outro efeito que não o *ex nunc*.

3.6 Considerações finais do capítulo

Ultrapassada a análise do surgimento do controle de constitucionalidade e do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, imprescindíveis para a adequada compreensão desde capítulo permitiu-se aprender como funciona o sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Viu-se que se trata de um controle amplo, porque pode ser arguido por qualquer um dos litigantes (incluindo terceiros, como o Ministério Público) em qualquer demanda judicial, de maneira incidental. Deste modo, afirma-se que possui um viés democrático.

O instituto, em regra, tem efeito *inter partes* e *ex tunc*, ou seja, vindo a ser considerada inconstitucional a lei ou o ato normativo do poder público aplicável à controvérsia existente entre os litigantes, sobre estes deixará de ser aplicada, com eficácia retroativa.

Contudo, a questão pode ser levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que os efeitos poderão ser estendidos a toda população (*erga omnes*), desta vez com eficácia não retroativa (*ex nunc*).

Observou-se, portanto, que o controle difuso de constitucionalidade possibilita aos magistrados realizar uma verdadeira “filtragem constitucional”, pois abrange qualquer tipo de legislação, incluindo a promulgada antes da própria Constituição.

⁹¹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 479-481.

4. CONTROLE DIFUSO: A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

4.1 Modelo ultrapassado: o juiz como mero aplicador da lei

Em sua obra, “*Do espírito das leis*”, Montesquieu cria o sistema da separação de poderes, segundo o qual o poder de julgar dado aos juízes é visto apenas como mera atividade intelectual, uma vez que fica adstrito à afirmação daquilo que já foi posto pelo Poder Legislativo.

Trata-se, portanto, de um modelo sustentado pelo princípio da legalidade, mediante o qual o direito encontra-se inserido na norma jurídica, de tal sorte que, sendo esta produzida de acordo com os parâmetros de competência e procedimento, serviria de base para a atuação dos juízes, cabendo a estes apenas aplicar-lhe o texto exato, sem qualquer análise subjetiva sobre sua conformidade com a justiça.

Nessa linha, também inclui-se o positivismo jurídico, teoria encabeçada por Hans Kelsen, segundo o qual o direito se resume à lei, limitando o trabalho do jurista à mera descrição da norma e a busca da vontade do legislador que a editou.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni bem assinalou:

O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses. Contudo, o positivismo jurídico não apenas aceitou a idéia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração doutrinária.⁹²

No modelo de Estado Liberal de Direito, a jurisdição tem como função proteger os interesses particulares mediante a aplicação da lei, não podendo o juiz atuar sem que uma ação humana tenha violado o ordenamento jurídico, mesmo porque a liberdade é garantida na medida em que o Estado não interfere nas

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 32.

relações particulares, não havendo campo para qualquer tipo de ingerência da parte do juiz.

Daí, afirma Marinoni, decorreu o pensamento de Chiovenda, para quem o juiz tinha como função a mera aplicação da lei ao caso concreto, tanto é que chamou o processo decisório de criação de uma norma individual, qual seja, a sentença. Todavia, o doutrinador deixa claro que isto não significa que o juiz não esteja adstrito ao texto da lei criada pelo legislador, porquanto o julgador não deixa de aplicar a norma geral criada pelo legislador, mas apenas faz a devida adequação ao caso concreto, tornando a respectiva norma individual.

A concepção de que o direito decorre apenas da lei, modificou-se com a evolução do Estado, de modo que as diferentes realidades sociais passaram a interferir no processo legislativo, daí porque se conclui que o surgimento da lei dá-se em razão de uma pluralidade de interesses sociais, ainda que seja formalmente concebida apenas pelo Estado.

Dessa concepção plural da formação da norma, houve a necessidade de se buscar a substância da lei, porque jamais se poderia deduzir que o texto normativo fosse perfeito e capaz de solucionar todos os casos concretos que viriam a surgir depois da sua edição, os quais, é claro, mostraram-se muito mais complexos do que os positivistas clássicos imaginavam.

Nesse contexto, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e, mais do que isso, encontrar instrumentos hábeis que permitissem a sua limitação e conformação aos princípios de justiça.

Como visto, ao longo desta obra, as normas constitucionais são dotadas de preeminência, supremacia em relação às demais leis e aos atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal.

Assim, todas as normas devem se adequar à Constituição, ou seja, têm que ter pertinência à norma superior, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do direito positivo, a *lex legum* (a lei das leis).

Do ponto de vista prático, a mudança representou uma necessidade de readequação da atuação dos juristas de uma forma geral, os quais devem, antes de mais nada, compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

É o que nos ensina Streck:

É dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição.⁹³

Desta forma, a lei não deve ser meramente aplicada, irrestrita e indistintamente. O juiz deve, antes de avaliar o sentido da norma infraconstitucional por si, verificar a sua compatibilidade com o texto constitucional.

Registra-se que o julgador deixou de possuir um papel coadjuvante no atual sistema de jurisdição constitucional, passando a atuar como um dos principais defensores do Estado Democrático de Direito.

O controle difuso de constitucionalidade é, portanto, um mecanismo de defesa da Constituição e esta, por sua vez, é a lei que fundamenta e constitui o Estado. Assim, tendo a Constituição consagrado diversos princípios e direitos, sem os quais o Estado não pode subsistir, cabe ao magistrado compreender e interpretar as leis infraconstitucionais à luz da Constituição.

4.2 A interpretação da Constituição

Verificada a incumbência conferida ao juiz de realizar uma verdadeira “filtragem constitucional”, no âmbito do controle difuso, há que se pensar em como deve ser realizada a interpretação da lei ou do ato normativo para que este seja considerado (in)constitucional.

Antes de iniciar a abordagem sobre o assunto, deve-se ter consciência de um dos princípios mais importantes para o Estado Democrático de Direito, recém consagrado pela Emenda nº 45. Trata-se do princípio da fundamentação das decisões jurídicas.

A Constituição, no art. 93, IX, determina:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifei)

⁹³ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 456-457.

Desta maneira, o juiz tem a obrigação de tornar público os motivos que o levaram a tomar determinada decisão para o caso concreto sob sua análise. Essa garantia possibilita que todas as pessoas saibam sobre quais bases foram tomadas as decisões judiciais, permitindo, não apenas, que sejam revisadas, como também modificadas quando eivadas de vícios, sejam estes de qualquer natureza.

Não obstante a fundamentação, é certo que os motivos devem ser lógicos e claros, bem como coerentes com as leis vigentes e, antes de mais nada, com a Constituição, sem olvidar que devem ser adequados aos casos submetidos à apreciação judicial, sob pena de as decisões não se tornarem legítimas.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

O que justifica a legitimidade das decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes garantias processuais atribuídas às partes, principalmente a do contraditório e da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público, das partes e dos seus advogados.⁹⁴

Compreendida a necessidade de fundamentação, passa-se à resposta da seguinte indagação: qual a forma de interpretar adequadamente a Constituição dentro da concepção de Estado Democrático de Direito?

A doutrina distingue diferentes modos de interpretação: sistemático, teleológico, histórico, textual, tópico-problemático, científico-espiritual, hermenêutico-concretizador, originalismo, interpretativismo, dentre outros.

O intuito desta obra não é discorrer sobre todos eles, mas apenas sobre dois métodos contrapostos: a tese kelseniana da interpretação autêntica e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin.

4.2.1 A teoria kelseniana da interpretação autêntica

Kelsen, sem dúvida, foi um dos teóricos mais importantes para o direito no século XX. Sua tese interpretativa foi retratada em sua obra mais famosa *Teoria Pura do Direito*.

⁹⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Da crise positiva à reconstrução do Direito: contribuições a uma compreensão procedimentalista da aplicação jurídica*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.49.

Na primeira edição do livro, publicada em 1934, ele deixa claro que o problema da interpretação está diretamente relacionado ao problema da caracterização do direito, por essa razão, pressupõe a sua teoria do ordenamento jurídico, segundo a qual o direito é um sistema de normas estruturado hierarquicamente.

Desta maneira, defendeu que a interpretação é uma atividade intelectual do jurista que, diante de um caso concreto, cria, com base na norma geral (lei propriamente dita), o que chamou de norma individual correspondente (decisão judicial).

Para tanto, afirmou:

Há, contudo, interpretação da Constituição, na medida em que a Constituição é para ser aplicada no processo legislativo, ou na edição de regulamentos de emergência ou outros decretos fundados diretamente na constituição – ou seja, na medida em que a constituição é para ser aplicada a um nível inferior da hierarquia. E há também interpretação de normas individuais – de decisões judiciais, interpretação de todas as normas jurídicas na medida em que elas são para ser aplicadas – isto é, na medida em que o processo de criação e aplicação do Direito se move de um nível do sistema jurídico a outro.⁹⁵

Neste diapasão, explicou que a norma geral concede ao seu intérprete uma espécie de moldura, dentro da qual muitas são as opções que ensejam à criação de uma norma individual, daí porque há um certo grau de discricionariedade na atuação do magistrado. Assim, basta agir dentro de tal moldura para estar agindo em conformidade com a norma, pois não há apenas uma possibilidade correta, mas várias.

Marcelo Cattoni, analisando todos estes aspectos, chega à seguinte conclusão:

Então, para a *Teoria Pura do Direito*, normas jurídicas não podem ser criadas por simples atos de cognição. O Direito não pode, segundo tal teoria, ser imaginado como um sistema fixo que governa todos os aspectos do comportamento humano, em particular, da atividade dos órgãos aplicadores do Direito. A certeza jurídica é uma ilusão que não pode ser mantida pela *Teoria Pura do Direito*, embora possa reconhecer-se o valor político daquela.⁹⁶

⁹⁵ Kelsen, Hans. *An introduction to the problems of legal theory*, p. 77. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.123-124.

⁹⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.128.

O que se vê, na teoria de Kelsen, é a atuação limitada do magistrado, que tem a obrigação de agir dentro da moldura da norma estipulada pelo legislador. Apreende-se deste pensar, que a limitação imposta representa uma castração da atuação do juiz, que deverá limitar a sua interpretação para que possa encontrar-se agindo dentro da própria lei.

Contudo, com a nova edição do livro *Teoria Pura do Direito*, em 1953, Kelsen fez algumas modificações atinentes ao campo da interpretação do direito. É neste momento que surge a expressão *interpretação autêntica*.

Em resumo, Kelsen aprofundou a questão dividindo a interpretação em dois momentos: o primeiro seria o realizado pela ciência do direito, incumbida de estabelecer o quadro das interpretações possíveis dentro da moldura estipulada pela norma superior; o segundo referiu-se à interpretação realizada pelos órgãos competentes para julgar o caso concreto, para os quais a interpretação ficaria limitada à escolha de uma das interpretações possíveis delimitadas pela Ciência do Direito.

Não obstante, o doutrinador ressalta que ao jurista compete apenas conhecer o direito, na medida em que a sua interpretação não possui caráter obrigatório. Assim, a autenticidade a que se refere Kelsen interferiu apenas no aspecto da validade da norma inferior, ou seja, se o jurista é competente para decidir e se ele se restringe às possibilidades estipuladas pela norma superior, sua interpretação será autêntica.

Na edição de 1960, Kelsen limitou-se a integrar a sua tese, avaliando que no processo interpretativo da norma geral, ao demarcar as possibilidades de sua aplicação, o magistrado produz um ato de conhecimento ou cognição, e quando da escolha de uma destas possibilidades, realiza um ato de vontade.

Mas, curiosamente, Kelsen fez um adendo, como explica Cattoni⁹⁷:

Kelsen chama de interpretação autêntica a interpretação jurídica realizada pelo órgão jurídico que *dá curso a uma das interpretações possíveis* reveladas pela interpretação cognoscitiva da norma aplicanda, através de um ato de vontade, e, com esse ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior ou é executado um ato de coerção estatuído na norma que é aplicada. Mas também chama de interpretação autêntica a *produção de uma norma que se situe completamente fora da moldura*, revelada pela interpretação

⁹⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.136-137.

cognoscitiva, que a norma a aplicar representa, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral mas também no caso de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. (grifos do autor)

Desta forma, Kelsen passou a admitir, a partir desta edição, que por meio da interpretação autêntica pode-se produzir uma norma geral ou individual que se situe fora da moldura ante uma produção cognoscitiva.

Genericamente, Cattoni deduz que esta última inserção teórica, efetuada por Kelsen, na edição de 1960, mostrou-se contrária ao que, até então, ele vinha defendendo em sua própria *Teoria Pura do Direito*, porquanto aceitou que o direito pode ser aquilo que a última instância recursal dissesse que ele é, o que, nas palavras do autor, pode representar “uma *total inversão da pirâmide normativa*”⁹⁸.

4.2.2 Ronald Dworkin: o Direito como integridade

Ponto inicial e fundamental para a compreensão da teoria de Dworkin é a sua concepção de que o Direito não é constituído apenas por regras, mas também por princípios. Desse modo, para ele, o juiz nunca age com discricionariedade, porque sua atuação está sempre limitada à abrangência das regras e dos princípios que constituem o ordenamento jurídico.

A distinção entre regras e princípios é importante para compreendê-lo, pois duas regras contrárias não podem coexistir no mesmo ordenamento, enquanto dois princípios não só podem como devem continuar existindo. Assim, ao colidirem, apenas escolhe-se o mais adequado a determinada situação, sem que isso resulte na exclusão do outro.

Nesse sentido, Dworkin avançou para o campo da interpretação, afirmando que existe um juiz ideal, Hércules, o qual teria o conhecimento de todo o ordenamento jurídico, podendo assim sempre encontrar a solução correta para o caso concreto.

⁹⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.143.

Ressalte-se, aqui, um aspecto salutar na teoria de Dworkin. Para ele, não só existe opção correta, como o magistrado é capaz de encontrá-la, contrariando o que dizia Kelsen.

Assim, para explicar a sua teoria, ele afirmou que devemos entender o direito como integridade, ou seja, como uma sociedade de homens que buscam mutuamente igualdade e liberdade. Daí porque são criadas as normas.

Sobre a integridade em Dworkin, Baracho Júnior salienta:

A integridade é dividida por Dworkin em integridade na legislação e integridade na aplicação. No primeiro caso, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios; no segundo, requer-se que aqueles responsáveis por decidir o sentido da lei busquem coerência com a integridade. Isso explicaria porque os juízes devem conceber o corpo de normas que eles administram como um todo, e não como um cenário de decisões discricionárias no qual eles são livres para fazer ou emendar as normas, uma a uma, com um interesse meramente estratégico.⁹⁹

Desta maneira, sendo o direito uma integridade, não há como excluir da análise os seus aspectos históricos, porque as decisões jurídicas modificam-se tanto quanto a sociedade que representam.

Nesse sentido, veja-se o que diz José Ommati:

Em alguns pontos, Dworkin chega a comparar a interpretação jurídica a um romance, segundo o qual cada momento histórico seria um capítulo do romance maior, cabendo ao juiz dar um nexo lógico aos capítulos. Isso porque o Direito é visto como integridade, deve também ser encarado como uma cadeia lógica de peças (*law in chains*).¹⁰⁰

Desse modo, pode-se afirmar que a base da sua teoria são os princípios. Para ele, tal qual o advogado pretende convencer o juiz de que a sua tese é a correta, o juiz ao sentenciar tem que buscar a resposta certa para a questão interpretativa que lhe foi submetida.

4.2.3 Conclusões: como deve o juiz interpretar?

Após comentar as duas teorias, a respeito de como os magistrados devem proceder à interpretação das normas, volta-se à tentativa de responder a seguinte

⁹⁹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 121.

¹⁰⁰ OMMATI, José Emilio Medauar. *A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.157.

pergunta: qual a forma de interpretar adequadamente a Constituição dentro da concepção de Estado Democrático de Direito?

Bem, o intuito de discorrer sobre as duas teorias jamais foi o de designar uma delas como sendo a correta, até porque a acepção do que é correto muda de acordo com o ponto de vista de cada pessoa.

Por essa razão, não se pode afirmar que existe um método correto e único que deva ser adotado por todos os magistrados, porque seria como dizer que se teria encontrado a solução para todos os problemas que envolvem a interpretação das normas, constitucionais ou não, fato que resultaria na conclusão óbvia de que se há um método aceito e tido como correto, todos o adotariam e não haveria nenhuma discussão na doutrina e nos tribunais.

Enfim, ainda que não exista um método correto, não quer dizer que não se pode adotar uma posição mais favorável a um do que a outro.

Logicamente, por ser o pano de fundo deste estudo, o controle difuso de constitucionalidade deve ser efetuado da maneira mais eficaz possível, ou seja, de modo que o ordenamento jurídico seja defendido acima de tudo.

Nesse sentido, observa-se que a teoria kelseniana está longe de um ideal democrático, mas não pode ser desconsiderada, principalmente devido à sua grande influência para os operadores do direito, por isso a sua inclusão no estudo.

A idéia de que a ciência do direito deve encontrar as diversas possibilidades de interpretação da norma, segundo ela própria, enquadrando-as em uma moldura, leva a crer que o direito é algo solidificado e descomplicado, afinal, ao juiz caberia apenas a função de escolher dentre uma das hipóteses possíveis, pois qualquer uma delas levaria a uma decisão legal e correta.

Tal concepção desresponsabiliza a atuação dos magistrados, na medida em que estes poderiam atuar como bem entendessem, pois se a decisão estivesse “fora da moldura” e, mesmo assim não fosse modificada, acabaria sendo incorporada como norma individual.

Por essa razão, trouxe-se à análise a teoria contraposta de Dworkin. Diferentemente de Kelsen, ele se preocupava com o direito como este deve ser, ou seja, como um artifício a ser utilizado pelos homens, a fim de viverem com liberdade e em igualdade.

Dworkin não apenas procurou dar sentido ao direito, como também leva a crer, que o juiz deve se ater aos princípios que fundamentam a existência da

sociedade para tomar as suas decisões e chegar perto daquilo que qualquer pessoa chamaria de justiça.

O entendimento esposado por Dworkin pode em muito contribuir para efetivar um adequado controle da constitucionalidade das leis, porque é no texto constitucional que estão inseridas as regras e os princípios adotados por uma sociedade.

Assim, o juiz que está decidindo o direito sobre um determinado caso concreto deve pautar-se, em primeiro lugar, na Constituição e nos seus princípios e direitos fundamentais, para só depois subjugar-se às normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, Zeno Veloso:

A verificação da compatibilidade da norma infraconstitucional com a Lei Fundamental envolve, necessariamente, a interpretação da norma impugnada e a interpretação da Constituição, especialmente na parte que teria sido violada. Na jurisdição constitucional, para examinar se ocorreu a parametricidade, para averiguar se a harmonia vertical dos preceitos está garantida, a comparação é necessária, o cotejo essencial, tendo-se de observar a expressão literal, o conteúdo e o alcance da norma contida no Texto Magno e os da norma secundária.¹⁰¹

Infelizmente, alguns magistrados invertem a “pirâmide” e continuam alienados, como meros retratos de uma moldura desproporcional. Preocupam-se mais em achar a norma infraconstitucional que possa se encaixar na solução do caso concreto e esquecem que, muitas vezes, a aplicação daquela norma resulta em afronta aos princípios e aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é a contribuição de Ronaldo Poletti:

Ao lado da Constituição, com aquelas conotações, há de haver igualmente, um interesse consciente em cumpri-la e fazê-la cumprir. Tal consciência é relevada pela apreensão da própria situação de cada um dos membros da sociedade em relação aos outros, isto é, com a plena idéia de cada um no seu grupo social, integrado no grupo maior, com o governo institucionalizado que é o Estado. A tomada de consciência das situações individuais, no todo social, constitui requisito para a coesão nacional. Essa conscientização necessária das situações leva, preenchidas outras conseqüências da hierarquia das leis e do controle de constitucionalidade. Sem a consciência não haverá aqueles corolários. E, essa tomada de consciência, somada ao interesse de cumprir a Lei Fundamental, exacerba-se, aumenta de expressão, como condicionante do controle quando efetivado pelos agentes do Direito, em última análise, os agentes políticos do Estado. Vale dizer, os legisladores, os

¹⁰¹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 169.

administradores e os juízes. São os responsáveis, mais do que os outros, pelo cumprimento da Constituição e pelo interessa em fazê-la valer.¹⁰²

O direito não é senão o que integra a sociedade, como afirmou Dworkin. Não se pode mais encará-lo como algo limitado, adstrito a uma moldura, pois seria o mesmo que negar a sua própria existência.

Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, o juiz não pode ser visto como uma peça sem convicção própria, sem liberdade de atuação ou como mero aplicador da norma. O juiz é, antes de mais nada, um defensor da Constituição e, conseqüentemente, do próprio Estado.

Relacionando a teoria de Dworkin ao tema deste trabalho, pode-se concluir, ainda, que, para que o controle difuso de constitucionalidade seja realizado de uma forma adequada pelos juízes, é preciso que estes concebam os direitos fundamentais como o pilar que estrutura a Constituição. Desta forma, como parte estrutural, sua importância torna-se basilar, de modo que não há como falar em proteção da Constituição sem a efetiva defesa dos direitos fundamentais.

Deve-se compreender que os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva, na medida em que podem ser considerados tanto como posições jurídicas subjetivas essenciais de proteção da pessoa, como valores objetivos básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior afirma:

Os direitos fundamentais, portanto, devem ser apurados não apenas sob a ótica das posições subjetivas conferidas a seus titulares (e nesse sentido eles são autênticos direitos subjetivos), mas também sob o enfoque da construção de situações jurídico-objetivas, que concorram para o atendimento das expectativas por eles fomentadas.¹⁰³

Desse modo, os direitos fundamentais têm a função primordial de ser direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra os atos do poder público, mas também representam “*decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com*

¹⁰² POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 245.

¹⁰³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 226.

eficácia em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”¹⁰⁴.

4.3 A atuação do juiz no sistema brasileiro de controle difuso de constitucionalidade

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é misto, contudo, tanto na forma concentrada como na difusa está presente a atuação do Poder Judiciário. Com isto, ressalta-se que o efetivo controle da Constituição está entregue às mãos dos juízes.

Historicamente, no Brasil, o modo concentrado pode ser tido como uma inovação recente frente ao modo difuso, porquanto só fora introduzido pela Emenda Constitucional n° 16 de 1965, em referência à Constituição de 1946. Contudo, os magistrados, ainda assim, não reconhecem a sua importância.

É o que afirma Streck:

De qualquer sorte, é importante registrar que, muito embora o controle difuso de constitucionalidade esteja presente entre nós desde a Constituição de 1981, passados, pois, tantos anos, ainda não se pode dizer – nem de longe – que os operadores jurídicos tenham se dado conta da importância desse instituto.¹⁰⁵

Desde o advento da Carta Democrática de 1988, vem se observando um grande avanço no número de ações perante o Supremo Tribunal Federal.

Conforme dados extraídos do endereço eletrônico da Corte¹⁰⁶, de 1988 a julho de 2009, foram julgadas 2.817 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, das quais 1.786 não foram conhecidas. Aguardam julgamento 998 ações.

À primeira vista, pode-se concluir que o número de ações é elevado em proporção à quantidade de ministros que compõem o Tribunal (onze em respeito ao art. 101, da Constituição).

Matematicamente, os números podem até representar um avanço. No entanto, o que verdadeiramente demonstram é um abarrotamento de ações junto ao STF, em grande parte provocada por demandas de mesma natureza, discutindo os

¹⁰⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 227.

¹⁰⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 496-497.

¹⁰⁶ Consulta efetuada no endereço <www.stf.jus.br> em 28.08.2009.

mesmos dispositivos, em decorrência de casos análogos. Não é a toa que o número de ações *não conhecidas* é elevadíssimo.

Por certo, ocorreu um desvirtuamento do controle concentrado, fato que desvaloriza a Corte como instituição, já que não passa de uma “vitrola quebrada”, repetindo inúmeras vezes os mesmos discursos. Por essa razão, a reforma do Poder Judiciário ocorrida em 2005, implementada pela Emenda à Constituição n° 45, incluiu o direito à “razoável duração do processo” (art. 5º, LXXVIII) e a possibilidade de edição de súmula de caráter vinculante pelo STF, com o intuito de diminuir o número de recursos repetitivos.

Fazendo a mesma análise, Sérgio Fernando Moro assevera:

[...] a preocupação central de tais inovações não é nem mesmo o aprimoramento da defesa da Constituição. O objetivo é instituir mecanismos que garantam a rápida solução de controvérsias constitucionais, por meio de sua submissão imediata ao STF. Um modo célere e eficaz de resolução de controvérsias constitucionais tem méritos e deméritos. Por um lado, propicia a rápida resolução de controvérsia constitucional. Por outro, entretanto, propicia decisões precipitadas ou não devidamente amadurecidas sobre controvérsias constitucionais, ampliando o risco de decisões equivocadas.¹⁰⁷

Ainda assim, mesmo com todos estes percalços, vê-se que o controle da Constituição vem sendo cada vez mais limitado à Suprema Corte. Ainda são poucos os magistrados que têm a prática de incluir na sua rotina diária a preocupação em fazer respeitar e cumprir as normas constitucionais em primeiro lugar, o que representa um sério enfraquecimento do controle difuso.¹⁰⁸

É o que assevera Streck:

Ainda há, de fato, um excessivo apego à legislação infraconstitucional, que não é devidamente confrontada com a Constituição. Na prática, parcela expressiva da comunidade jurídica continua separando a legalidade da constitucionalidade, como se fosse possível separar a jurisdição ordinária da jurisdição constitucional. Como resultado, tem-se aquilo que se pode denominar de “baixa” aplicação do controle difuso pelo juízo singular, secundado por um pequeno número de incidentes de inconstitucionalidade suscitados pelos órgãos fracionários dos tribunais.¹⁰⁹

¹⁰⁷ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional Democrática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 309.

¹⁰⁸ É importante ressaltar ao leitor que a afirmativa em questão foi feita tão somente com base em análises de opiniões de doutrinadores. Não houve a realização de pesquisa empírica.

¹⁰⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 462.

Não se pode olvidar que o sistema concentrado encontra-se restrito a um determinado número de intérpretes, enquanto no modelo difuso qualquer litigante pode trazer para a análise judicial a discussão sobre afronta à Constituição e, acima de tudo, o próprio magistrado pode fazê-lo de ofício.

Sobre o temo, Moro dispõe:

O sistema difuso/incidental é menos sujeito a erros. [...] Ademais, o sistema concentrado fia-se em restrito círculo de intérpretes. Apenas os demandantes com alguma possibilidade de abertura, e os componentes do tribunal constitucional exercerão influência significativa para a resolução da controvérsia. Na prática, a boa resolução fica dependente da sabedoria dos onze membros do Supremo. Por outro lado, o sistema difuso/incidental propicia a participação de número bem mais elevado de intérpretes, sejam as partes ou os juízes, considerando que o Direito é uma empreitada coletiva, constitui sistema mais confiável e democrático do que o abstrato/concentrado.¹¹⁰

Certamente, o que se pode demonstrar é que existe um desequilíbrio no sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, pois enquanto enaltecem o uso do controle concreto, enfraquece-se a adoção do modo difuso. E, como qualquer desequilíbrio, traz como consequência um grave problema para a sociedade: o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

O que se deve buscar, portanto, é reequilibrar o sistema, reeducando os magistrados a fazer uso do poder que lhes foi entregue pela própria Constituição, assumindo, dessa maneira, a responsabilidade pela sua defesa, ao invés de delegá-la apenas à Corte Constitucional.

É perceptível, após tudo que já foi exposto nesta obra sobre o controle difuso de constitucionalidade, que este aproxima a sociedade da Constituição, na medida em que permite a qualquer cidadão, sob a jurisdição constitucional do Estado, arguir a sua interpretação da norma quanto à inaplicabilidade e/ou ineficácia, requerendo seja esta declarada inconstitucional.

Sobre o tema, Cruz assevera:

O controle difuso aproxima a Jurisdição Constitucional e a sociedade. Disperso por todos os ramos do Poder Judiciário, especialmente nas comarcas da Justiça Estadual primária, o controle difuso tem o condão de incrementar o exercício da cidadania, robustecendo a noção de democracia, especialmente em países como o Brasil, com uma história constitucional tão atribulada. Assim, não são somente os tribunais, normalmente distantes, situados nas capitais dos

¹¹⁰ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional Democrática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 309-310.

Estados ou da própria República, que têm atribuição exclusiva para apreciação da constitucionalidade de leis e debates sobre a aplicação de leis e de atos normativos. Além disso, qualquer indivíduo pode argüi-la desde que o faça no bojo de processo que discuta concretamente ameaça/violação de direito subjetivo, seja ele individual, heterogêneo ou homogêneo, coletivo ou difuso.¹¹¹

Trata-se, portanto, de uma maneira de tornar todas as pessoas físicas da própria Constituição, permitindo que todos façam as suas interpretações do texto legal, buscando extrair dele os direitos e princípios que constroem o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Finalmente, pode-se auferir do estudo aqui produzido, que uma readequação da atuação dos magistrados faz-se necessária, a fim de que estes repensem a respeito de sua função judicante, sob o prisma constitucional, porque o uso efetivo do controle difuso pelos julgadores, possibilitaria não apenas a realização de uma verdadeira “filtragem”, mas um alargamento da interpretação e discussão das normas infraconstitucionais e constitucionais, dando-se verdadeiro sentido à Constituição e ao Estado Democrático de Direito.

¹¹¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 345.

CONCLUSÃO

Da análise dos fundamentos que deram ensejo à instituição de um sistema de controle de constitucionalidade, auferiu-se que a Constituição adquiriu a capacidade de outorgar fundamentos de validade a toda e qualquer norma jurídica a ela subordinada.

Essa necessidade de proteção do texto constitucional surge com o escopo de resguardar a norma na qual se estrutura o Estado Democrático de Direito para garantir que ele se mantenha, afinal é a Constituição que fornece e distribui as diretrizes que estabelecem o modelo de convivência social e arquitetam toda a estrutura normativa necessária à organização do Estado, regulando, portanto, todo o modo de produção das leis e dos atos normativos que lhes são inferiores.

Dentro deste contexto, o sistema de controle da constitucionalidade das leis tem como função primordial a manutenção do ordenamento jurídico, a fim de garantir-lhe autonomia e segurança.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi instituído apenas no período republicano, com o advento da Constituição de 1891. A modalidade de controle adotada foi a difusa, inspirada no modelo do *judicial review* norte americano, ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal a palavra final sobre a discussão atinente à constitucionalidade das leis e dos atos federais ou estaduais.

O modelo concentrado foi introduzido no Brasil de maneira modesta com a promulgação da Carta de 1934, mas ganhou força com a Constituição de 1946. O sistema brasileiro passou a vigorar com a modalidade difusa e concentrada, simultaneamente e bem definidas, a partir de 1965.

Desde então, tem-se um sistema de controle de constitucionalidade misto ou híbrido, permitindo que o controle da Constituição seja realizado por todos os magistrados brasileiros, desde o juiz de primeiro grau ao Ministro do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, portanto, de um controle eminentemente jurisdicional.

Em análise mais profunda do controle difuso de constitucionalidade, no terceiro capítulo, auferiu-se que o instituto possui importância fundamental para a sociedade brasileira, porque se trata de um controle amplo, que possibilita a participação mais ativa da sociedade, a qual se torna uma verdadeira intérprete e fiscal da Constituição.

O instituto, em regra, tem efeito *inter partes* e *ex tunc*, ou seja, vindo a ser considerada inconstitucional a lei ou o ato normativo do poder público aplicável à controvérsia existente entre os litigantes, sobre estes deixará de ser aplicada, com eficácia retroativa.

Contudo, a questão pode ser levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que os efeitos poderão ser estendidos a toda população (*erga omnes*), desta vez com eficácia não retroativa (*ex nunc*).

Para tanto, concluiu-se que o controle difuso de constitucionalidade possibilita aos magistrados realizar uma verdadeira “filtragem constitucional”, pois abrange qualquer tipo de legislação, incluindo a promulgada antes da própria Constituição.

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, tendo o poder de decisão sido entregue às mãos dos julgadores, mostrou-se imprescindível a necessidade de readequação da atuação destes no âmbito do controle difuso, atualmente enfraquecido.

Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, o juiz não pode ser visto como uma peça sem convicção própria, sem liberdade de atuação ou como mero aplicador da norma. Ele é, antes de qualquer coisa, um defensor da Constituição e, conseqüentemente, do próprio Estado.

Por fim, propôs-se que o controle difuso de constitucionalidade seja realizado de maneira mais adequada pelos juízes, de modo que concebam os direitos fundamentais como o pilar que estrutura a Constituição, visto que a importância da atuação dos magistrados torna-se basilar, porquanto não há que se falar em proteção à Constituição sem defesa dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARACHO, Hertha Urquiza. **Teoria da Constituição**. Revista Prima Facie, João Pessoa, ano 2, n. 3, julho-dezembro/2003, p. 16-17/29. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em 03.10.09.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CATTONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle de Constitucionalidade à luz da Jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Leonardo Castanho. **Recurso Especial: e o controle difuso de constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil: volume V**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade**. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PALU, Oswaldo Luis. **Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. 2 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: 1992.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.