

A INCONSTITUCIONALIDADE DIFUSA INCIDENTAL COMO GARANTIA DO DIREITO DE CIDADANIA

INCIDENTAL DIFFUSE UNCONSTITUTIONALITY AS GUARANTEE OF THE RIGHT TO CITIZENSHIP

Sílvia Alves dos Santos¹

RESUMO

Destina-se o presente estudo em discorrer a respeito da inconstitucionalidade difusa incidental como garantia do direito à cidadania. Nos países em que a legislação constitucional é escrita e conservadora, se faz necessário mecanismos específicos para que as leis possam ser alteradas ou revogadas. A Constituição Federal Brasileira adotou o controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Todas as vezes, que algum ato ou omissão viole preceitos constitucionais, tem-se a inconstitucionalidade exercida através dos controles. Nesse sentido, tratando-se do controle difuso, poderá ser exercido por qualquer cidadão nos processos judiciais individuais. Conclui-se, certo de que todo cidadão poderá exercer o controle de constitucionalidade, requerendo a inconstitucionalidade de ato, omissão ou lei que afronte preceitos constitucionais de modo a manter as garantias fundamentais e exercício de seus direitos. Para construção deste trabalho, foram utilizados, livros, periódicos, artigos científicos de sites renomados e outros materiais.

Palavras chave: Controle Difuso; Inconstitucionalidade; Cidadania.

ABSTRACT

The purpose of this study is to discuss the incidental diffuse unconstitutionality as a guarantee of the right to citizenship. In countries where constitutional legislation is written and conservative, specific mechanisms are needed so that laws can be amended or repealed. The Brazilian Federal Constitution adopted concentrated or diffuse judicial review. Every time an act or omission violates constitutional precepts, there is unconstitutionality exercised through controls. In this sense, in the case of diffuse control, it can be exercised by any citizen in individual judicial proceedings. In conclusion, it is certain that every citizen will be able to exercise constitutionality control, requiring the unconstitutionality of an act, omission or law that violates constitutional precepts in order to maintain the fundamental guarantees and exercise of their rights. For the construction of this work, books, periodicals, scientific articles from renowned websites and other materials were used.

Keywords: Diffuse control; Unconstitutionality; Citizenship

¹ Mestrando UNAERP - silvio.santos@sou.unaerp.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é a norma mais importante do ordenamento jurídico pátrio. Portanto, para que haja qualquer modificação ou revogação de lei infraconstitucional, se faz necessário mecanismo específico de modo a preservar o controle de constitucionalidade e a Supremacia Constitucional.

Nesse sentido, em um Estado Democrático de Direito somente as leis podem impor ao cidadão uma obrigação de fazer ou de não fazer. Assim, o Poder Público exercido pelo próprio povo, tem de pautar as leis e atos normativos que elaboram, obedecendo o processo legislativo e observando a compatibilidade material para com a Constituição Federal.

Nessa esteira, vê-se que a própria sociedade cria as regras jurídicas a elas mesmo impostas. Com esse raciocínio verifica-se que o poder emana do próprio povo, através de seus representantes eleitos.

Assim, subentende-se que as leis e atos normativos criados pelo Poder Público, conforme a vontade do povo e em prol de todos, veste-se da segurança jurídica necessária, através do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Partindo desse pressuposto, toda lei e ato normativo estatal é constitucional até que seja declarado inconstitucional por procedimento próprio através de órgão competente. Assim, até a declaração formal de que sua existência está fora dos padrões e pressupostos constitucionais, deverá ser cumprido como o legislador previu.

Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade de alguma lei e sua consequente nulidade, é uma excepcionalidade no ordenamento jurídico, tendo em vista que, presume-se que o legislador tenha ciência dos preceitos constitucionais.

Ademais, por se tratar de medida excepcional, a nulidade proferida por órgão competente, é a última medida adotada, pois, sempre que possível, dará interpretação conforme a Constituição, de modo a manter a norma.

Outrossim, considerando que o poder emana do próprio povo e que pela sua vontade as leis são criadas, não seria justo, se o próprio povo não pudesse exercer o direito de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, qualquer cidadão poderá requerer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, através de suas demandas particulares, sendo ela matéria preliminar ou preambular do mérito processual. Chamado de controle difuso, exercido através dos procedimentos judiciais particulares, qualquer das partes poderá requerer a inconstitucionalidade da lei, para que seja afastada a sua aplicabilidade no caso concreto com efeito inter partes.

Finalmente, este artigo é de grande relevância, pois, além dos legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade concentrada, o particular tem o direito de manejar incidentalmente em inconstitucionalidade formal e material qualquer lei, em razão do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Para o desenvolvimento deste artigo, utilizou-se o método dedutivo bibliográfico, com a leitura de livros doutrinários, artigos de científicos de sites jurídicos e leis. Os processos metodológicos utilizados foram: dogmático jurídico e analítico sintético.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – BREVE HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES

Conforme mencionou-se, a Constituição é o documento mais importante dentro do sistema jurídico pátrio, em que ocupa-se de descrever e limitar as formas de governo, disposições sobre a divisão dos poderes e organização de seus órgãos, descrever os direitos e garantias fundamentais e de ordem social, dentre outras disposições.

Gilmar Mendes e Paulo Branco conceitua a Constituição em dois sentidos, material e formal:

[...] Fala-se em Constituição no sentido substancial quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas examinadas. A Constituição será, assim, o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o poder público (direitos fundamentais). [...]²

² MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 55-56. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/cfi/1266!4/4@0.00:21.9>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Segue os autores com o conceito formal:

A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo. [...]³

Nesse sentido, verifica-se que a Constituição Federal trata-se da normatização basilar de todo o ordenamento jurídico, sendo a fonte que todas as demais normas devem seguir no modo de elaboração dos textos legislativos, obedecendo assim a Supremacia Constitucional. Outrossim, a Constituição Federal, rege as formas de fiscalização e controle de todo o sistema jurídico, nessa acepção, passa-se a apresentar os meios fiscalizatórios das Constituições desde o Império.

A Constituição Imperial não dispunha de controle de constitucionalidade igual ao atual, a bem da verdade, apenas outorgava ao Poder Legislativo a incumbência de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” (art. 15, nº 8 e 9º).

Essa linha de legislação tem como influência as normas francesas, em que um poder não interfere nos atos de competência do outro, de modo a manter a harmonia e equilíbrio entre todos eles.

Deste modo, a Constituição Imperial “outorgava competência ao Poder Legislativo para a fiscalização de seus atos e aferição de sua compatibilidade com a Constituição, ou seja, a validade das leis era controlada pelo próprio órgão encarregado da elaboração normativa.”⁴ Assim, apenas o controle concentrado era existente.

De outro norte, a Constituição de 1891, influenciada pelo direito norte-americano, abandona o modelo anterior de controle restrito do Poder Legislativo em fiscalizar suas próprias leis e passa a competência para todos os órgãos do Poder Judiciário, inaugurando o controle judicial difuso, com peculiaridades próprias.

³ Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 57. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/cfi/12661/4/4@0.00:21.9>. Acesso em: 20 jan. 2021.

⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 744.

Igualmente, a Constituição de 1934 aprimorou o controle difuso e criou a “reserva de plenário”, em que somente por maioria absoluta dos membros do órgão judiciário é possível declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Contudo, a Constituição de 1937, apresentou um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade, mesmo preservando o controle difuso, rompeu basicamente com o princípio da separação dos Poderes.

Assim dispunha no art. 96, parágrafo único:

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.

Portanto, o Presidente da República passou a ter poderes de requerer novamente a apreciação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo ao Parlamento. Assim, a decisão judicial se tornava insubsistente se declarada legítima pelo Parlamento, voltando a vigência.

Na Constituição de 1946, revogou as disposições da Carta Magna de 1937, voltando a vigência anterior da CF de 1934, qual seja, o Judiciário passou novamente a deter com exclusividade o controle de constitucionalidade.

Ademais, conforme Mendes e Branco, a Constituição de 1946:

[...] preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para *suspender a execução* da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64), prevista, inicialmente, na Constituição de 1934.⁵

Posteriormente em 1965, através da Emenda Constitucional 16/1945, foi introduzido o controle abstrato de normas estaduais e federais. Cabendo ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), sendo competente para propositura o Procurador-Geral da República.

A Constituição Federal de 1967 e também a Emenda Constitucional de 1969, manteve as disposições anteriores quanto ao controle difuso e abstrato, mantendo o Poder

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1257. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/cfi/12661/4/4@0.00:21.9>. Acesso em: 21 jan. 2021.

Judiciário como órgão competente, ainda ampliou as atribuições do Procurador-Geral da República.

Deste modo, verificou-se que o Brasil inicialmente adotou o sistema Francês para controle de constitucionalidade, passando para o norte-americano, evoluindo para o sistema misto, com os modelos difuso, via incidental e concentrado, por ação direta.

Na atual Constituição vigente desde 1988, manteve-se as formas de controle difuso e concentrado, ampliando-se significativamente a forma de fiscalização principalmente no que diz respeito ao controle abstrato.

Preleciona Paulo e Alexandrino:

De pronto, constata-se a grande ampliação do número de legitimados para a instauração do controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103, I ao IX), via ação direta de inconstitucionalidade (ADI), quebrando o monopólio, até então existente, do Procurador-Geral da República. O Rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I ao IX) contempla algumas centenas de órgãos, pessoas e entidades. Abrange todos os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais de classe de âmbito nacional, os governadores dos Estados e do Distrito Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, entre outros.⁶

Além disso, outra figura introduzida, foi a inconstitucionalidade por omissão, na hipóteses de inércia do legislador, rebatida via mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Finalmente, conclui-se que a Constituição atual, foi a que mais se preocupou em ampliar as formas de controle de constitucionalidade, criando inclusive outros dispositivos, tais como a ação declaratória de constitucionalidade. Tais acréscimos, representam quebra de paradigma, tendo em vista, que o controle abstrato nem sempre foi prestigiado com grande relevância no ordenamento jurídico pátrio.

3 SISTEMAS E ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Cada ordenamento jurídico tem seu sistema de controle de constitucionalidade. Como se mencionou em outro momento, no Brasil inicialmente com a Constituição Imperial o

⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 747-748.

controle era exercido por órgão que não pertencia ao Poder Judiciário, no caso o próprio Legislativo fiscalizava, reformava e revogava as próprias leis.

Nesse sentido, a competência para manter o controle de constitucionalidade pode se dar de três maneiras, de acordo com as tradições de cada país. Sendo eles: controle judicial, controle político e controle misto.

Trata-se de controle judicial, aquele ordenamento que prevê a competência do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade da lei. “o sistema jurisdicional nasceu nos Estados Unidos da América, primeiro Estado a reconhecer a competência dos juízes e tribunais do Poder Judiciário para, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, declarar a inconstitucionalidade das leis.”⁷

De outro norte, tem-se o sistema político todas as vezes que a Constituição, delegar a competência fiscalizatória e declaratória de inconstitucionalidade a órgão não pertencente ao Poder Judiciário.

Segundo Luís Roberto Barroso:

A expressão controle político sugere o exercício da fiscalização de constitucionalidade por órgão que tenha essa natureza, normalmente ligado de modo direto ao Parlamento. Essa modalidade de controle costuma ser associada à experiência constitucional francesa. De fato, remonta ao período revolucionário o empenho em criar um órgão político de controle de constitucionalidade. Razões históricas e ideológicas levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e dos tribunais, com a consequente adoção de um modelo rígido de separação de Poderes. Daí a rejeição à fórmula do controle judicial.⁸

Para tanto, normalmente as Constituições que adotam esse sistema, possuem órgão especialmente criado para essa finalidade. O ordenamento jurídico francês como exemplo, adota o sistema político e compete ao Conselho Constitucional fiscalizar a constitucionalidade das leis.

Para Paulo e Alexandrino:

[...] No Brasil, o controle de constitucionalidade realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça, é exemplo de controle político. Também é controle político de constitucionalidade o veto do chefe do Poder Executivo a projeto

⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 738-739.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 64. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/cfi/64!/4/4@0.00:8.98>. Acesso em: 23 jan. 2021.

de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da propositura legislativa (veto jurídico).⁹

Já no sistema misto, a Constituição prevê a competência de fiscalização constitucional em parte a um determinado órgão político e em outra parte ao Poder Judiciário.

É o caso por exemplo da Suíça, em que as legislações municipais e estaduais se submetem ao controle judiciário e as leis de abrangência nacional, subordina-se a alçada de controle político.

Outrossim, quanto ao modelo de controle de constitucionalidade, via de regras, as Constituições se basearam em dois modelos: o controle difuso, baseado no sistema norte-americano e controle concentrado, criado na Áustria, na Constituição de 1920, por influência do jurista Hans Kelsen.

Preleciona Barroso:

Em sua formulação típica, o controle concentrado, exercido por cortes constitucionais, expressava convicções doutrinárias de Hans Kelsen, seu idealizador, e que eram diversas das que prevaleceram nos Estados Unidos. Além disso, duas outras razões fático-jurídicas induziram ao desenvolvimento de um modelo alternativo nos países continentais europeus: a) a inexistência de *stare decisis* em seus sistemas judiciais; b) a existência de magistratura de carreira para a composição dos tribunais.¹⁰

Assim, o controle concentrado (ou reservado) é aquele em que apenas um ou alguns órgãos jurisdicionais específicos, exerce o controle de constitucionalidade, podendo exercer apenas a tarefa de controle e jurisdição ou apenas de controle.

Nesse mesmo sentido, Gilmar Mendes:

O controle concentrado de constitucionalidade (austriaco ou europeu) defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade concentrado tem ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado.¹¹

⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 738-739.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 70. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/cfi/64!/4/4@0.00:8.98>. Acesso em: 23 jan. 2021.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1257. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/cfi/1266!/4/4@0.00:21.9>. Acesso em: 23 jan. 2021.

De outro norte, o controle difuso ou aberto, é aquele em que o Poder fiscalizatório das leis é de competência de todos os órgãos que compõem o Poder Judiciário, desde o juiz de primeiro grau até o ministro do Supremo.

O controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional. Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury v. Madison*, de 1803. A ruptura que a judicial review americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.¹²

No Brasil, o controle difuso existe desde a Constituição Republicana de 1891, permanecendo até então, passando por melhoria pontuais. Assim, todos os órgãos judiciários tem o dever de recusar a aplicação de lei, ato normativo ou administrativo que são incompatíveis com a Constituição Federal.

Além do mais, ambas as formas de controle, tem vias específicas para impugnação da lei inconstitucional perante o Poder Judiciário. São duas as modalidades: a via incidental (também chamada de via de defesa ou de exceção) e a via abstrata (chamada de principal ou de ação direta).

Para Barroso o controle difuso:

É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio. [...] O controle incidental é por vezes referido, também, como controle por via de exceção ou defesa, porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida.¹³

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1189. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/cfi/1266!/4/4@0.00:21.9>. Acesso em: 23 jan. 2021.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 72. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/cfi/64!/4/4@0.00:8.98>. Acesso em: 23 jan. 2021.

Portanto, o controle difuso incidental, poderá ser exercido em qualquer processo judicial, independentemente da sua natureza, perante qualquer juiz ou tribunal superior (respeitando as disposições do art. 97, da CF), sempre que o indivíduo acreditar que determinada lei é inconstitucional, prejudicando seu direito.

“Essa modalidade de controle tem fundamento na premissa de que todos os casos concretos devem ser decididos de acordo com a Constituição”.¹⁴

Em contrapartida, pela via principal de controle, o pedido do autor se refere especificamente a questão da inconstitucionalidade, não tratando-se de questão acessória, mas reveste a causa de pedir e o pedido principal a validade da lei em si.

Assim, por meio de ação própria, chamadas de Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica ou por omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pede-se perante o Supremo Tribunal Federal, que reconheça que determinada lei fere preceitos constitucionais.

Contudo, diferentemente do controle difuso incidental, esta modalidade de controle, baseado no sistema Europeu, tem legitimidade específica para propositura da ação, limitado a determinados órgãos e entidades, conforme art. 103 da CF/88.

Finalmente, quanto a legitimidade ativa no controle de constitucionalidade difuso incidental, abordar-se-á a seguir em tópico específico, tendo em vista, tratar-se do objeto principal desde estudo.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DIFUSA INCIDENTAL E O DIREITO DE CIDADANIA

Conforme mencionado, as leis são presumidamente constitucionais, levando em consideração, que o legislador tem a inteligência de manter e seguir os preceitos previstos na Constituição Federal. Entretanto, quando existe conflito entre a norma jurídica nova e a Constituição, violando o princípio da Supremacia Constitucional, tem-se a figura da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

¹⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 747-748.

Inconstitucional é, pois, a ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte, a Constituição. Se a lei ordinária, a lei complementar, o estatuto privado, o contrato, o ato administrativo etc. não se coformarem com a Constituição, não devem produzir efeitos. Ao contrário, devem ser fulminados, por inconstitucionais, com base no princípio da supremacia constitucional.¹⁵

Para a doutrina e jurisprudência não são passíveis de controle de constitucionalidade as normas originárias da Constituição, a questão já foi discutida no Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o controle de constitucionalidade sobre as normas originárias, é incompatível com a ideia de Constituição rígida.

Ainda sobre a necessidade de um sistema de Constituição rígida e controle de constitucionalidade, afirma Calil Simão:

O controle de constitucionalidade é necessário e obrigatório, sob pena de a Constituição apresentar-se somente com aparência de rígida ou fixa, mas na verdade, estarmos diante de uma Constituição flexível, pois a ausência deste controle torna, como já mencionado, o poder do legislador ordinário ilimitado. Esse poder ilimitado descaracteriza a rigidez constitucional, porque o legislador ordinário editará normas que apesar de conflitarem com a Constituição Federal, continuarão valendo, diante da inexistência de um sistema que as expurgue do ordenamento jurídico.¹⁶

Destarte, a inconstitucionalidade poderá se apresentar por intermédio de ação ou por omissão do Poder Público. Na inconstitucionalidade por ação, o Poder Público pratica algum ato, que vai contra a Constituição, como por exemplo a criação de alguma lei incompatível com as disposições dos direitos fundamentais.

Em contrapartida, a inconstitucionalidade por omissão se apresenta, quando o legislador, deixa de elaborar normas regulamentadoras que a Constituição prevê como obrigatórias. Nesse caso, a conduta omissiva, impede o exercício de algum direito que seria viabilizado através da edição da norma.

Outrossim, a inconstitucionalidade pode ser material ou formal, devido a forma como se apresenta. Sendo material, quando a matéria tratada na lei, viola os preceitos constitucionais. Mesmo seguindo os critérios legislativos de criação, a lei em si, não é compatível com a Constituição.

Nas lições de Barroso:

¹⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 727.

¹⁶ SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 110.

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional. [...] O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas.¹⁷

Por outro lado, acontece a inconstitucionalidade formal, quando durante o processo de elaboração da norma, não foi observado requisitos indispensáveis que deveriam ser seguidos, como por exemplo, a falta de competência do ente legislativo. A norma resultante do processo, pode até ser compatível com a Constituição, porém o trâmite legislativo de sua criação foi desobedecido, tornando a lei inconstitucional.

Ademais, a inconstitucionalidade poderá ser direta ou indireta, total ou parcial, originária ou superveniente, a depender de vários fatores. Entretanto, todas as disposições que vão contra a existência de uma Constituição rígida, que prevê mecanismos de fiscalização das leis, através do controle difuso ou concentrado serão inconstitucionais.

Nesse sentido, partindo das considerações explanadas até o presente momento, verificamos que o controle difuso, é tradição nas Constituições existentes no ordenamento jurídico pátrio. Originária dos Estados Unidos da América, através da interpretação da Constituição feita no caso *Marbury x Madison*. Na época a Corte Americana entendeu que nenhuma lei poderia ferir a Constituição, prevalecendo a Supremacia Constitucional.

Em suma, o controle difuso é exercido pelo cidadão, que submete a apreciação dos magistrados, órgãos colegiados, a análise da compatibilidade de lei ou ato normativo diante da Constituição, dentro de um caso concreto. O magistrado, no exercício do Poder Judiciário, zela pelo princípio da Supremacia Constitucional, assegurando a proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Menciona Bastos, sobre a importância do controle difuso:

[...] o sistema-tipo difuso é o que possui mecanismos mais eficazes para a proteção célere contra lesão ou ameaça de lesão aos Direitos Fundamentais. São os mecanismos

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 50-51. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/cfi/64!/4/4@0.00:8.98>. Acesso em: 24 jan. 2021.

ínsitos ao controle difuso que possibilitam ao Judiciário, no mais das vezes, atuar como o “pronto-socorro da cidadania.”¹⁸

Sempre que achar que lei ou ato normativo viole seus direitos e garantias individuais afrontando as normas constitucionais, o cidadão poderá no curso de sua demanda, requerer ao Poder Judiciário, através dos juízes, desembargadores ou ministros, que a questão seja apreciada e em havendo desacordo, seja afastada sua aplicação no caso concreto.

Ademais, todas as partes envolvidas no caso concreto, poderá requerer a inconstitucionalidade da lei, como bem define, Paulo e Alexandrino:

Têm legitimidade para iniciar o controle de constitucionalidade concreto: as partes do processo, os eventuais terceiros admitidos como intervenientes no processo e o representante do Ministério Público que oficie no feito, como fiscal da lei (*custos legis*). Ademais, o juiz ou tribunal, de ofício, independentemente de provocação poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, afastando sua aplicação no caso concreto, já que esses têm o poder-dever a defesa da Constituição.¹⁹

Destaca-se, que a questão da inconstitucionalidade poderá ser suscitada em qualquer espécie de processo, independente da sua natureza. Exigindo-se apenas os requisitos processuais de praxe.

Outrossim, se faz necessário a defesa de direitos subjetivos na propositura. “O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado.”²⁰ Para requer a inconstitucionalidade apenas da lei, outro mecanismo é previsto, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Discute-se na doutrina acerca da admissibilidade da ação civil pública, como instrumento para suscitar o controle de constitucionalidade. Porém, entendeu o STF que a ação civil pública poderá servir como mecanismo de fiscalização desde que a questão seja de maneira incidental e não como via principal.

¹⁸ BASTOS, Elíseo Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da constituição brasileira**: Análise e propostas para seu aprimoramento. São Paulo: Método, 2009. p.171.

¹⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 759-760.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 133. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/cfi/64!/4/4@0.00:8.98>. Acesso em: 25 jan. 2021.

Igualmente, prevalece na doutrina o entendimento de que as normas objeto do controle difuso incidental, poderá ser advinda de qualquer dos três poderes, bem como em face de Constituição já revogada, cuja a lei em apreciação foi editada.

A decisão proferida no controle de constitucionalidade difuso, tem efeito apenas para as partes, tendo em vista, que o objetivo é afastar sua aplicação no caso concreto. Ademais, não possui efeito vinculante, valendo apenas para aqueles que arguíram a questão da inconstitucionalidade.

Contudo, defende a doutrina, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deveria abranger terceiros que não fizeram parte da relação processual, quando submetidos ao Supremo Tribunal Federal através de recurso, para que haja maior celeridade, efetividade e redução das demandas processuais perante a Corte.

Todavia, tal circunstância tira do indivíduo a oportunidade de discutir matéria que fere seus direitos individuais, tornando o sistema antidemocrático e o acesso a Corte Suprema quase que impossível.

Nesse sentido, vê-se que o controle difuso, é de grande relevância dentro do sistema jurisdicional, tendo em vista ser a única via possível do cidadão discutir inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Finalmente, dentro do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça e a defesa dos direitos e garantias individuais é um dos fundamentos basilares da Lei Maior. Desse modo, em havendo restrição aos direitos e garantias fundamentais por parte do Poder Público, somente pela via judicial é possível ao particular corrigir e preservar seu direitos.

5 CONCLUSÃO

Conforme exposto, as Constituições sempre se basearam em modelos internacionais, para criação das normas de controle de constitucionalidade. O modelo americano foi o primeiro a ser utilizado no âmbito nacional, prevendo o controle difuso. Posteriormente, baseou-se no modelo austríaco, com o controle concentrado.

Outrossim, as disposições constitucionais atuais, é um grande exemplo da heterogenia, da mudança das civilizações e dos avanços em diversos setores. Os diferentes modos de pensar e agir e a necessidade de legislações mais efetivas, fizeram o que hoje, acredita-se ser o modelo ideal de ordenamento jurídico.

Com a separação dos poderes, desvinculando a concentração de decisões em um único órgão, propiciou-se que cada ente possua suas próprias atribuições, sem no entanto, depender da decisão do outro, trabalhando em harmonia para o bem comum.

Portanto, o judiciário incumbido de apreciar e decidir acerca do controle de constitucionalidade, presta seus serviços dentro dos ditames constitucionais, respeitando os direitos e garantia individuais e coletivos.

Para tanto, o legislador constitucional, definiu parâmetros e mecanismos, para que todos possam estar diante do poder judiciário em defesa de seus direitos. Toda lei que afronte a Constituição, não deverá existir no mundo jurídico, sendo esta incompatível com a rigidez das normas constitucionais.

Por fim, conclui-se, certo de que o exercício do controle de constitucionalidade difuso por via incidental é até os dias atuais, o único dispositivo hábil a afastar no caso concreto a aplicação de lei que fere os direitos individuais, sendo mantido para que todos os indivíduos possam exercer a fiscalização e a proteção da Constituição e seus direitos individuais.

6 REFERÊNCIAS

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017.

BASTOS, Elíseo Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da constituição brasileira: Análise e propostas para seu aprimoramento**. São Paulo: Método, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 70. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/cfi/64!/4/4@0.0 0:8.98>.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1257. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/cfi/1266!/4/4@0.00:21.9>.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Recebido em 20.09.2022

Aceito em 10.10.2022