

## O controle constitucional *ex officio*

Fábio Torres de Sousa\*

*Sumário: 1 Introdução. 2 Supremacia da Constituição. 3 Controle da constitucionalidade. 3.1 O controle difuso da constitucionalidade. 3.2 O controle da constitucionalidade ex officio. 4 Conclusão. 5 Referências.*

### Resumo

O controle da constitucionalidade é ponto fundamental do sistema jurídico do Estado Constitucional. Na ótica do sistema de controle da constitucionalidade adotado no Brasil, a atuação do magistrado merece destaque para conter a aplicação e utilização de normas inconstitucionais pelo Estado, quando confrontado pela questão, em processo judicial, independente da provocação da parte. Assim, o controle difuso *ex officio* ganha importância, ainda mais diante da visão de que lei inconstitucional é norma nula, que não pode ser aplicada e ter validade. Independe, pois, o magistrado, de provocação da parte para excluir aplicação da norma inconstitucional. Não pode o magistrado deixar de atuar de ofício, para impedir e coibir a aplicação de norma, de base legal inconstitucional, sob pena de pactuar com a ilegalidade expressa. Os tribunais brasileiros vêm indicando a via do controle difuso *ex officio* como forma hábil para afastar a norma, conquanto ainda exista opinião divergente dos desconhecedores do Direito Constitucional. O presente trabalho cuida de lançar o tema ao debate e indicar a possibilidade e a via de controle difuso *ex officio*.

**Palavras-chave:** controle, constitucionalidade, controle difuso, *ex officio*

### Lista de abreviaturas

- |                                  |   |
|----------------------------------|---|
| - AI: Agravo de Instrumento      | - RE: Recurso Extraordinário                |
| - AgReg: Agravo Regimental       | - STF: Supremo Tribunal Federal             |
| - CF: Constituição Federal       | - STJ: Superior Tribunal de Justiça         |
| - CPC: Código de Processo Civil  | - TJMG: Tribunal de Justiça de Minas Gerais |
| - EUA: Estados Unidos da América | - TRF: Tribunal Regional Federal            |

### 1 Introdução

O debate acerca do controle da constitucionalidade de ato normativo tem impulsionado os estudos do Direito nos últimos dois séculos. Desde a consolidação do Estado Constitucional, no final do séc. XVIII, o Direito passou a ser considerado a partir do texto da Carta Magna, agindo esta como parâmetro e controle sobre as demais normas.

O fundamento do controle constitucional é a supremacia da Constituição e sua importância no Estado de Direito. Por isso, o destaque que José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 954) dá à Constituição, ao defini-la como “*a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico*”.

Primeiro, na forma de controle difuso, de origem americana, e, depois, com o controle concentrado, no exemplo europeu de Cortes Constitucionais, verificou-se o desenvolvimento de vários trabalhos jurídicos, visando aprimorar e consolidar o Estado Constitucional, demonstrando sempre a importância do tema do controle da constitucionalidade.

Como ponderou o Min. Gilmar Mendes (internet, 2009), “*o controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno*”.

O presente trabalho não visa, todavia, buscar um estudo-debate que envolva as vantagens ou não do controle da constitucionalidade. Não será um aprofundar nas formas de controle. O que se almeja é explicitar a importância da Constituição, pelo que a idéia da inércia do magistrado que só age por provocação da parte não pode existir, quando patente a existência de lei inconstitucional sustentando um litígio processual.

O que se perseguirá, nas próximas linhas, será a demonstração da imperiosa necessidade de uma amplitude da aplicação do controle difuso da constitucionalidade, não somente quando arguido o vício por uma das partes, mas de forma *ex officio*, pelo magistrado, nos casos de inconstitucionalidade flagrante e de reiterada declaração pelos tribunais.

\*Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais, Mestre em Direito pela UFMG, Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL, Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga/MG.

O Poder Judiciário não pode quedar inerte, na visão do puritanismo processual de agir somente quando provocado pela parte, quando se depara com textos legais de ampla e reconhecida inconstitucionalidade

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos impõe uma visão do Direito focada na análise prévia da constitucionalidade dos atos do Poder Público e de seus textos legais.

Dessa forma, todas as situações jurídicas devem se conformar com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais exige um agir mais firme, visto que permitir a aplicação de normas inconstitucionais é conduta que viola todo o Estado Constitucional de Direito.

Como aplicar o Direito diante da nulidade da norma que o sustenta? E não se olvida que norma inconstitucional é norma nula? Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 35) aborda a questão, discorrendo que

o ato inconstitucional - ensina tradicionalmente a doutrina, tanto estrangeira (v.g. Marshall) quanto nacional (v.g., Rui) - é nulo e irritado. Desta forma ele não obriga, não sendo de se aplicar. Ou, se aplicado, nula é essa aplicação.

Assim, verificada a nulidade da norma ou ato diante do texto constitucional, não pode o aplicador deixar de reconhecer a inconstitucionalidade, afastando a ilegalidade, no caso concreto, entre as partes do litígio.

O que se pondera é a obrigatoriedade e permissão para a ação de ofício do magistrado, em qualquer esfera do Poder Judiciário, para reconhecer a inconstitucionalidade e afastar, de forma difusa, a legislação que viola a Constituição.

Para tanto, além de uma abordagem doutrinária, será efetuada uma demonstração do entendimento jurisprudencial acerca do tema, ainda mais que a questão encontra algumas posições divergentes, embora minoritárias e incultas.

## 2 Supremacia da Constituição

Quando se discorre acerca da supremacia da Constituição, não se pode deixar de tecer breves considerações sobre o Estado Constitucional<sup>1</sup>, que cuida de um sistema normativo fundado no texto constitucional e decorrente das idéias constitucionalistas.

O Estado Constitucional é fruto da evolução natural das idéias democráticas surgidas na Europa e América do Norte, consolidando os direitos dos homens e cidadãos, a forma e função do Estado, em um texto que servisse de pilar de toda a ordem jurídica, social e política de um Estado.

Discorre Jorge Miranda (1990, p. 82) que

as correntes filosóficas do Contratualismo, do Individualismo e do Iluminismo - de que são expoentes doutrinários: Locke (*Segundo tratado sobre o governo*), Montesquieu (*Espírito das leis*), Rousseau (*Contrato social*), Kant (*Paz perpétua*) - e importantíssimos movimentos econômicos, sociais e políticos conduzem ao Estado Constitucional, Representativo ou de Direito.

A consolidação do Estado Constitucional determinou que a Constituição ganhasse uma importância ímpar no mundo jurídico, estabelecendo-a como a norma mais importante do ordenamento jurídico do Estado, colocada no vértice do sistema jurídico do País. A Constituição submete todos os poderes estatais, atos públicos e normas jurídicas, os quais são legítimos na medida em que ela os reconheça.

<sup>1</sup> Dalmo de Abreu Dallari assevera que "o Estado Constitucional, no sentido de Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, é uma criação moderna, tendo surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob influência dos mesmos princípios. Os constitucionalistas, que estudam em profundidade o problema da origem das constituições, apontam manifestações esparsas, semelhantes, sob certos aspectos, às que se verificam no Estado Constitucional moderno, em alguns povos da Antiguidade. Assim é que LOEWENSTEIN sustenta que os hebreus foram os primeiros a praticar o constitucionalismo, enquanto que ANDRÉ HAURIOU é absolutamente categórico ao afirmar que "o berço do Direito Constitucional se encontra no Mediterrâneo oriental e, mais precisamente, na Grécia", havendo ainda quem dê primazia ao Egito. Entretanto, o próprio HAURIOU fala no "caráter ocidental do Direito Constitucional", explicando, como todos os que admitem o constitucionalismo na Antiguidade, que, com a queda de Roma, houve um hiato constitucional, que só iria terminar com o Estado moderno. Em conclusão, pois, o constitucionalismo, assim como a moderna democracia, tem suas raízes no desmoronamento do sistema político medieval, passando por uma fase de evolução que iria culminar no século XVIII, quando surgem os documentos legislativos a que se deu o nome de Constituição." (DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.)

Ponderando acerca dessa supremacia, anotou Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 47):

Com efeito, as normas componentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo a ela se encontrem subordinadas. Estar juridicamente subordinada implica que uma determinada norma prevalece sobre a inferior em qualquer caso em que com ela conflite. A norma superior demanda obediência da subordinada, de tal sorte que esta lhe deverá dar sempre inteiro cumprimento sob pena de vir a ser viciada. Vê-se, assim, pois, que a um regime especial para a sua produção corresponde, de outro lado, uma posição hierárquica superior das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais. Portanto, é na Constituição formal que pode ficar evidenciada a superioridade das normas constitucionais sobre as ordinárias. Nos países que adotam Constituições formais, caracterizadas, como visto, por um processo de elaboração mais dificultoso que o previsto para as leis ordinárias, assim como por um regime jurídico constitucional, dá-se em razão deste próprio regime jurídico uma ascendência, uma superioridade, uma maior importância em favor das regras por ele beneficiadas, de tal maneira que elas passam a conformar, a moldar, a jungir a seus férreos princípios toda a atividade jurídica submetida ao seu sistema. Qualquer ato jurídico de natureza infraconstitucional padecerá do supremo vício de ilegalidade, o qual, no caso, em razão de ser praticado contra a Lei Maior, denomina-se inconstitucionalidade. A supremacia das normas constitucionais é assegurada através de processos próprios, que vêm negar aplicação, negar executoriedade aos atos praticados contra seus comandos e até mesmo suprimir em definitivo uma lei inconstitucional.

Assim, no Estado contemporâneo, o texto constitucional ocupa a posição de delimitador do horizonte de possibilidades para elaboração de todo o ordenamento jurídico, assumindo o papel de condição de validade de todos os atos administrativos e legislativos. Como bem assinala José Afonso da Silva (2005, p. 45):

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Igual posicionamento adota Cristianne Rozicki (internet, 2003):

A Constituição consiste na lei superior que rege a vida e existência de um Estado e cuja força valorativa subordina necessariamente toda legislação ordinária, ou melhor, toda legislação infraconstitucional, às suas disposições. Quer dizer, as normas inferiores terão subsistência e eficácia apenas se não contrariarem as previsões da Lei Maior (entre os atos normativos infraconstitucionais, encontram-se as leis, os atos administrativos, as sentenças, os contratos particulares, etc.). Daí que a supremacia da Constituição pressuponha indubitavelmente a subordinação de todas as leis que lhe são posteriores, e também de todas que lhe são hierarquicamente inferiores (todas as obras legislativas passadas, atuais e futuras), ao teor de seus preceitos.

Essa preponderância jurídica teve destaque na decisão da Suprema Corte dos EUA, onde o Juiz Marshall, no caso *Marbury x Madison*<sup>2</sup>, no ano de 1803, assim se pronunciou:

<sup>2</sup> (BARROS, Sérgio Resende de. Noções sobre controle de constitucionalidade. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: nº 54, dez. 2000.) "A bem da verdade, se este foi o primeiro caso em que a Suprema Corte reviu um ato legislativo, não foi o primeiro em que juizes exercitaram tal poder de rever, pois o revelaram no *Hayburn's Case* em 1792. Nem foi a primeira vez em que a própria Suprema Corte o exercitou. Já em 1796, no caso *Hylton versus United States*, ela sustentara a constitucionalidade de um ato legislativo de tal forma, que não deixou dúvida de que o teria declarado inconstitucional, se disso estivesse convencida."

Ou a Constituição é a lei superior, intocável por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível que os atos legislativos ordinários, e, como outros atos, é alterável quando à legislatura aprovar alterá-los. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última é verdadeira, então as constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder por sua própria natureza ilimitável.

A idéia de supremacia da Constituição revela, pois, que o texto constitucional possui *status* mais elevado no ordenamento jurídico, ocupando posição hierárquica superior a todas as outras normas do sistema (BARROSO, 2004, p. 1).

Sobre a supremacia, discorre Gilmar Mendes *et alii* (2008, p. 202/3):

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto de um poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.

Destaco que a supremacia da Constituição é paradigma inerente ao Estado Constitucional, possuindo respaldo em qualquer Estado Moderno. É o que se depreende da lição de Isdre Molas (2007, p.214):

La Constitución es la primera de las normas jurídicas y, em cuanto tal, es la norma suprema del ordenamiento, de la que se deriva la validez de todas las demás. Como expresión del poder constituyente, es una norma jerárquicamente superior a todas las restantes, a ella deben sujetarse los poderes constituídos para ejercer las postestades que les han sido asignadas. Todo el ordenamiento jurídico queda sometido a la Constitución y se organiza a partir del principio de constitucionalidad.

José Afonso da Silva (2005, p. 45), tratando da noção de supremacia, anota que a Constituição contém a estrutura e organização do Estado e as normas fundamentais, o que indica sua superioridade em relação a todas as normas.

A Constituição deve, pois, ser respeitada e acatada por todos os componentes do Estado (notadamente o seu povo e os seus governantes), diante da força normativa que dela decorre. Confira-se a lição de Konrad Hesse (1991, p. 15):

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. [...] A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

E Hesse (1991, p. 19) continua:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Idêntico pensamento comunga Paulo Bonavides (2006, p. 296), acrescentando que a supremacia deriva da rigidez da Carta, ao demandar forma especial de alteração (revisão):

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede, pois, a

supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de Direito vigentes num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos. A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da 'super-legalidade constitucional', que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.

A fim de assegurar essa supremacia legal, urge uma rigidez constitucional, que se traduz na exigência de processo mais qualificado para a modificação das normas constitucionais. Para que a Constituição possa figurar como paradigma de validade, é necessário que o processo de formação ou modificação de normas constitucionais seja diverso e mais complexo do que o utilizado na elaboração de normas infraconstitucionais<sup>3</sup>.

De fato, o aspecto da rigidez constitucional garante supremacia formal à Constituição, caso contrário a superveniência de lei ordinária contrária a um mandamento constitucional acarretaria, não em inconstitucionalidade, mas sim em revogação da norma constitucional.

Por fim, não menos importante é destacar que a existência do controle de constitucionalidade, além de intimamente ligada aos princípios de supremacia da Constituição e de rigidez constitucional, exerce a notável função de defesa e concretização dos direitos fundamentais, exercendo sua força de supressão sobre qualquer ato normativo que possa frustrar a máxima aplicabilidade àqueles direitos resguardados, de forma expressa ou implícita, pela Constituição Federal.

Feita essa breve e necessária ponderação sobre a supremacia da Constituição, passo à análise do sistema de controle adotado no Brasil.

### 3 Controle da constitucionalidade

Diante da supremacia da Constituição, desenvolveu-se o entendimento de que as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Carta Maior e seus princípios.

É o que pondera Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 20):

A Constituição rígida é a lei suprema. É ela a base da ordem jurídica e a fonte de sua validade. Por isso, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor.

Nesse sentido, há que se imaginar uma espécie de controle de adequação das demais normas com a Constituição, garantindo-se, dessa forma, a unidade e harmonia do sistema jurídico.

O controle de constitucionalidade nasce com essa finalidade, podendo ser conceituado como o juízo de adequação da norma infraconstitucional à norma constitucional, atuando esta última como parâmetro de validade da primeira (NEVES, 1988, p. 74).

Em síntese, é a verificação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de qualquer ato normativo com a Constituição. O controle de constitucionalidade assume, portanto, papel de mecanismo guardião da Constituição, orientando-se por dois pressupostos, quais sejam: a supremacia e a rigidez constitucional.

Não se pode ignorar que a Carta de 1988 consignou duas formas de controle constitucional, o difuso, a ser exercido em qualquer caso concreto e por qualquer juiz ou tribunal, e o concentrado, para cujo conhecimento o único competente é o colendo Supremo Tribunal Federal, e que somente pode ser instaurado pelos legitimados enumerados (*numerus clausus*).

Sobre o tema, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 38):

O controle judiciário pode ser difuso ou concentrado. Há controle difuso quando a qualquer juiz é dado apreciar a alegação de inconstitucionalidade. É o que se dá nos Estados Unidos. Este sistema se coaduna com a idéia, difundida por Marshall, de que o juiz resolve a questão de constitucionalidade como se se tratasse de um mero caso de conflito de leis, ou seja, de determinação de qual a lei aplicável a um caso concreto. [...] É concentrado o controle toda vez que a competência para julgar a questão de constitucionalidade é reservada a um único órgão. [...]

<sup>3</sup> (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 2.) Em igual sentido ponderou José Afonso da Silva: "A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, 'é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político'". (SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 45.)

Esta concentração num só órgão da apreciação dos problemas de constitucionalidade tem a inegável vantagem de dar uma só e última palavra sobre a validade do ato, o que não ocorre quando a sua invalidade é declarada por órgão sujeito ao controle, por via de recurso, por parte do tribunal mais alto. [...]

Durante muito tempo só se admitiu que a questão de constitucionalidade de uma lei viesse a ser examinada por um juiz como exceção, isto é, como alegação de defesa. Exatamente isso ocorreu nos Estados Unidos, como se infere do caso *Marbury versus Madison*.

Ou seja: exigida a satisfação de obrigação imposta por lei suspeita de inconstitucionalidade, o devedor dessa obrigação, ao se defender em Juízo, alega a inexistência da obrigação, por não ser válida a lei que a fundamenta. Tal exceção é apreciada como preliminar, ou incidente de ação, pelo juiz que, após resolvê-la, julga o pedido (aplicando a lei, se a entender constitucional, ou aplicando a Constituição, se considerar inconstitucional a lei). Essa modalidade de controle é chamada de incidental, pois, embora o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei decorra da decisão judicial, esta não tem por objeto senão a existência ou não de uma obrigação.

O Brasil adota, pois, o sistema duplo de controle da constitucionalidade: concentrado e difuso.

### 3.1 O controle difuso da constitucionalidade

No presente trabalho, interessa, especificamente, o controle difuso, sendo que acerca dessa forma anota Alexandre de Moraes (2006, p. 645):

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal. [...]

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 ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

E mais, discorre o constitucionalista paulista (2006, p. 647):

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação.

Igual lição fornece José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 964), dissertando acerca do controle de constitucionalidade difuso:

A competência para fiscalizar a constitucionalidade da lei é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial.

Assim, patente é que o controle difuso (ou concreto) pressupõe a existência de um processo judicial. Nesse caso, a questão da constitucionalidade é incidental e não questão primordial, mas não pode deixar de ser analisada, pois é claro que um direito ponderado pelas partes se sustenta em uma lei ou ato normativo em conflito com a Constituição.

Nessa hipótese, em virtude do controle de constitucionalidade difuso, qualquer juiz é obrigado a confrontar as normas jurídicas aplicáveis no caso concreto, sob sua jurisdição, com o texto constitucional.

Assim, reconhecendo-se incidentalmente a inconstitucionalidade da norma aplicada no caso concreto, será invalidado o ato, produzindo-se efeitos apenas entre as partes litigantes.

Esse funcionamento do sistema de controle difuso é claro quando se verifica a aplicação da doutrina na seara processual e jurisprudencial. Aliás, os Tribunais Superiores são uníssonos a respeito da existência e do funcionamento do sistema:

Agravo regimental em recurso extraordinário. IPTU. Alíquota progressiva. Declaração de inconstitucionalidade com eficácia prospectiva [*ex nunc*] em sede de controle difuso. Não configuração dos requisitos previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

1. A possibilidade de atribuírem-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal se manifesta expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de *quorum* qualificado previsto em lei específica.

2. Em diversas oportunidades, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 29/00, o tribunal, inclusive em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade de textos normativos editados por diversos Municípios em que se previa a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas. Em nenhuma delas, entretanto, reconheceu-se a existência das razões de segurança jurídica, boa-fé e excepcional interesse social, ora invocadas pelo agravante, para atribuir eficácia prospectiva àquelas decisões. Pelo contrário, a jurisprudência da Corte é firme em reconhecer a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgReg no Recurso Extraordinário nº 392.139/RJ, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Eros Grau, j. em 26.04.2005, *DJU* de 13.05.2005);

Constitucional. Administrativo. Viúva de servidor. CF/69. Recebimento de pensão integral. Lei autorizadora. Revogação. Controle difuso de constitucionalidade.

1. Parágrafo 2º do art. 117 da Lei nº 6.745/85 do Estado de Santa Catarina, instituído por emenda parlamentar, que permitia o pagamento de pensão integral a dependentes de servidor falecido por causa de doença grave. Aumento de despesa. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Precedentes: RE 134.278 e RP 890.

2. Superada a controvérsia em torno da constitucionalidade da norma discutida, torna-se prejudicada a questão da existência de direito adquirido ao recebimento de pensão integral em face de lei posterior que a revogou.

3. Esta Suprema Corte entende que é inviável o controle concentrado de constitucionalidade de norma já revogada. Se tal norma, porém, gerou efeitos residuais concretos, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre as relações jurídicas dela decorrentes, por meio do controle difuso. Precedente: ADI 1.436.

4. Art. 40, § 7º, da CF/88. Inaplicabilidade. Discussão referente a proventos recebidos antes da promulgação da atual Constituição.

5. Agravo regimental improvido. (AgReg no Recurso Extraordinário nº 397.354/SC, 2ª Turma do STF, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, j. em 18.10.2005, *DJU* de 18.11.2005.)

Processual civil. Ação civil pública. Controle difuso de constitucionalidade. Eficácia *erga omnes*. Legitimidade do Ministério Público. Precedentes.

1. O STJ vem perfilhando o entendimento de que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública, nos casos em que a controvérsia constitucional consista no fundamento do pedido ou na questão prejudicial que leve à solução do bem jurídico perseguido na ação.

2. Tratando-se de controle difuso, portanto exercitável incidentalmente no caso concreto, apenas a esse estará afeto, não obrigando pessoas que não concorreram para o evento danoso apontado na ação coletiva; ou seja, a decisão acerca da in/constitucionalidade não contará com o efeito *erga omnes*, de forma que não se verifica a hipótese de ludíbrio do sistema de controle constitucional.

3. Recurso especial provido. (Recurso Especial nº 294022/DF (2000/0135875-8), 2ª Turma do STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 02.08.2005, unânime, *DJ* de 19.09.2005.)

Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional. Controle de constitucionalidade difuso. Administrativo. Aprovação em concurso público. Não homologação. Vedação legal. Inexistência de violação de direito adquirido e do princípio da isonomia.

1. O sistema jurídico pátrio de controle de constitucionalidade prevê o controle difuso pelos Tribunais, desde que respeitada a reserva de Plenário, podendo a lei ou o ato normativo ser afastado no caso concreto, independentemente de ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

2. Em sendo necessária consequência de proibição legal a recusa de homologação de concurso público em relação a determinados candidatos, não há falar em direito adquirido ou violação do princípio da isonomia.

3. Improvido o recurso de J.G.V., declarado extinto o processo, sem julgamento do mérito, em relação ao recorrente J.C.B.J. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 3.342/PE (1993/0021348-2), 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 16.03.2004, unânime, DJ de 10.05.2004.)

O posicionamento do TJMG não destoa:

Constitucional, administrativo e processual civil. Ação civil pública. Controle difuso de constitucionalidade. Possibilidade. Incidente de inconstitucionalidade. Serviço de moto-táxi. Usurpação de competência privativa da união. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Prejudicialidade da arguição de incidente. Inexistência de atos de improbidade. Ausência de lesão aos cofres públicos. Improcedência do pedido. Manutenção. Improvimento da irrisignação. Inteligência dos arts. 22, XI, 97 e 175, todos da Constituição da República, art. 481, parágrafo único, do CPC, art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 e Lei nº 8.429/1992.

- É admissível o controle difuso de constitucionalidade na Ação Civil Pública, na medida em que a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos municipais indigitados seja questão prejudicial, que deve ser avaliada, para que se possa atingir o provimento jurisdicional buscado naquela lide.

- Se a excelsa Suprema Corte de Justiça já se manifestou acerca da inconstitucionalidade de atos normativos que, usurpando a competência privativa da União, disponham a respeito de autorização de transporte de passageiros em veículos de aluguel, por meio de motocicletas, não deve o órgão fracionário submeter à Corte deste Sodalício a arguição incidental de inconstitucionalidade.

- A procedência de Ação Civil Pública por improbidade administrativa está condicionada à prova da existência do dano efetivamente configurado e à efetiva prática de atos ímprobos pelos Requeridos. (Apelação Cível nº 1.0035.02.000565-4/001 - Comarca de Araguari - Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira - Belo Horizonte, 11 de outubro de 2007.)

Processual civil. Apelação. Embargos do devedor. Decreto-lei nº 167/67. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Controle difuso de constitucionalidade. Cabimento. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- O ordenamento jurídico vigente admite duas formas de controle judiciário de constitucionalidade: o concentrado e o difuso.

- O Decreto-lei nº 167/67 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que está em conformidade com os princípios dela constantes. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Apelação Cível nº 1.0026.02.004208-6/001 - Comarca de Andradas - Relatora: Des.ª Márcia de Paoli Balbino - Belo Horizonte, 23 de novembro de 2006.)

Ação civil pública. Controle de constitucionalidade. *Incidenter tantum*. Cabimento. Concessão de serviço público. Transporte coletivo. Estatuto do idoso. Gratuidade nos serviços regulares.

- É possível o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, em relação a lei ou ato normativo, não se usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal quando a questão é tratada *incidenter tantum* e não alcança efeito *erga omnes*.

- Ao idoso, maior de 65 anos, é assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos regulares, não se mostrando abusiva a exceção estabelecida quanto aos serviços seletivos e especiais, sob pena de onerar excessivamente o particular concessionário e desvio da função social do contrato de concessão de serviços públicos. (Apelação Cível nº 1.0027.05.058981-4/002 - Comarca de Betim - Relator: Des. Fernando Caldeira Brant - Belo Horizonte, 20 de agosto de 2008.)

Vê-se, então que vários são os precedentes jurisprudenciais em que pode e deve o magistrado reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei aplicada ao caso concreto.

Não há dúvida quanto à aplicabilidade do controle difuso. A questão ainda encontra alguma divergência quando se debate sobre a legitimidade ativa para sua suscitação incidental.

### 3.2 O controle da constitucionalidade *ex officio*

Cumpra, então, verificar se a análise da questão incidental de inconstitucionalidade pode ser apreciada pelo juiz de forma *ex officio*.

O magistrado, ao apreciar o caso concreto lançado nos autos do processo, acaba por analisar todo o ordenamento jurídico, antes de aplicar a lei específica ao caso concreto. Assim fazendo, em exercício de interpretação, o juiz analisa todo o ordenamento jurídico e afasta aquelas normas que não são aplicáveis ao fato.

O controle da constitucionalidade não pode ser iniciado *ex officio* pelo Poder Judiciário, mas não há óbice para que o seja, reconhecida a inconstitucionalidade, de forma oficiosa pelo magistrado, quando do controle difuso. Canotilho (1993, p. 968) discorre sobre o tema, deixando claro que, em processo já ajuizado, o controle pode ocorrer e ser conhecido de ofício, mesmo sem sustentação das partes.

No exercício de aplicação legal, o magistrado não pode olvidar a análise da constitucionalidade da norma, diante do princípio da supremacia da Constituição, fazendo o controle difuso.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 199) esclarece que:

O controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Dessa forma, não pode o magistrado quedar inerte, diante da verificação da inconstitucionalidade da norma, pois a aplicação de norma inconstitucional implica aplicação de norma nula, o que não deve ser permitido, competindo ao juiz, mesmo sem provocação da parte, impedir o efeito nefasto da norma inconstitucional.

Por certo, o juiz deve agir não como a boca da lei (na visão de Montesquieu), mas como um aplicador do Direito fundado na Constituição, pelo que há de repelir os preceitos legais e normativos que não respeitam a Lei Maior.

Anotou Marcelo Colombelli Mezzomo (internet, 2008) que

No sistema jurídico brasileiro da atualidade, qualquer juiz de primeiro grau pode e deve analisar incidentalmente a questão da constitucionalidade de atos, sejam públicos ou privados.

Se o ato inconstitucional é nulo, tal nulidade pode e deve ser conhecida de ofício pelo magistrado. Tal controle, efetuado na fundamentação da decisão, pode ser levado a efeito em qualquer espécie de demanda.

Obviamente, a declaração da inconstitucionalidade opera somente entre as partes e não é a pretensão vertida, mas é apenas tomada como causa de pedir e razão de decidir. Logo, o julgador irá acolher ou rejeitar o pedido, porque há ou não uma inconstitucionalidade, mas não irá formalizar uma declaração de inconstitucionalidade, que não é o pedido. A compatibilidade com a Constituição é, por conseguinte, uma questão prejudicial.

Por isso, é importante destacar a possibilidade, dentro do controle difuso da constitucionalidade, de atuação de ofício pelo magistrado.

Em obra clássica sobre o tema, escreveu Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1967, p. 113):

A necessidade, porém, de existência de um caso ou controvérsia real não importa dizer que o juiz seja forçado a aguardar a alegação das partes para se manifestar sobre a eficácia da lei em face da Carta Constitucional. A afirmação de Carlos Maximiliano de que o Judiciário não pode agir *sponte sua*, mas está obrigado a esperar que os interessados reclamem contra o ato, precisa ser entendida em termos. Efetivamente, só uma demanda real dá ensejo ao pronunciamento dos juizes, mas, instaurado o processo, não está a justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei inconstitucional. Esta não existe como lei e, por consequência, o juiz se recusará a aplicá-la, ainda mesmo que os litigantes, na sua unanimidade, a considerem boa e válida. Os juizes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem, e devem, *ex officio*, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao caso. Cabe ao juiz aplicar a lei ao caso sujeito - explica Barbalho -, mas o ato contrário à Constituição não é lei, e a justiça não lhe deve dar eficácia e valor contra a Lei Suprema.

Seguindo a mesma linha, discorreu Gilmar Ferreira Mendes *et alii* (2008, p.1.068) que

*A questão de constitucionalidade deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida ex officio pelo juiz ou tribunal.*

Igual entendimento esposou Gregório Assagra de Almeida (internet, 2009):

Qualquer juiz ou tribunal possui competência para exercer o controle difuso ou incidental da constitucionalidade ao apreciar, incidentalmente, de ofício ou mediante provocação da parte ou do interessado, questão relacionada com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

No mesmo sentido, escreve Zeno Veloso (2000, p. 42):

Os magistrados singulares, no exercício da jurisdição constitucional, não só podem como devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, atuando, inclusive, *ex officio*, numa situação que se assemelha à nulidade do negócio jurídico, que deve ser pronunciada pelo juiz, independentemente de alegação do interessado (Código Civil, art. 146, parágrafo único). No controle difuso, mesmo que as partes ou o Ministério Público não suscitem a questão, até pelo princípio *jura novit curia*, deve o juiz observar o problema e, se encontrar lei ou ato normativo contrário à Constituição, que tenha relação com a causa, está na obrigação funcional de se manifestar, decretando a invalidade da lei ou do ato normativo, determinando sua não aplicação ao caso, objetivo da demanda.

O mesmo posicionamento possuem Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 42-3):

Podem dar início ao controle difuso, levantando uma controvérsia constitucional diante de um caso concreto:

- a) as partes do processo;
- b) o representante do Ministério Público atuante no processo;
- c) o juiz ou o tribunal, de ofício.

A declaração da inconstitucionalidade no caso concreto, portanto, não está dependente do requerimento das partes ou do representante do Ministério Público. Ainda que esses não suscitem o incidente de inconstitucionalidade, o magistrado poderá, de ofício, afastar a aplicação da lei ao processo, por entendê-la inconstitucional

Assim também ponderou Pontes de Miranda (1967, p. 392):

Seriam de bom êxito as seguintes regras constitucionais: Os tribunais e juízes tem de conhecer da inconstitucionalidade das leis, a pedido dos interessados ou de ofício [...]

Há, pois, ampla sustentação doutrinária para a aplicação do controle difuso *ex officio*, e outra não poderia ser a posição dos mais renomados doutrinadores, diante da constatação lógica de que o controle é matéria de ordem pública, garantia constitucional fundamental e de interesse social, pois nenhum juiz está obrigado a observar uma lei ou ato normativo que entenda seja inconstitucional.

Sendo a constitucionalidade da norma jurídica pressuposto de sua aplicação, sua declaração pode e deve ser feita, de ofício, por qualquer julgador, desde que o processo tenha sido instaurado pela parte.

Sobre o assunto, discorre com maestria José Carlos Barbosa Moreira (2001, p. 33):

No Direito brasileiro, continuam a coexistir o controle incidental e o controle direto de constitucionalidade. O primeiro é exercitável por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da posição que ocupe na respectiva hierarquia [...] no julgamento de causa que lhe incumba, originariamente ou em grau de recurso, desde que a decisão do litígio reclame, como premissa lógica, o exame da questão de constitucionalidade, assim configurada como prejudicial.

Assim, resta clara a obrigação do magistrado de recusar a aplicação de norma inconstitucional, afastando-a do ordenamento jurídico, mesmo que intra-partes, a incidência de norma nula. Lembro a lição de Alfred Buzaid (1998, p.118-120), para quem a lei inconstitucional nasceu morta e não tem validade.

Não se olvide, reitero, que o controle será entre as partes da ação, mas não pode deixar o magistrado de fazê-lo, oficiosamente, quando já clara a inconstitucionalidade da norma. Como ponderou o Des. Hyparco Immesi (TJMG - Recurso de agravo nº 1.0000.06.438446-4/001):

É certo que a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle difuso produz efeito meramente intraprocessual, vale dizer, a inconstitucionalidade declarada só é considerada em relação às partes litigantes no processo em que se deu essa declaração. Todavia, a razão de ser do controle da constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais e a supremacia da Lei Magna. Assim, se o Sumo Pretório - cuja função precípua é a guarda da Constituição - declara a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, ainda que no controle difuso da constitucionalidade, nada impede a aplicação, desde logo, aos casos concretos pendentes de julgamento, da solução dada em sua decisão.

Dentro da supremacia da Constituição, o juiz não pode aplicar norma inconstitucional. Independente de provocação da parte, pois a norma inconstitucional é nula, compete ao magistrado, mesmo de ofício, afastar sua aplicação. Agindo dessa forma, demonstra que a garantia da defesa da ordem constitucional e legal será sempre assegurada pelo Poder Judiciário,

Assenta HANS KELSEN, citado por Alexandre de Moraes (2002, p. 578), que:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito .

Confrontando o entendimento jurisprudencial, não causa surpresa o reconhecimento, por diversos Tribunais, da aplicação oficiosa do controle difuso, como direito do magistrado e garantia da plena aplicação da Constituição.

Já firmou entendimento o STF acerca do controle de ofício:

Recurso extraordinário: interposição de decisão do STJ em recurso especial: inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa.

1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitira recurso extraordinário e a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária.

2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário, ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa.

3. Ademais, na hipótese, que é a do caso - em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa e não foi impugnada mediante recurso extraordinário, antes que a preclusão da matéria, é a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial. (STF - Supremo Tribunal Federal - Classe: AI-Agr - AgReg no agravo de instrumento - Processo: 145589 UF: RJ - Rio de Janeiro. Órgão julgador: - Data da decisão: Documento: - Fonte DJ de 24.06.1994 - PP-16652 - ement vol-01750-03 - PP-00593 - Relator: Min. Sepúlveda Pertence. - Descrição - Votação: por maioria - Resultado: Improvido. - Veja ADI-2, Ag-139789, Ag-137119. NPP:(26), Análise: (JDJ). Revisão: (Bab/Ncs). Inclusão : 6.07.94 (Ak ). Alteração: 15.04.99.)

Proventos: revisão para assegurar paridade com a remuneração dos servidores em atividade, aumentada por força de vantagem genericamente outorgada à categoria posteriormente à aposentada: pressupostos do direito à revisão.

1. O tratamento menos favorável dado aos aposentados, anteriormente à vigência do decreto que disciplinou o cálculo de gratificação discutida - concedida genericamente à categoria, tanto que não condicionada ao efetivo exercício da

função -, ofende em tese a garantia de paridade do primitivo art. 40, § 4º, da Constituição (hoje reproduzido, no que interessa, no art. 40, § 8º, cf EC 19/98).

2. No entanto, o direito à revisão pressupõe a constitucionalidade da norma que haja instituído a vantagem cuja extensão aos proventos se reivindica, o que não ocorre no caso.

II. Servidores públicos. Aumento de vencimentos. Reserva de lei e delegação ao Executivo.

Submetida a concessão de aumento da remuneração dos servidores públicos à reserva de lei formal (CF, art. 61, § 1º, II, a), a essa não é dado cingir-se à instituição e denominação de uma vantagem e delegar ao Poder Executivo - livre de quaisquer parâmetros legais - a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina, incluídos aspectos essenciais à sua quantificação.

III. Controle de constitucionalidade. Possibilidade de declaração, de ofício, no julgamento do mérito de RE, da inconstitucionalidade de ato normativo que o tribunal teria de aplicar para decidir a causa, posto não prequestionada a sua invalidez.

1. A incidência do art. 40, § 4º (redação original), da Constituição pressupõe a validade da lei instituidora da vantagem para os servidores em atividade, que, em razão da regra constitucional de paridade, teria de se aplicar por extensão aos inativos.

2. Em hipóteses que tais, até ao STJ, na instância do recurso especial, seria dado declarar incidentalmente, e de ofício, a inconstitucionalidade da lei ordinária que, se válida, teria de aplicar; seria paradoxal que, em situação similar, não o pudesse fazer o Supremo Tribunal, 'guarda da Constituição', porque não prequestionada a sua invalidade. (STF - Supremo Tribunal Federal - Classe: RE - Recurso Extraordinário - Processo: 264289 - UF: CE-Ceará - Órgão Julgador: - Data da decisão: - Documento: Fonte *DJ* de 14.12.2001 - PP-00087 - Ement Vol-02053-12-PP-02494 Relator: Min. Sepúlveda Pertence - Descrição - Votação: unânime - Resultado: Não conhecido o RE e declarados inconstitucionais o Dec. 9.643/95 e o art. 10 da Lei nº 7.673/95, ambos do Município de Fortaleza. Acórdãos citados. RE-214724. N.PP.:(13). Análise:(CMM). Revisão:(.). Inclusão: 15.4.04, (MLR). Alteração: 2.6.04.)

No mesmo sentido das lições colacionadas, cito decisão do STJ e da Justiça Federal:

Processual civil. Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Execução fiscal. Nulidade do título executivo.

1. O Controle de constitucionalidade pode (e, se for o caso, deve) ser exercido de ofício, mas desde que isso se comporte nos limites da demanda e no âmbito da devolutividade recursal.

2. Fixados os limites da controvérsia recursal, não se pode ter por omissos o acórdão que deixou de enfrentar a constitucionalidade da lei que fixou a alíquota do imposto objeto da execução. O tema era estranho ao objeto do recurso e certamente não poderia ser enfrentado em reexame necessário, pois importaria em *reformatio in pejus* contra a Fazenda, em cujo benefício tal reexame está instituído.

3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no Ag 507.259/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20.11.2003, *DJ* de 9.12.2003, p. 225.)

Processual civil. Embargos de declaração. Violação ao art. 97 da Constituição Federal. Reserva de plenário. Inexistência. Exigência de depósito prévio para interposição de recurso administrativo. Art. 10 da Lei nº 9.639/98. Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário do c. STF.

I - O art. 97 da Constituição Federal prescreve que, quer pela via de ação, quer pela via de exceção, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros (ou do respectivo Órgão Especial) os Tribunais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, ou seja, quando tal inconstitucionalidade for o objeto da demanda levada a juízo.

II - O sistema constitucional brasileiro admite o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pela via de exceção, mais conhecido como controle difuso, permitindo a qualquer órgão judicante singular, Tribunal Estadual ou Federal, por provocação ou de ofício, apreciar eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, caso se faça necessário para o deslinde da ação posta a desate.

III - O v. acórdão embargado decidiu, por um de seus fundamentos, que a exigência de depósito prévio para interposição de recurso administrativo, prevista no art. 10 da Lei nº 9.639/98, não se coaduna com o direito de petição e o direito ao contraditório e à ampla defesa, insculpidos, respectivamente, no art. 5º, XXXIV, "a", e LV, da Constituição Federal.

IV - A análise de inconstitucionalidade, nestes termos, é questão incidental, conduzindo à decisão final quanto ao direito subjetivo pretendido pelo litigante, sendo este o objeto da declaração constante da sentença ou acórdão, incidindo seus efeitos exclusivamente sobre a demanda *sub judice*, sendo, portanto, inaplicável, *in casu*, o art. 97 da Carta Magna.

V - A matéria já foi pacificada pelo Pleno do c. Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 126 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pelo art. 10 da Lei nº 9.639/98, originária da Medida Provisória 1.608-14/98 (RE 389.383-1/SP e RE 390.513-9/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 29.06.2007).

VI - Embargos rejeitados. (Tribunal Regional - Terceira Região - Classe: AG - Agravo de instrumento - 226285 - Processo: 200503000004487 UF: SP Órgão julgador: Segunda Turma - Data da decisão: 25.3.08 - Documento: TRF 300152767 Fonte DJU de 18.4.08 - Página: 781 - Relatora: Juíza Cecília Mello.)

Outro não é o melhor entendimento do TJMG:

Ação de busca e apreensão. Controle de constitucionalidade. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do feito. Art. 267, inc. VI, § 3º, CPC. Sentença *ultra petita*. Rejeição. Decreto 911/69. Constitucionalidade.

Sendo a constitucionalidade da norma jurídica pressuposto de sua aplicação, sua declaração não só pode como deve ser feita, de ofício, por qualquer julgador, desde que o processo tenha sido instaurado pela parte. A esse controle repressivo e judicial dá-se o nome de controle difuso de constitucionalidade, ou *incidenter tantum*.

O processo será extinto sem julgamento do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, no caso em tela a possibilidade jurídica do pedido, caso em que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito (art. 267, inc. VI e §3º, do CPC).

Não pode ser aquinhoadada de *ultra petita* a sentença que extinguiu o feito, fulcrada no ordenamento jurídico pátrio que permite ao julgador a extinção de ofício.

Numa mais profunda exegese, pode ser entendido que os §§ 1º e 2º do art. 3º do Decreto-lei 911/69, com alterações introduzidas pela Lei nº 10.931/04, não ofendem os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

O texto vigente do art. 3º do Decreto-lei 911/69 não sofre a pecha de inconstitucionalidade, eis que em se tratando de bem dado em garantia na alienação fiduciária, o qual não integra o patrimônio do devedor até o pagamento integral da dívida, o seu §1º não traduz confisco de bens. Já o § 2º do aludido dispositivo está tão somente mantendo a possibilidade de purga da mora, outrora prevista no § 1º do mesmo art. 3º, com a redação anterior ao advento da Lei nº 10.931/04. (Apelação Cível nº 1.0702.05.251853-8/001 - Comarca de Uberlândia - Rel. Des. Afrânio Vilela - Belo Horizonte, 8 de março de 2006.)

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Alíquota progressiva IPTU. Inconstitucionalidade. Reconhecimento de ofício. Substituição da CDA. Tratando-se de matéria constitucional, que pode ser conhecida em qualquer grau de jurisdição, independentemente de provocação das partes, mantém-se a decisão que, de ofício, reconhece a inconstitucionalidade da alíquota progressiva do IPTU, determinando a substituição do título exequendo. Recurso a que se nega provimento. (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0313.08.242258-2/001 - Rel. Des. Kildare Carvalho - 3ª Câmara Cível - DJ de 5.8.08.)

Execução fiscal. Tributo. Inconstitucionalidade. Declaração de ofício. Controle difuso. Possibilidade. Ao magistrado é permitida a declaração, de ofício, de inconstitucionalidade de tributos municipais em sede de controle difuso. (Apelação Cível nº 1.0313.08.243493 - 4/001 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. Carreira Machado - Belo Horizonte, 11 de novembro de 2008.)

Apelação cível. Execução fiscal. Reconhecimento de ofício da inconstitucionalidade dos tributos. Possibilidade. Taxa de limpeza pública. Ilegalidade. Ausência de especificidade e indivisibilidade. IPTU. Progressividade anterior à Emenda Constitucional nº 29/00. Desprovimento do recurso. (Apelação Cível nº 1.0313.08.240584-3/001 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. Roney Oliveira - Belo Horizonte, 25 de novembro de 2008.)

Embargos à execução. Honorários advocatícios. Controle difuso de constitucionalidade. Profissional nomeado como defensor dativo. Exaurimento da via

administrativa. Desnecessidade. Valores devidos e fixados judicialmente. Aplicação das doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural. Moralidade. - Sendo a constitucionalidade da norma pressuposto de sua aplicação, a declaração não só pode como deve ser feita, de ofício, por qualquer julgador, desde que o processo tenha sido instaurado pela parte. - As certidões emitidas de acordo com a Lei Estadual nº 13.166/99, referentes aos processos em que o Estado foi parte, possuem eficácia de título executivo, a teor do disposto no seu parágrafo 2º do art. 10. - Os valores buscados a título de honorários advocatícios, referentes aos serviços profissionais prestados pelo advogado a pessoas carentes, ante a inexistência de Defensor Público local e atendendo à nomeação judicial, são devidos, também por aplicação das doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural, que evoluíram para o princípio da moralidade administrativa. (Apelação Cível N° 1.0287.08.037925-1/001 - Comarca de Guaxupé - Relator: Des. Geraldo Augusto - Belo Horizonte, 9 de dezembro de 2008.)

Constitucional e tributário. Apelação cível. Execução fiscal. IPTU. Alíquota progressiva. Inconstitucionalidade. Reconhecimento. Controle incidental de constitucionalidade. Difuso e concreto. Possibilidade. É de se reconhecer a inconstitucionalidade do IPTU, diante da progressividade de suas alíquotas e em aplicação ao que preceitua a Súmula nº 668 do STJ. Não se faz imprescindível a provocação do magistrado para o exercício do controle incidental de constitucionalidade difuso e concreto, tendo em vista a relevância de sua apreciação. (Apelação Cível nº 1.0313.08.241082-7/001 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. Barros Levenhagen - Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2008.)

Apelação cível. Embargos do devedor. Advogado dativo. Adequação do meio processual presente. Sentença. Controle difuso de constitucionalidade. Declaração de ofício. Admissibilidade. Honorários advocatícios. Lei Estadual nº 13.166, de 1999. Remuneração devida. Recurso não provido. 1. O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de Direito material trazido à solução judicial. 2. Havendo previsão legal conferindo força de título executivo à certidão emanada de decisão judicial e que constitui o crédito de honorários do advogado dativo, é adequado o procedimento de execução. 3. É permitido ao julgador, no controle difuso de constitucionalidade, declarar, de ofício, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo aplicável ao caso concreto. 4. Ao advogado dativo, nomeado pelo juízo para patrocinar os interesses da parte hipossuficiente financeira, são devidos os honorários advocatícios e que devem ser pagos pelo Estado em contrapartida aos serviços prestados. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou os embargos do devedor. (Apelação Cível nº 1.0451.08.009968-7/001 - Comarca de Nova Resende - Relator: Des. Caetano Levi Lopes - Belo Horizonte, 7 de abril de 2009.)

Consolida-se, pois, a visão de que o reconhecimento de ofício da inconstitucionalidade é função judicial típica, independentemente de manifestação das partes envolvidas no litígio. Diante da violação da Constituição, o magistrado não pode ficar como mero “despachante” das partes, esperando a arguição, quando estampa aos olhos a violação constitucional.

Essa a correta aplicação do controle da constitucionalidade difuso, que não colide com os princípios do Direito processual. Neste sentido a doutrina de Humberto Theodoro Júnior (1993, p. 417):

Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento, é oficial. Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do Direito.

Violada a Constituição, é natimorta a norma, pelo que, nas regras do Direito, não pode ser empregada na relação processual, ou como base a sustentação de qualquer pretensão jurídica.

Neste entendimento, mais que correta é imperiosa a atuação *ex officio* do magistrado para afastar a incidência da norma violadora da Constituição.

#### 4 Conclusão

O presente trabalho buscou a demonstração de que contra a Constituição uma legislação não pode vigorar, ser aplicada e impor obrigação.

Não se olvide que esse é um preceito básico do Estado Constitucional, no qual há uma supremacia da Carta Magna, como garantia do Estado e dos indivíduos. Essa supremacia deve ser aplicada como princípio primeiro do Direito, determinando uma ação imperiosa de seus operadores para afastar toda e qualquer norma inconstitucional.

Para tanto, os juízes, os advogados e o Ministério Público têm a obrigação de controlar a juridicidade dos atos jurídicos, cada qual no seu âmbito, mas impondo ataque e combate eficaz à inconstitucionalidade.

No caso da constatação de inconstitucionalidade de lei durante a lide, cumpre ao magistrado a conduta de ofício, afastando a norma que colide com a Constituição e retirando sua validade e efeitos, entre as partes envolvidas, diante dos efeitos do controle difuso.

No Brasil, em que o Executivo domina a criação de normas, o controle da constitucionalidade deve ser aplicado na sua forma mais eficaz, quer seja quando concentrado, quer seja difuso. Isso porque o efeito da norma inconstitucional pode resultar em grave dano social e econômico.

Assim, o controle difuso de ofício permite a exclusão, ainda que entre as partes do litígio, de norma inconstitucional, restabelecendo o direito nos limites da Carta Constitucional.

Fica, então, a lição de Michel Temer (1993, p. 40): "Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição".

Assim, a decretação de inconstitucionalidade visa afastar a validação de atos baseados em lei inconstitucional. Isso, no controle difuso, entre as partes do processo, é possível e, mesmo de ofício, deve ser realizado pelo magistrado, a fim de equilibrar o direito das partes, em consonância com o Texto Constitucional.

## 5 Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Controle difuso da constitucionalidade como garantia constitucional fundamental* (art. 5º, XXXV, da CF/88). Jus Navigandi. Teresina: ano 13, n. 1961, 13 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11949>>. Acesso em: 5 fev. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: banco de dados. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 20 jan. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça: banco de dados. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 10 jan. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais: banco de dados. Disponível em: [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em 5 jan. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região: banco de dados. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/>. Acesso em 25 ago. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região: banco de dados. Disponível em: <http://www.trf3.gov.br/>. Acesso em 25 ago. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região: banco de dados. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em 27 ago. 2008.

BUZAID, Alfred. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Direito processual civil*. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Controle da constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2008/11/controle-de-constitucionalidade-no.html>. Acesso em 16 jan. 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado*. Elaborado em jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8186&p=3>. Acesso em 12 mar. 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1990.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I. São Paulo: ERT, 1967.
- MOLAS, Isdre. *Derecho constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao CPC*, v.5. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NOGUEIRA Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 1990.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 8. ed. São Paulo: Método, 2008.
- ROZICKI, Cristianne. *Supremacia da vontade popular e alterações ao texto da Constituição da República*. In Caderno Goiano de Doutrina. Goiânia: 6.3.99. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/010601/2a032.htm>>. Acesso em: 8 jan. 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.