

# Controle de Constitucionalidade

**Flávia Fernandes de Melo**

*Juíza de Direito da 1ª Vara Cível de Barra Mansa*

O tema em debate é a base de todo o Estado de Direito, pois garante a conformação de toda atividade legislativa com o texto constitucional. O Estado é uno, assim, não pode, em princípio, haver contradições em seu sistema normativo. Vários são os modos de conformação das normas no ordenamento jurídico; entre eles, o controle de constitucionalidade, instrumento de verificação da compatibilidade entre uma lei e a Constituição, de modo que esta, por ser a norma superior do ordenamento jurídico, serve como parâmetro de conformação de todas as leis.

A função precípua do controle de constitucionalidade é garantir a ordem e a coerência do sistema normativo, de modo que, partindo da supremacia e rigidez constitucional, haja conformidade entre as leis e seu fundamento de validade, que é a Constituição. Trata-se, assim, de uma garantia de existência da própria Constituição, de modo que se possa assegurar a observância, aplicação e conservação da lei fundamental.

Os pilares do controle de constitucionalidade são basicamente dois: a supremacia e a rigidez constitucionais. A rigidez é vista na medida em que a Constituição tem maiores proteções, quando de sua alteração, do que as demais espécies normativas. Configura-se a supremacia constitucional na medida em que a Constituição se encontra no ápice da pirâmide normativa, servindo de fundamento jurídico-positivo para todas as normas.

Observa-se, assim, que, competindo ao Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis e de guardião da Constituição, toda atividade relacionada ao “controle de constitucionalidade” deve ser exercida com extrema parcimônia, uma vez que invalida ato emanado de outro Poder (Legislativo), exercendo uma função atípica.

Saliente-se que, não apenas quando o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade propriamente dito (via direta ou incidental), mas também quando realiza a interpretação conforme texto normativo, extrapola a interpretação literal.

Tal situação foi debatida em palestra ministrada pelo DES. Nagib Slaibi Filho e pelo Procurador do Estado, Dr. Christiano Taveira, quando suscitaram questão polêmica e recentemente decidida pelo Supremo Tribunal Federal: o reconhecimento de direitos advindos da união homoafetiva.

A situação é polêmica pela divergência social acerca do tema, mas, na seara jurídica, tomou outro rumo, questionando-se a competência do Tribunal Constitucional para “dizer” o que a lei não disse...

Fato é que a lei, em sua interpretação literal, apenas reconhece o casamento/união estável entre homem e mulher. Assim, no caso de direito sucessório, apenas o cônjuge sobrevivente é contemplado. Mas, a união homoafetiva é uma realidade social e, como tal, exige regulamentação, sendo o Tribunal Supremo Federal provocado para decidir o caso concreto. Na ausência de lei específica, e não podendo o Judiciário se esquivar da decisão, buscou os princípios e a interpretação da norma para aplicá-la ao caso posto em debate.

Para muitos, o STF “legislou” ao reconhecer direitos ao companheiro homoafetivo, extrapolando a sua função típica. A meu ver, o julgador não se pode furtar à resolução das questões sociais, de modo que não pode deixar de decidir sob a alegação de inexistência de norma, pelo que, utilizando-se das ferramentas jurídicas, deve interpretar a norma conforme a Constituição e dar solução ao caso. O STF não extrapolou sua função, apenas deu a interpretação que mais se coaduna com a atual realidade social e com o valor da justiça, diante da ausência de ato que deveria ser emanado do Poder Legislativo, que, infelizmente, não consegue atuar de modo a acompanhar e regular a dinâmica das relações sociais.

Historicamente, atribui-se maior importância do controle difuso de constitucionalidade ao caso americano *Marbury v. Madison*, de 1803, em que se tem notícia, pela primeira vez, da utilização da Constituição

como parâmetro interpretativo de atos e leis. A importância desse caso decorre de que, no controle difuso, cada juiz é responsável por fiscalizar a constitucionalidade das leis no momento de sua aplicação.

Assim, o caso *Marbury v. Madison* torna-se paradigmático no estudo de todo o controle de constitucionalidade, mais especificamente o controle difuso. Não poderia ser diferente no Brasil, que, após a Constituição Imperial de 1824, em que não se previa qualquer forma de controle de constitucionalidade, passou a prever expressamente o controle difuso de constitucionalidade na Constituição de 1891, em seu artigo 59, §1º. Dispunha o artigo que havia a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal quando se questionasse sobre a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado que os considerasse válidos.

Desde então, há a previsão do controle difuso de constitucionalidade que encontra suas bases nos ditames do artigo 102, III, da Constituição Federam de 1988, ao dispor sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar a inconstitucionalidade em Recurso Extraordinário.

Não se pode olvidar, contudo, que o sistema de controle de constitucionalidade no Estado Brasileiro é misto, posto que se utiliza do sistema de controle difuso acima citado e do sistema de controle concentrado, sendo certo que tal classificação da forma de controle de constitucionalidade leva em consideração a competência jurisdicional, ou seja, que órgãos têm competência para apreciar a constitucionalidade de um ato ou dispositivo legal.

No controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode exercer o controle de constitucionalidade, isto é, uma vez que se mostra como atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição.

O controle concentrado, por seu turno, concentra o poder de analisar a constitucionalidade em apenas um órgão, com exclusão de quaisquer outros, como é feito no Brasil perante o Supremo Tribunal Federal via Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; e perante os

Tribunais de Justiça, no que atine às leis estaduais em face da Constituição Estadual Conforme.

Nessa esteira, o Brasil adotou esse tipo de controle de constitucionalidade, que visa à conciliação do controle concentrado e do controle difuso, mas que, na prática, gera conflitos ainda não solucionados. Cite-se, para exemplificar, o caso narrado pelo palestrante Dr. Rodrigo Lourenço, em que os diversos TRTs do Brasil criaram uma resolução que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, um Juízo de primeiro grau determinava a um órgão o cumprimento da Resolução, por decisão transitada em julgado.

A solução no caso concreto foi a expedição de ofício ao STF para que se pronunciasse sobre o que deveria o referido órgão fazer diante das decisões definitivas conflitantes. O STF determinou o cumprimento de sua decisão, negando validade à decisão daquele Juízo que se encontrava sob o manto da coisa julgada, restando evidente a problemática do convívio, nada harmônico, entre os dois sistemas, como bem pontuado pelo palestrante acima citado.

O controle concreto/difuso de constitucionalidade surge a partir de um caso concreto, de uma lide proposta. Sua finalidade precípua é assegurar direitos subjetivos. Nessa esteira, a supremacia constitucional é secundária e reflexa, ou seja, trata-se de consequência da própria defesa do direito subjetivo proposto no caso concreto.

O controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, por sua vez, tem como objeto precípua a lei em si. Ela não tem como finalidade assegurar direitos subjetivos, mas sim a força normativa da Constituição diante de leis inconstitucionais. Assim, há diretamente a proteção aos pressupostos constitucionais.

Em regra, o controle concentrado de constitucionalidade é realizado em processo objetivo e possui caráter abstrato, cuja inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma é questão principal da demanda (*principaliter tantum*). O controle difuso, por seu turno, é caracterizado por ser um processo subjetivo e possuir caráter concreto, valendo apenas para as partes, analisado como questão incidental (*incidenter tantum*).

O que, de fato, diferencia os modos de verificação de constitucionalidade de uma norma é o meio de cognição de tais questões no processo. Normalmente, o controle abstrato é feito de forma concentrada, no STF, por intermédio da ADIN, ADC ou ADPF; e o controle concreto, de forma difusa. O controle difuso é sempre *incidenter tantum*, pois a constitucionalidade é questão incidente que será resolvida na fundamentação da decisão judicial. O controle concentrado, por seu turno, tem como objeto precipuamente a discussão da conformação da lei com a Constituição, ou seja, a questão principal é a própria constitucionalidade ou não da norma.

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, sendo competente para compatibilizar todo o ordenamento jurídico com a Carta Maior por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Entretanto, tal competência não é privativa do STF, conforme previsão do artigo 97 da Constituição da República de 1988, que dispõe que os tribunais somente podem declarar a inconstitucionalidade de norma ou ato normativo através da maioria absoluta dos membros do plenário ou do órgão especial (órgão maior). Trata-se da cláusula de reserva de plenário que deu azo ao enunciado 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: “Viola a cláusula de reserva do plenário (art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência no todo ou em parte”. Frise-se que tal fato não impede que o juiz de primeiro grau declare incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma.

Do mesmo modo, percebe-se a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no presente incidente na medida em que sua análise se dá separadamente do caso concreto em que se originou. Ao se decretar o incidente de inconstitucionalidade, este ganha autonomia para o posterior julgamento pelo órgão maior, de modo que a natureza desse incidente torna-se objetiva, ou seja, sem partes interessadas e julgamento de direitos subjetivos, como ocorre no julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade. Apesar de o *decisium* ser examinado *incidenter tantum*, ele não será válido apenas àquele processo, mas, por força da formação do precedente judicial, ele será paradigma para todos os demais casos em que

o tribunal seja posto a manifestar-se.

Cumpra dizer que, uma vez resolvido o incidente, este cria uma norma geral do caso concreto, de modo que, nos casos futuros que guardem similitude com o já julgado, não é mais preciso encaminhar a mesma questão ao órgão maior. Neste sentido encontra-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, senão veja-se:

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PROCESSAMENTO - CONTRARIEDADE A PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIÁVEL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO CUJAS RAZÕES CONTRARIAM JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE - DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO - DESNECESSIDADE. VERSANDO A CONTROVÉRSIA SOBRE O ATO NORMATIVO JÁ DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO GUARDIÃO MAIOR DA CARTA POLÍTICA DA REPÚBLICA - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DESCABE O DESLOCAMENTO PREVISTO PELO ARTIGO 97 DO REFERIDO DIPLOMA MAIOR. O JULGAMENTO DE PLANO PELO ÓRGÃO FRACIONADO HOMENAGEIA NÃO SÓ A RACIONALIDADE, COMO TAMBÉM IMPLICA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ARTIGO 97 EM COMENTO, EVITANDO A BUROCRATIZAÇÃO DOS ATOS JUDICIAIS NO QUE NEFASTA AO PRINCÍPIO DA ECONOMIA E DA CELERIDADE. A RAZÃO DE SER DO PRECEITO ESTÁ NA NECESSIDADE DE EVITAR-SE QUE ÓRGÃOS FRACIONADOS APRECIEM, PELA VEZ PRIMEIRA, A PECHA DE INCONSTITUCIONALIDADE ARGUÍDA EM RELAÇÃO A UM CERTO ATO NORMATIVO.**

**AI 170162 AgR / SC - SANTA CATARINA - AG.REG.NO  
AGRAVO DE INSTRUMENTO - Relator(a): Min. MAR-  
CO AURÉLIO- Julgamento: 26/09/1995 - Órgão Julga-  
dor: Segunda Turma**

Na esteira do tema, o palestrante Dr. Christiano Taveira citou o cabimento da Representação de Inconstitucionalidade, ressaltando a sua impropriedade para atacar Decreto. Tal tese impediu que a Representação de Inconstitucionalidade apresentada contra Decreto emanado pelo Governador Sérgio Cabral, que “legislou” sobre a administração das ambulâncias SAMU, tivesse conhecimento em seu mérito. Por outro lado, a natureza do remédio jurídico contra o referido decreto não é pacífica.

O curso foi de grande utilidade, trazendo temas atuais e polêmicos e demonstrando a importância dos sistemas de controle de constitucionalidade para a manutenção do ordenamento jurídico íntegro e harmônico e a manutenção do Princípio de Separação dos Poderes inscrito na Carta Republicana de 1988. ◆