

O CONTROLE INCIDENTAL E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A TUTELA JURISDICIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE INCIDENTAL CONTROL AND DIFFUSION OF CONSTITUTIONALITY AND THE JURISDICIONAL GUARANTEE FOR THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Darlan Alves Moulin¹
Yasmin Juventino Alves Arbex²

RESUMO - O presente artigo aborda o controle incidental e difuso de constitucionalidade como instrumentos de concretização dos Direitos Fundamentais através da tutela jurisdicional. Questiona-se, como problemática, a atuação do Poder Judiciário para resguardar os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos contra as leis e atos normativos do Poder Público, as quais são editadas com o objetivo de dificultar a efetiva concretização de tais direitos, especialmente os de índole social. Por tais razões, é necessário que o Poder Judiciário, através de todos os seus membros e dentro da sua atividade jurisdicional, atue de forma eficaz para afastar todo e qualquer ato do Poder Público que vise dificultar a plena efetividade dos direitos fundamentais. Para tanto, utilizou-se dos métodos de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial de diversas decisões proferidas pelo Poder Judiciário em todo o Brasil.

Palavras Chave: Controle de constitucionalidade. Incidental e difuso. Tutela jurisdicional. Concretização. Direitos fundamentais.

ABSTRACT - This article deals with the incidental and diffuse control of constitutionality as instruments for the realization of Fundamental Rights through judicial protection. It is questioned, as problematic, the Judiciary's action to safeguard the fundamental rights constitutionally guaranteed against the laws and normative acts of the Public Power, which are edited with the objective of hindering the effective realization of such rights, especially those of a social nature. For such reasons, it is necessary for the Judiciary, through all its members and within its jurisdictional activity, to act effectively to remove any act of the Public Power that seeks to hinder the full effectiveness of fundamental rights. For that, the methods of bibliographic review and jurisprudential analysis of several decisions handed down by the Judiciary in all Brazil were used.

Keywords: Constitutionality control. Incidental and diffuse. Judicial protection. Implementation. Fundamental rights.

¹Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL/ Lorena-SP. Professor de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário na Universidade Estácio de Sá- UNESA/RJ. E-mail: darlan_moulin@hotmail.com - <http://lattes.cnpq.br/9695783352656464>.

² Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Barra Mansa. Pós-graduada em Direito Processual pela PUC-MG. Mestranda em Direito pelo UNISAL. E-mail: alves.yasmin_@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais através do controle incidental e difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Poder Público, os quais parecem atuar em o objetivo de dificultar ou impedir a efetiva concretização dos direitos constitucionalmente garantidos no Estado Social e Democrático de Direito.

Questiona-se, como problemática, se a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais através do controle de constitucionalidade estaria restrita somente a atuação do Supremo Tribunal Federal ou se todos os juízes e tribunais teriam legitimidade para exercer a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais nos casos concretos que lhes forem submetidos para análise e julgamento.

A abordagem do tema se mostra relevante em razão das diversas leis e atos normativos editados pelo Poder Público, os quais dificultam que as pessoas, principalmente os menos favorecidos economicamente, tenham efetivados os seus direitos constitucionalmente garantidos, razão pela qual é necessário entender que todos os juízes e tribunais têm jurisdição para tutelar os direitos fundamentais, concretizando-os em cada caso concreto. Essa tutela jurisdicional visa afastar a incidência das normas jurídicas eivadas de vício de inconstitucionalidade.

O presente estudo objetiva verificar se os direitos fundamentais têm sido tutelados pelo Poder Judiciário através do controle incidental e difuso de constitucionalidade pelos juízes e tribunais espalhados pelo Brasil ou se essa tarefa está restrita à atuação do Supremo Tribunal Federal quando exerce o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Para cumprir o objetivo proposto, utilizar-se-á o método teórico de investigação bibliográfica e análise jurisprudencial de diversos julgados proferidos pelos Tribunais espalhados pelo Brasil. Será utilizado, ainda, o método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma análise ampla do controle de constitucionalidade até atingir o controle incidental e difuso de constitucionalidade, que é o objeto desse estudo sobre a tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 Breves considerações sobre o controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é uma atividade, na qual é verificada a compatibilidade das leis e atos normativos ao texto constitucional. Desta forma, quando uma lei ou ato normativo estiver sendo submetido a um controle de constitucionalidade, caberá ao responsável por tal controle a decisão quanto à compatibilidade ou não da referida lei ou ato normativo com o que está disposto na Constituição.

Neste controle, será analisada a compatibilidade da lei ou ato normativo tanto em sentido material (conteúdo), quanto formal (procedimento legislativo para a elaboração da lei ou ato normativo). Caso a referida lei ou ato normativo seja compatível com o que está prescrito na Constituição ele será constitucional. No entanto, se for incompatível, tal lei ou ato normativo será considerado inconstitucional.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes leciona que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”. (2008, p. 701). Assim, somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais.

Corroborando esse entendimento, Guilherme Peña de Moraes afirma que o controle de constitucionalidade pode ser conceituado como o

[...] juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor a sanção de invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade material e/ou formal com a constituição. (Moraes, G. *apud* Neves, 2008, p. 133).

Cumprindo esclarecer ainda que o controle de constitucionalidade somente será possível no ordenamento jurídico no qual haja supremacia e rigidez constitucional. A supremacia pode ser classificada como o requisito no qual a constituição esteja em um nível hierarquicamente superior as demais leis, e a rigidez pode ser entendida como sendo o requisito de que essa constituição não pode ser facilmente alterada, ou seja, o processo de alteração das normas constitucionais necessita ser mais complexo do que o processo de alteração das demais leis.

Luis Roberto Barroso (2012, p. 23-24) ao lecionar sobre o assunto sustentou que o controle de constitucionalidade somente será possível quando forem observados os requisitos da supremacia e rigidez constitucionais. Nesse sentido, sustenta o autor que

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência de um 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. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

A *rigidez constitucional* é igualmente pressuposto de 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 e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. (Grifos do autor).

Portanto, o controle de constitucionalidade é o instrumento por meio do qual pode ser analisada a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição de determinado estado soberano, excluindo-se do ordenamento jurídico aquelas normas que estejam em desconformidade com a constituição que foi o parâmetro para a referida análise da constitucionalidade das leis.

2.2. Sistemas Clássicos de Controle de Constitucionalidade

Em breve análise, pode-se verificar que o controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos da América (EUA) no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, no qual a Suprema Corte Americana, ao exercer o controle de constitucionalidade, deixou de aplicar leis que, no entendimento daquela Corte, eram consideradas incompatíveis com a Constituição Americana, razão pela qual eram inconstitucionais.

Sobre este caso, Barroso (2012, p. 32) afirmou que

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.

Portanto, verifica-se que o controle de constitucionalidade iniciou-se nos Estados Unidos por meio do citado precedente, o qual possibilitou a todos os Estados Soberanos, cujos ordenamentos jurídicos sejam fundados na supremacia e rigidez constitucionais, a possibilidade de realizar a compatibilidade de suas respectivas normas com as suas Constituições e não aplicá-las se houvesse alguma incompatibilidade.

Após essa análise do primeiro precedente de declaração de controle de constitucionalidade é necessário que se verifique as principais características dos modelos

adotados em alguns Estados soberanos para que, posteriormente, seja analisado o modelo de controle adotado no Brasil.

Na França, o controle de constitucionalidade das leis é restrito ao Parlamento. O Poder Judiciário francês não tem autorização da Constituição para declarar a inconstitucionalidade das leis francesas.

O Conselho Constitucional Francês, órgão diretamente ligado ao Parlamento da França, é o responsável para apreciar a constitucionalidade dos projetos de leis que tramitam no Parlamento, razão pela qual pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade na França é político e preventivo.

Nos Estados Unidos da América, o responsável pelo controle de constitucionalidade das normas é o Poder Judiciário, pois este possui maior credibilidade junto a população, tendo em vista a sua isenção política. Naquele Estado, qualquer órgão do Poder Judiciário está legitimado pela Constituição para realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Luís Guilherme Marinoni (2013, p. 791) afirma que “o controle judicial da constitucionalidade das leis surgiu nos Estados Unidos muito tempo antes de surgir na Europa continental, já no século XX.”

O controle de constitucionalidade norte-americano ocorre com o objetivo de se resolver uma demanda que é levada ao conhecimento e julgamento pelo Poder Judiciário, na atuação habitual da atividade jurisdicional.

Pode-se afirmar, portanto, que o controle de constitucionalidade norte-americano é incidental e concreto. É incidental porque a questão constitucional é mero incidente que o órgão julgador deverá decidir antes de dar uma solução à lide, uma vez que não é a questão principal do processo. É concreto porque o debate quanto a constitucionalidade da norma ocorre visando resolver a causa que lhe foi apresentada para julgamento; e não de forma abstrata.

Destaca Luís Guilherme Marinoni (2013, p. 813) que:

O surgimento do controle difuso da constitucionalidade das leis, nos Estados Unidos, enseja reflexão especial. A separação dos poderes, um dos fundamentos da Constituição americana, não impediu que o Judiciário assumisse o poder de controlar a produção normativa do Legislativo. Ao contrário do que sucedeu na França, tal princípio não foi utilizado para compelir o Judiciário a aplicar a letra da lei, tal como se fosse a *bouche de la loi*.

Em 1803, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, o juiz John Marshall por entender que determinada lei era incompatível com a Constituição deixou de aplicá-la no referido caso. Na concepção do magistrado, a Constituição como uma norma jurídica

revestida de supremacia em face das demais leis, permitiria ao magistrado deixar de aplicá-las sempre que estas normas infraconstitucionais fossem incompatíveis com a Constituição, ainda que não houvesse autorização expressa para tal declaração. De acordo com o referido magistrado, a autorização implícita estaria no próprio conceito de constituição que a revelava como norma jurídica suprema.

Esse controle de constitucionalidade não estava limitado a um único órgão do Poder Judiciário. Desta forma, verifica-se que todo juiz ou tribunal, julgando um processo que lhe é apresentado para decisão, teria competência para afastar a incidência de uma lei inconstitucional, resolvendo, desta forma, o caso concreto e fazendo com que as normas da Constituição prevalecessem no caso julgado.

Assim, surgiu nos Estados Unidos o sistema de controle judicial difuso de constitucionalidade das leis, o qual permite a todo juiz ou tribunal analisar a compatibilidade das leis com a Constituição. Tal competência não estaria concentrada em um único órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas sim difundida a todos os diversos órgãos jurisdicionais espalhados pelo país.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos na Áustria é realizado pelo Tribunal Constitucional, que é órgão de cúpula do Poder Judiciário, a qual cabe, exclusivamente, a realização de tal tarefa. Desta forma, verifica-se que os demais órgãos jurisdicionais não possuem competência constitucional para tal declaração, pois são proibidos de desempenhar tal função, tendo em vista o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a qual somente é relativizada quando o Tribunal Constitucional realiza a defesa da constituição, razão pela qual é chamado de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público.

Neste sentido, Marinoni (2013, p. 816) leciona que

A proibição de qualquer interferência do juiz no Poder Legislativo constituiu o fundamento para impedir, por tanto tempo, o controle da constitucionalidade das leis nos países europeus. Não é por acaso, assim, que a idealização do controle concentrado da constitucionalidade, ocorrido na Áustria de 1920, tenha deferido este poder a uma Corte instituída especialmente para este fim, a qual se tornou conhecida como Corte Constitucional.

Na Áustria, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal constitucional é principal e abstrato, ou seja, tal análise da compatibilidade das leis é a única questão de discussão dentro do processo que é objetivo e essa análise dessa lei não se dará dentro de uma situação concreta, mas sim de forma abstrata.

Na Itália e na Alemanha, o controle de constitucionalidade é uma mistura do sistema americano e austríaco, ou seja, esse controle só pode ser realizado pelos Tribunais Constitucionais respectivos.

Entretanto, tal controle é oriundo de um incidente que ocorre dentro de processos comuns, nos quais a discussão sobre a aplicação da lei ou ato normativo é para a solução de um caso concreto específico. Assim, o controle de constitucionalidade na Itália e Alemanha é concentrado, mas incidental.

No Brasil, o controle de constitucionalidade se baseou no modelo norte-americano, mas influenciado pelo modelo austríaco. Assim, o controle judicial de constitucionalidade divide-se em difuso ou concreto e concentrado ou abstrato.

Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bullos (2011, p. 195) leciona que

Controle jurisdicional concentrado - exercido pelo Supremo Tribunal Federal, fiscaliza a inconstitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, na via de ação. Trata-se de um controle abstrato, instaurado por provocação dos agentes, órgãos e entidades previstos no art. 103 da Lei Maior. Também pode ser acionado o controle abstrato de leis ou atos normativos estaduais ou municipais perante os Tribunais de Justiça dos Estados, em face das constituições estaduais (CF, art. 125, §2º).

Controle jurisdicional difuso - realizado por juízes e tribunais, nos processos de sua competência (CF, art. 97). O Supremo Tribunal Federal também o pratica em sede de recurso extraordinário (art. 102, III, a, b e c) e de recurso ordinário ou quando aprecia a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que se tenham fundado em decisões recorridas (art. 102, II). O Superior Tribunal de Justiça exercita o controle incidental via recurso especial (art. 105, III, a, b, c).

Além disso, pode-se verificar que o sistema brasileiro admite o controle preventivo e repressivo de constitucionalidade. O controle preventivo é aquele exercido de forma política no momento da elaboração das leis; já o controle repressivo é aquele exercido pelos órgãos jurisdicionais quando a lei ou ato normativo já está em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

3 O CONTROLE DIFUSO E INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O controle difuso, incidental e concreto de constitucionalidade é aquele que é realizado por qualquer órgão jurisdicional, dentro de um processo judicial qualquer, com o objetivo de, ao final, solucionar, de forma correta, uma determinada lide submetida à análise do Poder Judiciário. Nesse controle de constitucionalidade há a formação de um processo, no

qual as partes litigam sobre determinado objeto, razão pela qual é chamado de processo subjetivo.

Esse controle de constitucionalidade é chamado de **difuso** porque permite a qualquer órgão jurisdicional, independentemente de sua hierarquia, a competência para analisar a compatibilidade das leis e atos normativos em face da Constituição Federal. Diz-se **concreto** porque é suscitado em um caso concreto, ou seja, uma situação específica que está sob a apreciação do Poder Judiciário. É **Incidental** por se tratar de um incidente no processo principal, ou seja, surge como um incidente em relação à causa principal que foi posta à apreciação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, Ivo Dantas (2010, p. 177) esclarece que:

Na hipótese de controle incidental ou difuso, poderá ele ser exercido em qualquer tipo de ação, ou seja, de natureza cível, penal, trabalhista, tributária, etc., em processos de conhecimento, cautelar ou de execução, sendo de destacar que, ocorrendo a arguição, esta é feita em relação processual onde a lide a resolver-se tem por objeto matéria estranha ao controle, entrando a arguição apenas como incidente, e por isto mesmo, podendo ser arguida em qualquer grau ou juízo.

Assim, verifica-se que esse controle de constitucionalidade é realizado dentro do caso concreto por qualquer órgão do Poder Judiciário, de qualquer instância. Neste tipo de controle, a questão constitucional não é o objeto a ser solucionado, mas esta surge apenas como um incidente que deve ser solucionado antes de se adentrar o mérito a ser resolvido.

Quando este controle de constitucionalidade ocorre no âmbito dos Tribunais, é importante esclarecer que os órgãos fracionários destes não possuem competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, razão pela qual deverá ser observada a cisão funcional de competências e a cláusula de reserva de plenário, conforme será esclarecido a seguir.

4 A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO E A CISÃO FUNCIONAL DE COMPETÊNCIAS

A cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da CRFB/88, dispõe que o julgamento da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público, quando for realizada por tribunal, só será cabível por voto da maioria absoluta dos seus membros ou membros do seu órgão especial, conforme disposto no artigo 93, XI, CRFB/88.

Cumprido esclarecer que esta cláusula não obsta que os juízes singulares, em controle difuso, declarem a inconstitucionalidade das leis e atos normativos em controle difuso de

constitucionalidade, bem como tal cláusula não se aplica as turmas recursais dos juizados especiais, uma vez que estas não são tribunais.

Além disso, cumpre esclarecer, ainda, que a norma contida na referida cláusula só é exigida na declaração de inconstitucionalidade e, devido ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis, não se aplica quando se tratar de declaração de constitucionalidade das leis pelos órgãos fracionários.

No controle de constitucionalidade difuso, concreto, pela via incidental, a manifestação do plenário do Tribunal ou seu órgão especial irá ser restrito à análise da inconstitucionalidade da lei em tese, sendo que o julgamento da lide no caso concreto ficara na responsabilidade do órgão fracionário que estará vinculado ao pronunciamento realizado pelo pleno ou órgão especial daquele Tribunal.

Neste caso, ocorrerá a cisão funcional de competências entre o tribunal pleno ou órgão especial que tem competência para decidir a questão da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo por decisão irrecorrível, e o órgão fracionário que será o responsável pelo julgamento do feito em conformidade com a decisão proferida pelo pleno ou órgão especial.

Sobre esta cisão funcional de competências, Barroso (2012, p. 124) afirma que

No controle incidental realizado perante o tribunal, opera-se a cisão funcional de competência, pela qual o pleno (ou órgão especial) decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, fundado na premissa estabelecida no julgamento da questão prejudicial.

Outro ponto de suma importância a ser analisado é a questão referente ao afastamento da norma sem declaração expressa da inconstitucionalidade, o que acarretou na edição da Súmula Vinculante nº 10, cujo teor segue transcrito

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 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.

Cumpre esclarecer que, tradicionalmente, no controle difuso de constitucionalidade, os órgãos fracionários acabavam por afastar a incidência da lei ou ato normativo no caso concreto, sem que fosse realizada, expressamente, a declaração de inconstitucionalidade da norma. Nessa situação, os órgãos fracionários afirmavam que apenas tinham utilizado a técnica de afastar a norma que, em tese, era inconstitucional.

No entanto, essa atitude acaba por gerar os mesmos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade; violando, desta forma, a cláusula da reserva de plenário, o que não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se evitar a insegurança jurídica.

Sobre esse tema, Barroso (2012, p. 120) argumenta que

Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicar e independentemente de argüição expressa. (...) Tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta.

Logo, não é permitido aos órgãos fracionários dos tribunais declararem a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, nem afastar a sua incidência, no todo ou em parte, no caso concreto, uma vez que tal prática é equiparada a declaração de inconstitucionalidade. Desta forma, entende-se que, obrigatoriamente, a matéria deverá ser submetida ao pleno ou órgão especial, através do incidente de argüição de inconstitucionalidade.

Sobre este incidente, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) dispõe em seu artigo 948 que ao ser argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no âmbito dos Tribunais, em controle difuso, deverá o relator remeter a argüição de inconstitucionalidade à Turma ou Câmara responsável pelo julgamento, após ouvir o Ministério Público e às partes.

O artigo 949 do Novo CPC dispõe que a referida argüição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada pela Turma ou Câmara, hipótese na qual o julgamento do feito prosseguirá. Entretanto, se a argüição for acolhida pela Turma ou Câmara, ocorrerá a cisão funcional de competências com a formação do incidente de argüição de inconstitucionalidade que será remetido ao pleno ou órgão especial para o julgamento da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, respeitando-se a reserva do plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal. Nesse sentido,

De fato, argüida a inconstitucionalidade – por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo juiz de 1º grau, pelo relator ou por seus pares -, o relator submeterá a questão à turma, câmara, grupo de câmaras, seção ou qualquer órgão do tribunal ao qual incumba proceder ao julgamento do caso. Se a argüição for rejeitada, o processo prosseguirá regularmente, com a aplicação da norma questionada, cuja eficácia não terá sido afetada.

Se, todavia, o órgão fracionário acolher a argüição de inconstitucionalidade – isto é, se considerar que a norma indigitada é inconstitucional -, lavrará acórdão nesse sentido e encaminhará a questão para ser submetida ao tribunal pleno ou órgão especial, ficando o processo suspenso no órgão fracionário. O tribunal, então, deliberará a respeito, observando o *quorum* de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade (CF, art. 97). (BARROSO, 2012, p. 124).

Com a decisão do pleno ou órgão especial, os autos serão devolvidos ao órgão fracionário para o julgamento do mérito do recurso, o qual deverá decidir conforme o pronunciamento do plenário ou órgão especial em sede de argüição de inconstitucionalidade. Sobre este assunto, Barroso (2012, p. 124) leciona que

Declarada ou não a inconstitucionalidade, o julgamento será retomado no órgão fracionário, tendo como premissa lógica a decisão proferida pelo Tribunal: se a norma tiver sido declarada inconstitucional, não será aplicada. Na hipótese contrária, incidirá regularmente sobre o caso concreto.

Desta forma, com o pronunciamento do pleno ou órgão especial, o julgamento do mérito do feito será realizado de acordo com a decisão final realizada na argüição de inconstitucionalidade perante o plenário do Tribunal.

Cumprido esclarecer que o parágrafo único do artigo 949 do NCPC traz uma exceção quanto à reserva do plenário. Este dispositivo afirma que quando já houver pronunciamento sobre o tema do próprio Tribunal ou do plenário do Supremo Tribunal Federal, o órgão fracionário deverá julgar o feito baseando-se no entendimento já firmado pelos órgãos citados.

Quanto a esta exceção à reserva do plenário, Barroso (2012, p. 122) leciona que

Assim, nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, a menos que essa inconstitucionalidade já tenha sido anteriormente reconhecida pelo plenário ou pelo órgão especial do próprio tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle incidental ou principal.

Portanto, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos realizados no âmbito dos Tribunais em controle difuso-concreto, pela via incidental deverá respeitar a cláusula de reserva de plenário, uma vez que somente o Tribunal Pleno ou seu Órgão Especial possui competência para fazer tal declaração. Após este pronunciamento, os autos retornarão ao órgão fracionário para decisão do mérito de acordo com o que ficou decidido na argüição de inconstitucionalidade submetida ao plenário para decisão.

5 A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO CONTROLE INCIDENTAL E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS DO PODER PÚBLICO

O controle incidental e difuso de constitucionalidade é um grande instrumento para a concretização dos Direitos Fundamentais através da atuação do Poder Judiciário, uma vez que através desse controle o Poder Judiciário poderá afastar a incidência de normas que ofendam os Direitos Fundamentais nos casos concretos que lhes são apresentados para discussão, efetivando, desta forma, os direitos constitucionalmente garantidos.

Desta forma, serão verificados a seguir alguns exemplos da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais através do controle incidental de constitucionalidade, o qual é um

valioso instrumento que possibilita o Poder Judiciário a concretizar os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região foi o único, até a presente data, que garantiu a concretização do direito fundamental à educação através da declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo legal que estabelecia um limite de dedução para as despesas educacionais da base de cálculo do imposto de renda pessoa física. O Tribunal entendeu, no julgamento da **Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0005067-86.2002.4.03.6100/SP** em 28/03/2012 cujo relator foi o Desembargador Federal Dr. Mairan Maia, que o limite de deduções estabelecido pelo artigo 8º, II, "B", da Lei nº 9.250/95 acabava por violar o conceito constitucional de renda e o princípio da capacidade contributiva.³

No julgamento desta Arguição de Inconstitucionalidade, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região garantiu, aos casos concretos que lhes forem submetidos para apreciação, a concretização do Direito Social Fundamental à Educação. Nesse sentido, segue ementa do referido julgado que é uma verdadeira aula sobre a tutela jurisdicional para a concretização dos direitos sociais fundamentais:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. LIMITES À DEDUÇÃO DAS DESPESAS COM INSTRUÇÃO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 8º, II, "B", DA LEI Nº 9.250/95. EDUCAÇÃO. DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL. DEVER JURÍDICO DO ESTADO DE PROMOVÊ-LA E PRESTÁ-LA. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. NÃO TRIBUTAÇÃO DAS VERBAS DESPENDIDAS COM EDUCAÇÃO. MEDIDA CONCRETIZADORA DE DIRETRIZ PRIMORDIAL DELINEADA PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE GASTOS COM EDUCAÇÃO VULNERA O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

1. Arguição de inconstitucionalidade suscitada pela e. Sexta Turma desta Corte em sede de apelação em mandado de segurança impetrado com a finalidade de garantir o direito à dedução integral dos gastos com educação na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física de 2002, ano-base 2001.

2. Possibilidade de submissão da quaestio juris a este colegiado, ante a inexistência de pronunciamento do Plenário do STF, tampouco do Pleno ou do Órgão Especial desta Corte, acerca da questão.

3. O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma afastando sua aplicabilidade não configura por parte do Poder Judiciário atuação como legislador positivo. Necessidade de o Judiciário - no exercício de sua típica função, qual seja, averiguar a conformidade do dispositivo impugnado com a ordem constitucional vigente - manifestar-se sobre a compatibilidade da norma impugnada com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Compete também ao poder Judiciário verificar os limites de atuação do Poder Legislativo no tocante ao exercício de competências tributárias impositivas.

³ Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº **0005067-86.2002.4.03.6100/SP**, julgada em 28/03/2012 pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal Dr. Mairan Maia.

4. A CF confere especial destaque a esse direito social fundamental, prescrevendo o dever jurídico do Estado de prestá-la e alçando-a à categoria de direito público subjetivo.

5. A educação constitui elemento imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao exercício da cidadania e à livre determinação do indivíduo, estando em estreita relação com os primados basilares da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Atua como verdadeiro pressuposto para a concreção de outros direitos fundamentais.

6. A imposição de limites ao abatimento das quantias gastas pelos contribuintes com educação resulta na incidência de tributos sobre despesas de natureza essencial à sobrevivência do indivíduo, a teor do art. 7º, IV, da CF, e obstaculiza o exercício desse direito.

7. Na medida em que o Estado não arca com seu dever de disponibilizar ensino público gratuito a toda população, mediante a implementação de condições materiais e de prestações positivas que assegurem a efetiva fruição desse direito, deve, ao menos, fomentar e facilitar o acesso à educação, abstendo-se de agredir, por meio da tributação, a esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos na parte empenhada para efetivar e concretizar o direito fundamental à educação.

8. A incidência do imposto de renda sobre despesas com educação vulnera o conceito constitucional de renda, bem como o princípio da capacidade contributiva, expressamente previsto no texto constitucional.

9. A desoneração tributária das verbas despendidas com instrução configura medida concretizadora de objetivo primordial traçado pela Carta Cidadã, a qual erigiu a educação como um dos valores fundamentais e basilares da República Federativa do Brasil.

10. Arguição julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)" contida no art. 8º, II, "b", da Lei nº 9.250/95.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar procedente a arguição de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade da expressão "até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)" contida no art. 8º, II, "b", da Lei nº 9.250/95, devendo os autos retornarem à Turma para o prosseguimento do julgamento da apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Além desse julgado, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região garantiu a concretização dos direitos fundamentais, através de sua tutela jurisdicional, em outros feitos que foram levados ao seu julgamento. Nesse sentido, pode-se verificar a atuação do referido Tribunal para a garantia dos direitos fundamentais através da declaração incidental de inconstitucionalidade de leis que visavam impedir ou dificultar a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos.

O referido Tribunal Federal, no julgamento da **Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 005632-73.2004.4.03.6102/SP** em 29/05/2013, cuja relatora foi a Desembargadora Federal Dra. Cecília Marcondes, entendeu que o artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 era inconstitucional no que tange às entidades de assistência social, tendo em vista a imunidade tributária prevista no artigo 195, § 7º da Constituição Federal.⁴

Além disso, o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento da **Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0005455-18.2000.4.03.6113/SP** em 29/06/2011, cuja relatora foi a Desembargadora Federal Dra. Ramza Tartuce, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário contido no artigo 183, da Lei 9472/97, tendo em vista que a expressão "*de R\$10.000,00*", contida no referido dispositivo legal que prevê a pena pecuniária em valor fixo, viola o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal. Por tais razões, o referido dispositivo legal foi declarado inconstitucional por aquele Tribunal, tendo em vista a grave ofensa a direito fundamental.⁵

Seguindo o entendimento de resguardar os direitos constitucionalmente garantidos, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento da **Arguição de Inconstitucionalidade nº 2004.43.00.000151-0/TO (0000151-60.2004.4.01.4300)** em 30/06/2016, sob a relatoria da Desembargadora Federal Dra. Maria do Carmo Cardoso, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003, o qual condicionava a liberação do veículo apreendido ao pagamento da multa imposta, uma vez que esta condição ofendia o direito de propriedade e os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, previstos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal.⁶

O Órgão Especial do referido Tribunal, ao realizar o julgamento da **Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 2008.36.00.002875-1/MT (28756120084013600)** em 31/07/2014, sob a relatoria do Desembargador Federal Dr. Novély Vilanova da Silva Reis, também declarou a inconstitucionalidade material e formal da expressão “fixar” contida no artigo 2º da Lei 11.000/2004, tendo em vista a ofensa ao princípio da legalidade tributária que

⁴ Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº **005632-73.2004.4.03.6102/SP**, julgada em 29/05/2013 pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sob a relatoria da Desembargadora Federal Dra. Cecília Marcondes.

⁵ Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº **0005455-18.2000.4.03.6113/SP**, julgada em 29/06/2011 pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sob a relatoria da Desembargadora Federal Dra. Ramza Tartuce,

⁶ Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº **2004.43.00.000151-0/TO (0000151-60.2004.4.01.4300)**, julgada em 30/06/2016 pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob a relatoria da Desembargadora Federal Dra. Maria do Carmo Cardoso.

é um verdadeiro direito fundamental do cidadão contribuinte, previsto no artigo 150, I, da Constituição Federal, uma vez que somente os entes da federação, no caso a União Federal, teria competência tributária para instituir ou majorar tributos, os quais somente deveriam ser realizados por meio de lei em sentido formal.⁷

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento da **Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 2000.33.00.031138-8/BA (0031135-59.2000.4.01.3300)** em 17/05/2012 sob a relatoria do Desembargador Federal Dr. José Amilcar Machado, declarou a inconstitucionalidade do artigo 200, da Lei Municipal nº 4.279/90 (Código Tributário do Município de Salvador / BA).

O Órgão Especial do referido Tribunal entendeu que o dispositivo legal em questão padecia de vício de inconstitucionalidade, tendo em vista que não preenchia os requisitos autorizadores do fato gerador da taxa, uma vez que o artigo declarado inconstitucional objetivava remunerar serviço público universal, o qual deve ser remunerado pela receita dos impostos. O referido dispositivo legal violou os direitos e garantias fundamentais do cidadão contribuinte, os quais encontram-se previstos na Constituição Federal, razão pela qual foi declarado inconstitucional pelo Órgão Especial do TRF 1ª Região.⁸

É importante consignar que o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da **Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000323-73.2009.4.02.5116/RJ** em 04/12/2014, sob a relatoria do Desembargador Federal Dr. Guilherme Couto de Castro, declarou a inconstitucionalidade da lei municipal que concedia isenção de pedágio aos veículos emplacados na localidade, tendo em vista flagrante violação em matéria de competência da União Federal e ao pacto federativo (separação dos poderes).⁹

Desta forma, pode-se verificar a importância do Poder Judiciário na tutela dos direitos fundamentais através do controle incidental e difuso de constitucionalidade, uma vez que o Poder Judiciário poderá afastar a incidência da norma, nos casos concretos que lhes forem submetidos, visando à concretização dos direitos fundamentais.

⁷ Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº **2008.36.00.002875-1/MT (28756120084013600)** julgada em 31/07/2014 pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal Dr. Novély Vilanova da Silva Reis.

⁸ Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº **2000.33.00.031138-8/BA (0031135-59.2000.4.01.3300)** julgada em 17/05/2012 pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal Dr. José Amilcar Machado.

⁹ Arguição de Inconstitucionalidade nº **0000323-73.2009.4.02.5116/RJ**, julgada em 04/12/2014 pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal Dr. Guilherme Couto de Castro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente estudo, pode-se verificar a importância da tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais através do controle incidental e difuso de constitucionalidade, uma vez que muitas vezes o Poder Público edita leis e atos normativos que acabam por impedir ou dificultar a efetiva concretização dos direitos fundamentais, razão pela qual é imperiosa a necessidade das pessoas recorrerem ao Poder Judiciário buscando a tutela jurisdicional dos seus direitos constitucionalmente garantidos.

Neste artigo, foi analisada a questão do controle de constitucionalidade no Brasil, fazendo um breve estudo sobre os sistemas clássicos de controle, bem como sobre o tipo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, quais sejam, o controle concentrado e abstrato, no qual a norma eivada de vício de inconstitucionalidade é atacada através de uma ação própria para esse fim, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a última palavra quanto a constitucionalidade da referida lei, tendo a decisão proferida, via de regra, efeitos *erga omnes* e *ex tunc*; e o controle incidental e difuso de constitucionalidade, que foi objeto do presente estudo.

Nesta modalidade de controle de constitucionalidade, difusa e incidental, qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, dentro de um processo que lhes sejam submetidos para análise e decisão. A arguição de inconstitucionalidade será uma questão incidental a ser decidida antes de se adentrar ao mérito da questão. Todo juiz singular tem competência para declarar, de forma incidental, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

É importante esclarecer que os órgãos fracionários dos tribunais não têm competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, tendo em vista a determinação da Cláusula de Reserva de Plenário, a qual determina que somente o Tribunal Pleno ou o seu Órgão Especial pode declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público.

Desta forma, quando dentro de um processo for suscitada uma arguição de inconstitucionalidade, o órgão fracionário do tribunal, caso entenda pela inconstitucionalidade, deverá remeter ao Pleno ou Órgão Especial o incidente de arguição de inconstitucionalidade, oportunidade na qual haverá a cisão funcional de competências, pois a declaração de inconstitucionalidade ficará a cargo do Pleno ou Órgão Especial do Tribunal e a questão de mérito será resolvida pelo órgão fracionário que estará vinculado a decisão da Corte Especial.

Por fim, foram verificados alguns exemplos de tutela jurisdicional para a concretização dos direitos fundamentais através do controle incidental e difuso de constitucionalidade. Nestes julgados, a Corte Especial de alguns dos Tribunais Regionais Federais do Brasil declararam a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público a fim de tutelar à concretização dos direitos fundamentais nos casos concretos que lhes foram apresentados para decisão.

Desta forma, pode-se verificar a importância do controle incidental e difuso de constitucionalidade para a tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais, pois através dele o Poder Judiciário pode resguardar dos direitos constitucionalmente garantidos contra as lesões e ameaças de lesões oriundas do Poder Público; protegendo, desta forma, os Direitos Fundamentais e o Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Arguição de Inconstitucionalidade nº 2004.43.00.000151-0/TO (0000151-60.2004.4.01.4300)**. Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, DJ de 30/06/2016.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 2008.36.00.002875-1/MT (28756120084013600)**. Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova da Silva Reis, DJ de 31/07/2014.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 2000.33.00.031138-8/BA (0031135-59.2000.4.01.3300)**. Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado, DJ de 17/05/2012.

_____. Tribunal Regional Federal (2ª Região). **Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000323-73.2009.4.02.5116/RJ**. Relator: Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro, DJ de 04/12/2014.

_____. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 00506786.2002.4.03.6100/SP**. Relator: Desembargador Federal Mairan Maia, DJ de 28/03/2012.

_____. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 005632-73.2004.4.03.6102/SP**. Relatora: Desembargadora Federal Cecília Marcondes, DJ de 29/05/2013.

_____. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0005455-18.2000.4.03.6113/SP**. Relatora: Desembargadora Federal Ramza Tartuce, DJ de 29/06/2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.