

A (IM) POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI E ATO NORMATIVO VIA CONTROLE DIFUSO POR JUIZ OU ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL

A (IM) POSSIBILITY OF DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY OF LAW AND REGULATORY ACT VIA DIFFUSION CONTROL BY JUDGE OR FRATERNAL COURT OF COURT

Claudiomar David Martins¹
David Borges Isaac²

RESUMO

Com a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, referente ao controle de constitucionalidade de caráter misto – abstrato e difuso – observamos a grande importância de tal instituto para sociedades democráticas. Todavia, surge o questionamento da possibilidade de um juiz de primeiro grau ou um Órgão Fracionário de Tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O presente trabalho fazendo uma breve análise histórica do controle de constitucionalidade, e de algumas normas que regulamentam o instituto, teve como objetivo tentar responder este questionamento, concluindo-se pela impossibilidade de juiz de primeiro grau ou Órgão Fracionário do Tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Palavras-chave: declaração de inconstitucionalidade, controle difuso, órgão fracionário.

ABSTRACT

With the innovation brought by the Federal Constitution of 1988, regarding the control of constitutionality of mixed character - abstract and diffuse - we observe the great importance of such an institute for democratic societies. However, the question arises of the possibility of a first-degree judge or a Fractional Court Body declaring the unconstitutionality of a law or a normative act. The present work, making a brief historical analysis of the control of constitutionality, and of some norms that regulate the institute, had as an objective to answer this questioning, being concluded by the impossibility of first degree judge or Fractional Organ of the Court to declare the unconstitutionality of law or normative act.

Key words: declaration of unconstitutionality, diffuse control, fractional organ.

¹Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito “Lauro de Camargo” – UNAERP. Email: claudiomar.martins@hotmail.com

² Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, Professor de Direito Tributário e Direito Constitucional na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Email: david.isaac@brasilsalomao.com.br

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, consolidou-se no Ordenamento Jurídico pátrio o controle de constitucionalidade. Todavia, sabendo-se tratar de um instituto misto – Controle Difuso e Controle Abstrato – alguns questionamentos se emergem, no tocante a possibilidade de um Juiz ou Órgão Fracionário de Tribunal, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo via controle difuso.

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise acerca dos dispositivos normativos, pertinentes ao tema, para tentar, justificadamente, porém sem se esgotar o tema, responder a este questionamento. Para tanto, primeiramente se fará uma breve análise da gênese do controle de constitucionalidade, bem como sua implementação no Brasil; analisar-se-á as diferenças entre controle abstrato e controle difuso de constitucionalidade; e por fim, far-se-á uma análise do artigo 97 de Constituição Federal, bem como se fará referência aos artigos 22 e 23 da Lei Federal 9.868 de 1999, para que se possa chegar a uma possível conclusão.

2 BREVE HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Historicamente nos foi demonstrado que a gênese do controle de constitucionalidade se deu nos Estados Unidos em meados de 1803, no famoso caso conhecido como *Marbury vs Madison*, onde a Suprema Corte daquele país teve que intervir no caso em questão. De acordo com Dutra (2003),

“Embora a Constituição dos Estados Unidos da América não reconhecesse expressamente o controle de constitucionalidade de leis, os seus fundamentos já estavam implícitos naquele documento e vieram a aflorar em 1803, quando a Suprema Corte foi chamada a analisar um conflito entre os Federalistas, que deixavam o poder, e os Republicanos, que o alcançavam. Em decisão célebre, o Chief Justice MARSHALL, entendeu que, caso a lei editada pelo Poder Legislativo contrariasse a Constituição, essa lei não poderia ser considerada válida” (DUTRA, 2003).

Aqui, nos deparamos com o início da aplicação daquilo que viria a ser mais tarde, um instituto utilizado por várias nações, assim consideradas democráticas. Neste contexto, não poderíamos deixar de fazer alusão ao intelecto de Hans Kelsen, a quem é atribuído a construção doutrinária do controle abstrato de constitucionalidade, pois sempre defendeu a existência de um Tribunal Constitucional com a incumbência não de resolver os casos concretos, mas anular o texto da lei com efeito “erga omnis”.

2.1 Controle de Constitucionalidade no Brasil

Em 1891, já com grande influência dos Estados Unidos, é promulgada a Constituição Republicana, que não só adotou o sistema norte americano de governo como também o controle de constitucionalidade das leis - controle difuso (Dutra, 2003).

Historicamente, observamos a incidência de tal controle de constitucionalidade posteriormente na constituição de 1934, 1946, 1967/69 e 1988. Todavia, é válido ressaltar que o controle abstrato de constitucionalidade, foi introduzido no Brasil com a Emenda nº16 de 26 de novembro de 1965, que sofrera grande redução com a Constituição de 67/69 e que somente retornou ao Ordenamento pátrio com plena eficácia com a Constituição Federal de 1988, que consolidou o sistema misto de controle de constitucionalidade (Dutra, 2003).

A importância do controle de constitucionalidade está não só na proteção dos direitos fundamentais, como também na possibilidade de se fazer valer direitos e garantias constitucionalmente outorgados. De acordo com Barroso (2006),

“Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais.

Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a atenção dos juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição, e a ele se dedicará um tópico desta exposição” (BARROSO, 2006).

Percebe-se aqui a importância de tal instituto para toda sociedade que se diz democrática, especialmente para preservar direitos fundamentais das mesmas.

3 CONTROLE ABSTRATO X CONROLE DIFUSO

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade é realizado sempre que uma lei ou ato normativo, de âmbito federal ou estadual, estão em desacordo com a Constituição Federal. De acordo com Costa (2001),

“O controle concentrado se restringe às normas federais e estaduais em face da Constituição federal, exclusivo do Supremo Tribunal Federal” (COSTA, 2001).

Ou seja, cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, declarar a inconstitucionalidade de tais leis e atos normativos via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) ou declarar a constitucionalidade de tais normas via Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Neste ponto, ressalta-se que a Constituição Federal, em seu artigo 103, elenca quem são os legitimados à proporem tais ações perante o STF.

A principal característica do controle concentrado de constitucionalidade, é seu caráter vinculante, “erga omnes”, ou seja, a decisão tomada pelo STF sobre a inconstitucionalidade de uma norma, vincula o Poder Judiciário e o Poder Executivo, ficando excluídos portanto o próprio STF, que pode a qualquer tempo revisar sua decisão, como também o Poder Legislativo, que por meio de legislações as mais diversas não fica vinculada ao entendimento do tribunal excelso.

Já em relação ao controle difuso ou incidental de constitucionalidade, este pode se dar em qualquer instância, perante qualquer juiz ou tribunal, uma vez que tal controle visa resolver uma lide em caso concreto. Costa (2001) salienta que,

“O controle difuso é próprio e necessário de qualquer julgador; a constitucionalidade ou não de uma norma é objeto de exame pelos juízes de primeiro grau e por todos os tribunais” (COSTA, 2001).

Diferentemente do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, no controle difuso a decisão terá efeito somente para as partes que participam do processo, ou seja, tal decisão não possui efeito vinculante. Por não possuir caráter vinculante, por não expurgar a norma do sistema e por ser realizado em qualquer grau de jurisdição, surge o questionamento se seria possível a declaração de inconstitucionalidade via controle difuso de constitucionalidade.

4 DISCUSSÃO SOBRE O ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o controle de constitucionalidade passou por um processo de mudança, qual seja, toda lei ou ato normativo tido como inconstitucional deve ser submetido ao plenário do órgão julgador. Assim reza o artigo 97 da Constituição Federal, “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”, tal mandamento é denominado doutrinariamente de Cláusula de Reserva de Plenário. Aqui nos parece claro a ordem dada pela Constituição, ou seja, uma lei ou ato normativo só poderá ser declarado inconstitucional pelo plenário do tribunal.

Leite (2008) leciona que,

“Quando uma questão de inconstitucionalidade for suscitada perante um órgão fracionário de um Tribunal (Câmara ou Turma do Tribunal), no julgamento de um caso concreto, o relator, depois de ouvir o representante do Ministério Público (MP), deverá, independentemente do entendimento deste, submeter à questão aos demais magistrados que integram o referido órgão fracionário. Caso os magistrados, por maioria, entendam que a norma impugnada é constitucional, deverão prosseguir com o julgamento. Caso entendam, por maioria, que se trata de norma inconstitucional, deverão suspender o julgamento, lavrar acórdão nesse sentido, e encaminhar a questão ao

pleno do Tribunal – ou ao órgão especial, se houver” (LEITE, 2008).

Aqui subentende-se que um juiz ou um órgão fracionário de tribunal, não podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas sim, levar a questão ao plenário do tribunal ou órgão especial, para que este julgue e declare a inconstitucionalidade. Corroborando com tal entendimento, Mathias (2011) esclarece que,

“Por tratar-se de uma questão prejudicial, a ação em que se exerce o controle difuso de constitucionalidade não pode visar diretamente ao ato inconstitucional, limitando-se a referir à inconstitucionalidade do ato apenas como fundamento ou causa de pedir, e não como o próprio pedido” (MATHIAS, 2011).

Ou seja, o juiz em controle difuso, não julga nem declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas tão somente caso entenda tal norma inconstitucional, usará tal entendimento para fundamentar sua decisão no caso concreto. Irá afastar a aplicação de uma norma ao caso concreto por entendê-la inconstitucional, sem, no entanto, na cepção do termo, declara-lá como tal. Irá afastar a aplicação, tão somente.

Aqui nos parece claro que os verbos declarar e afastar são características marcantes que distinguem o controle concentrado do controle difuso. Pois de um lado se declara lei ou ato normativo inconstitucional via controle concentrado, de outro lado, se afasta a eficácia da norma considerada inconstitucional, no caso concreto, via controle difuso de constitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ARTIGOS 22, 23 DA LEI 9868 DE 1999

A Lei Federal 9.868 de 1999 vem disciplinar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e também a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Diz o artigo 22 da referida lei que “A decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei e ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros”. O dispositivo em questão trata do julgamento de ADIN ou ADC pelo

Plenário do Supremo Tribunal Federal, o que reforça a Cláusula de Reserva de Plenário do artigo 97 da Constituição Federal de 1988.

Tal dispositivo vem sanar as dúvidas sobre quem pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou seja, somente o Plenário do Tribunal.

Para reforçar tal entendimento, o artigo 23 em seu parágrafo único referenda a importância do quórum para que se julgue tais ações, onde na falta dos oito Ministros o julgamento deverá ser suspenso.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto neste trabalho, concluímos que um juiz ou um Órgão Fracionário do Tribunal, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mesmo com entendimento em sentido contrário, pois no caso do juiz de primeira instância, este apenas julgará o caso concreto fundamentando-se na inconstitucionalidade da norma na causa de pedir, ou seja, não irá declarar a norma inconstitucional.

Já os Órgãos Fracionários dos Tribunais, ao terem conhecimento da lide que versa sobre a possível inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, deverá encaminhá-la para julgamento perante o Órgão Especial, ou seja, cabendo a este declarar a inconstitucionalidade da norma.

Pelo controle difuso de constitucionalidade, alega-se a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo aplicado num caso concreto, ou seja, apenas se tem afastada a eficácia da norma para aquele caso em questão, pois tal decisão não possui efeito “erga omnis”, o que não obsta que posteriormente se possa ingressar com ADIN ou ADC perante o STF por um dos legitimados a tal propositura, aqueles elencados no artigo 103 da Constituição Federal. Todavia, em se tratando de julgamento de ADIN (controle abstrato), a norma declarada inconstitucional é expurgada do Sistema Normativo, prevalecendo assim o caráter dúplice de constitucionalidade, qual seja, uma vez proclamada a inconstitucionalidade da lei, improcedente será a ADC, onde o inverso também é verdadeiro.

Neste ponto, importante ressaltar que feliz foi o legislador infraconstitucional na elaboração do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, que em seu capítulo IV utilizou-se acertadamente o termo “arguição de inconstitucionalidade via controle difuso”, e não declaração de inconstitucionalidade, pois são palavras que não

possuem o mesmo significado. De um lado temos que, arguir significa alegar, ou seja, o juiz ao ter ciência de que se trata de uma lide que diz respeito à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo via controle difuso, se limitará em utilizar tal alegação como fundamento da causa de pedir se assim entender, afastando sua eficácia naquele caso concreto, enquanto o Órgão Fracionário do Tribunal, obrigatoriamente, submeterá a controvérsia para apreciação do Plenário. Por seu turno, declarar significa decretar, onde, uma vez tal controvérsia apresentada ao Plenário do Tribunal, e este atestando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo a decretará, expurgando-o do Sistema.

Diante de tais argumentos, convencidos estamos que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é realizada somente pelo Plenário dos Tribunais ao qual são responsáveis por tal julgamento. Concluímos na impossibilidade de um juiz ou Órgão Fracionário de Tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo via controle difuso, mas tão somente afastar sua eficácia no caso concreto em questão.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª Ed. Rio de Janeiro:Saraiva, 2006.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.
- BRASIL. Lei Federal nº 9.868 de 10 de novembro de 1999.
- COSTA, José Rubens. Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Jul./set. 2001.
- DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. A Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade de leis e seu Papel no Século XXI. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470_arquivo.pdf. Acesso em:20 de maio de 2018.
- FILHO, NagbiSlaibi. Breve História do Controle de Constitucionalidade. Banco do Conhecimento. Julho de 2008.
- GONÇALVES, Yáskara Luana; SCHULZE, Clenio Jair. O controle difuso de constitucionalidade no STF e o papel do Senado Federal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3680, 29 jul. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25028>. Acesso em: 20 de maio 2018.

HOUAIS. Dicionário de Língua Portuguesa. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

LEITE, F. C. A Cláusula de Reserva de Plenário segundo os Tribunais de Justiça. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal.

MATHIAS, Bruno Queiroz. Controle constitucional deve ser de forma difusa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-10/controle-constitucional-feito-forma-difusa-tribunais>.

Acesso em: 20 de maio de 2018.

MENDES, G. F. Controle de Constitucionalidade - uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99. Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Fortaleza, 20 de novembro de 2000.

MENDES, G. F; COELHO, I. M; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. Constituição da República Federativa do Brasil. 34.ed., São Paulo: Atlas, 2011

Submissão: 04.09.2018

Aprovação: 29.11.2018