



## Controle constitucional deve ser feito de forma difusa por tribunais

A jurisprudência dos tribunais federais tem caminhado no sentido de não julgar determinados litígios que envolvam a análise da constitucionalidade de dispositivos normativos, sob o fundamento do respeito ao princípio de reserva de plenário estampado no artigo 97 da Constituição Federal. Entretanto, será que referido dispositivo está sendo interpretado e aplicado de forma correta?

Primeiramente, importante se faz a análise acerca do controle de constitucionalidade existente no ordenamento jurídico pátrio e, em especial, sobre as suas espécies: (a) controle concentrado e (b) controle difuso.

No controle concentrado de constitucionalidade a análise feita pelo órgão competente se realiza de forma abstrata, sendo o STF o único órgão competente para essa função.

Não há, pois, um direito subjetivo tutelado, razão pela qual os atores da relação processual não atuam como litigantes. Aqui, a “impugnação da constitucionalidade do comportamento do poder público é feita independentemente de qualquer litígio concreto<sup>[1]</sup>”.

Trata-se de um processo objetivo. “No debate posto na ação direta de declaração de inconstitucionalidade não há caso concreto a ser solucionado<sup>[2]</sup>”. Aqui existe a figura do requerente, mas não do requerido. O proponente da ação não tutela um direito seu, mas atua com o fito de preservar a Constituição Federal.

Já o controle difuso de constitucionalidade, em contrapartida, é realizado por todo e qualquer juiz que, diante de um caso concreto, ou seja, em uma relação processual determinada, faz a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada norma

Diferentemente do que ocorre no controle concentrado, aqui há uma relação processual subjetiva. O controle de constitucionalidade, nesta hipótese, ocorre de forma incidental, como uma questão prévia ao julgamento de mérito, podendo ser realizado por qualquer juiz ou tribunal.

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<sup>[3]</sup>”.

No controle difuso existem as figuras do autor e réu, bem como também uma lide a ser resolvida pelo Estado-juiz. A controvérsia constitucional surge como uma questão prejudicial de mérito da pretensão deduzida em juízo. Neste palco não há declaração de inconstitucionalidade, mas tão-somente o *afastamento dos efeitos* de uma norma tida por inconstitucional para um determinado caso concreto (aqui a decisão judicial atua no plano da eficácia da norma).

É no controle concentrado que ocorre efetivamente a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma, visto que aqui tal declaração, diferentemente do que ocorre no controle difuso,

---

opera com efeito *erga omnes* e força vinculante.

Diante desse quadro, cabe agora a análise do artigo 97 da Constituição Federal, *verbis*:

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.

Ao se analisar o sobredito dispositivo, percebe-se que o constituinte não fez, ao menos de forma aparente, qualquer restrição quanto ao tipo de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) ao qual o artigo 97 se refere. Tal fato, por seu turno, poderia levar à falsa conclusão de que a reserva de plenário seria cabível para qualquer um dos citados modelos.

Acontece que, ao se proceder uma interpretação sistemática<sup>[4]</sup> do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo sistema jurídico nacional, logo se chega a conclusão de que essa não é a melhor interpretação a ser dada para a referida regra.

A análise do citado dispositivo leva a crer que quando o constituinte restringiu a declaração de inconstitucionalidade à reserva de plenário o fez apenas para o controle concentrado<sup>[5]</sup>.

Isso porque *declarar inconstitucionalidade*, nos termos em que prescrito no artigo 97 da *Magna Lex*, é atacar a sua validade, retirando a norma do sistema jurídico, o que se dá apenas no controle concentrado, cujas decisões são dotadas de efeito *erga omnes* e força vinculante.

Sob outra perspectiva da problemática aqui posta, insta mais uma vez sublinhar que no controle difuso não há declaração de inconstitucionalidade, mas apenas o afastamento de uma norma tida por inconstitucional para o caso em concreto. A solução é restrita para as partes litigantes e a solução judicial atinge o *plano da eficácia das normas e não a sua validade* (o que ocorre no controle concentrado).

Em síntese, o que se almeja demonstrar é que exercendo essa função (controle difuso de constitucionalidade), o tribunal não estará declarando a inconstitucionalidade de uma lei, uma vez que, *nesse caso específico*, aplica-se o princípio de reserva de plenário previsto no artigo 97 da Constituição Federal.

Na hipótese aqui narrada, o juízo, analisando a questão, apenas deixa de aplicá-la por sentir que é inconstitucional àquele caso específico que está julgando. Entretanto, essa norma continuará tendo *validade* e aplicabilidade com relação a terceiros. Não há, portanto, declaração de inconstitucionalidade nessa hipótese, a qual é típica do controle concentrado de constitucionalidade.

Tratando do tema, Alexandre de Moraes, em sua obra “Direito Constitucional”, 13ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003, na página 587, ensina: “Na via de exceção, a pronúncia do judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável sobre o julgamento do mérito”.

Fica demonstrado que *qualquer juiz ou tribunal* poderá, no julgamento de um litígio, analisar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, desde que a fazendo de maneira incidental e como condição necessária para solução da lide, não sendo, pois, esse o objetivo principal da ação.

Seria totalmente irracional e contrária à lógica jurídica a aplicação do artigo 97 da CF/88 de forma estrita, sem interpretá-lo sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio, permitindo-se assim, de forma absurda, ao juiz de primeiro grau exercer o controle de constitucionalidade difuso e proibindo tal prática aos magistrados de segundo grau. Seria o mesmo que dizer: *o juiz a quo tem mais jurisdição que o juiz ad quem!*

Feitas essas considerações, é clarividente, com a devida vênua, que deixar de julgar um litígio sob a alegação de que a questão é constitucional, os Egrégios Tribunais estarão agindo de forma contrária ao modelo de controle de constitucionalidade repressivo adotado pelo Brasil, mas especificamente em sua modalidade de controle difuso.

Exercendo o controle difuso de constitucionalidade, os Tribunais estarão aplicando o princípio da causalidade e agindo de acordo com a Carta Maior, uma vez que *não estarão declarando a inconstitucionalidade* de determinada lei em inobservância ao princípio da reserva de plenário consubstanciado no artigo 97 da CF/88, bem como estarão solucionando o conflito de forma *justa!*

[1] CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 435.

[2] TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15ª edição. São Paulo:Malheiros. 1999. p. 44.

[3] CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 447.

[4] Para Paulo de Barros Carvalho, professor titular da USP e da PUC/SP, em sua obra “Curso de Direito Tributário”, 21ª ed. São Paulo : Saraiva, 2009. pág. 108, *o intérprete da formulação literal é um prisioneiro do significado básico dos signos jurídicos e dificilmente alcançará a plenitude do comando legislado, exatamente porque se vê tolhido de buscar a significação contextual e não há texto sem contexto.*

Ao legislador não cumpre interpretar apenas pela significação de base das palavras, mas sim pela significação contextual. Tal forma de interpretação é tão absurda que o Prof. Paulo de Barros Carvalho, em seu “Curso de Direito Tributário”, professa que *o desprestígio da chamada interpretação literal, como critério isolado de exegese, é algo que dispensa meditações mais sérias, bastando argüir que, prevalecendo como método interpretativo do direito, seríamos forçados a admitir que os meramente alfabetizados, quem sabe com o auxílio de um dicionário de tecnologia jurídica, estariam credenciados a elaborar as substâncias das ordens legisladas, edificando as proporções do significado da lei.*



[5] Convém lembrar que os tribunais locais também fazem controle de constitucionalidade de forma concentrada sempre que uma determinada norma contraria o disposto em uma constituição estadual.