**FICHAMENTO DO TEXTO 1[[1]](#footnote-1)**

Dérick Macêdo Silva[[2]](#footnote-2)

- Para o cidadão comum, há apenas 1 (uma) via de acesso para buscar a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais, sendo ela o controle judicial incidental de constitucionalidade, também chamado de *incidenter tantum*, por via de defesa, por via de exceção ou sistema americano. O texto em questão apresenta 03 (três) características principais para este tipo de controle, sendo elas: a pronúncia de invalidade em caso concreto; questão prejudicial, e; controle difuso. [[3]](#footnote-3)

- Em se tratando da pronúncia de invalidade em caso concreto, e como o próprio nome sugere, o controle em comento é realizado no decorrer do exercício da função judicial, isto é, incidentalmente à análise de determinado processo. Quando desta análise, o juiz ou tribunal, reconhecendo que determinada norma é inconstitucional, tem o poder-dever de assim declará-la e, consequentemente, não aplicá-la ao processo. Antes, somente o réu podia alegar a inconstitucionalidade, devendo fazê-lo quando de sua defesa. Agora, o autor também possui esse direito, podendo alegá-la ou na petição inicial ou em momento posterior, com o intuito de ver afastados os efeitos da norma supostamente inconstitucional. Ademais, além do autor e réu, há mais 02 (dois) legitimados, quais sejam: Ministério Público e juiz ou tribunal (de ofício), lembrando que, em se tratando de recurso extraordinário, caso a matéria não tenha sido prequestionada, tal regra deve ser vista com temperamento.[[4]](#footnote-4)

- Desde que haja um conflito de interesses, a dúvida acerca da constitucionalidade e o consequente controle incidental podem ser suscitados em processos de qualquer natureza (conhecimento, execução, cautelar). Tal dúvida e consequente controle podem pairar em norma de qualquer dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia e até mesmo anteriores à Constituição. Vale frisar: o que se busca judicialmente não é a declaração de inconstitucionalidade, mas sim um direito que está sendo afetado por suposta norma inconstitucional e, para que se o alcance, faz-se necessária a análise dessa suposição. E é justamente no tocante a essa análise prévia que se tem a segunda característica, a questão prejudicial. A questão constitucional consiste em uma *questão prejudicial*, devendo antes ser decidida para, posteriormente, a depender de qual a decisão, decidir-se o objeto do processo.[[5]](#footnote-5)

- Por fim, tem-se a terceira característica, o controle difuso. Tendo em vista que todos devem zelar pela obediência à Constituição, Carta Maior que rege todo o ordenamento jurídico, qualquer órgão judicial, desde o primeiro grau até os tribunais superior, pode exercer o controle incidental de constitucionalidade, lembrando que, quando realizado por tribunais, deve-se respeitar o princípio da *reserva de plenário* (faz-se necessária a maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, caso haja) e a um procedimento específico imposto pelo CPC para reconhecimento da inconstitucionalidade. Vale mencionar que, em se tratando do reconhecimento da constitucionalidade da norma, o referido princípio é desconsiderado, isto é, não é necessária a análise pelo plenário ou órgão especial. A câmara, turma, secção ou órgão fracionário do tribunal pode reconhecê-la e o processo seguir em frente para com seu julgamento. O mesmo acontece em relação à revogação de uma lei anterior à Constituição.[[6]](#footnote-6)

- O procedimento para a declaração incidental de inconstitucionalidade consiste em 02 (duas etapas). Caso a turma, câmara, grupo de câmaras, secção ou outro órgão do tribunal, uma vez arguida a inconstitucionalidade, rejeite esta arguição, o processo seguirá seu julgamento normalmente, com a consideração da norma questionada. Todavia, caso acolha tal arguição, ou julgará conforme entendimento do plenário ou órgão especial do STF, se este já tiver anteriormente se pronunciado sobre a matéria, ou lavrará acórdão nesse sentido e encaminhará ao pleno ou ao órgão especial, se não houver pronunciamento anterior destes. É válido mencionar que não cabe recurso a decisão do pleno ou órgão especial, mas apenas embargos de declaração.[[7]](#footnote-7)

- É pertinente citar alguns pontos acerca do controle difuso pelo STJ e pelo STF. Como dito, todos os órgão judiciais devem exercer o controle de constitucionalidade, incluindo nestes o STJ e o STF. Quando do controle realizado por estes órgãos, dois dispositivos constitucionais devem ser suscitados, quais sejam: o artigo 102 e o artigo 105 da CF/88, principalmente seus incisos I e II. Enquanto este diz respeito ao controle realizado por aquele órgão, o artigo 102 diz respeito ao controle realizado por este órgão.[[8]](#footnote-8)

- Quando da leitura do artigo 102, III, depara-se com o recurso extraordinário, que possui como objeto a análise de eventual ofensa direta e frontal (e não indireta ou reflexa) à Constituição, devendo a matéria ter sido prequestionada (prequestionamento) e apresentar repercussão geral (questões de relevância econômica, social, política ou jurídica, que transcendam os interesses das partes) para a ocorrência desta análise. Vale enfatizar que não haverá análise dos fatos e reexame da prova, mas sim de direito. Este recurso possui seu procedimento dividido em duas etapas: 1 - análise pelo órgão jurisdicional de origem tão somente quanto à existência ou não de alguma das hipóteses de cabimento e dos demais requisitos, sendo encaminhado para o SFT caso respeitadas tais condições ou negado seu seguimento caso desrespeitadas (cabendo agravo nesta ocorrência), e; uma vez encaminhado para o STF, julgado por ele.[[9]](#footnote-9)

- Cabe uma ressalva quanto ao princípio da reserva de plenário em relação ao STF. Embora já visto o que seria a reserva de plenário, princípio aplicado quando do controle incidental de constitucionalidade realizado pelos tribunais, em se tratando de controle realizado pelo STF, o procedimento a ser seguido não é o exposto no CPC/73, mas sim o do Regimento Interno deste órgão. Ademais, diferente do que ocorre nos demais tribunais, após decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, caberá ao próprio plenário julgar a causa.[[10]](#footnote-10)

- Sabe-se que para o STF cabe recurso extraordinário e para o STJ cabe recurso especial. Mas questiona-se: é possível o cabimento simultâneo de ambos os recursos? Desde que presente os requisitos de ambos em um mesmo processo, nada impede que sejam, simultaneamente, interpostos, havendo primeiro o julgamento do recurso especial e depois o do recurso extraordinário, a não ser que o relator daquele inverta a ordem e desde que tal inversão seja aceita pelo relator deste.[[11]](#footnote-11)

- Quando do controle incidental de constitucionalidade, não se tem coisa julgada em relação à questão constitucional. Tal controle não era o objeto da ação e, portanto, nem os fundamentos nem a questão prejudicial são abarcados pelo instituto da coisa julgada. O efeito existente da coisa julgada diz respeito somente às partes do processo. Assim, é justamente buscando dar eficácia geral, *erga omnes*, à decisão proferida no processo que entra o papel do Senado Federal, quem possui a competência para suspender a execução da lei inconstitucional. Além disto, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade de determinada lei, esta se torna nula e seus efeitos devem ser desconsiderados desde o início de sua vigência. Isto implica dizer que se está diante de uma eficácia retroativa, *ex tunc*. Todavia, toda regra possui exceção e aqui não é diferente. O próprio STF, tendo em vista outros valores e bens jurídicos, já relativizou esta regra, dando eficácia temporal ex nunc quando do reconhecimento de algumas leis como inconstitucionais.[[12]](#footnote-12)

- O mandado de injunção também possui como objetivo o controle incidental de constitucionalidade, porém pela omissão de uma determinada norma regulamentadora, independente de qual sua hierarquia. Não obstante sua existência, jamais atendeu às perspectivas quando de sua criação. Os tribunais são os órgãos encarregados de sua apreciação, podendo ser proposto pelo (i) titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora; (ii) entidades de classe ou associativas; (iii) sindicatos. De outro lado, quanto aos legitimados passivos, têm-se três correntes: (i) autoridade ou órgão público a que se imputa a omissão e, formando litisconsórcio necessário, quem deveria conceder o benefício/direito constitucional; (ii) somente quem deveria conceder o benefício/direito constitucional, e; (iii) somente a autoridade ou órgão omisso (posição do STF).[[13]](#footnote-13)

- Há o questionamento se o mandado de injunção seria para suprimir a norma inexistente ou para estimular a sua produção. Há quem entenda que o objeto seria a supressão e há quem entenda que seria para estimular a produção, quer dizer, uns apontam o caráter constitutivo, outros o mandamental do mandado em comento. É importante dizer que norma insatisfatória não significa, para a interposição deste mandado, o mesmo que norma inexistente.[[14]](#footnote-14)

- A ação declaratória de constitucionalidade consiste em um instrumento de controle por via principal, concentrado e abstrato por meio do qual o STF (competente exclusivo) reconhece expressamente que determinada norma infraconstitucional (leis ou atos normativos federais) é compatível com a Constituição quando houver interpretações judiciais relevantes que questionem tal compatibilidade.[[15]](#footnote-15)

- Apresenta como legitimados ativos os mesmos da ação direita de inconstitucionalidade, enquanto que, quanto aos legitimados passivos, não há que se falar, pois inexiste.[[16]](#footnote-16)

- Para ajuizamento da ação, faz-se necessário que, na petição inicial, o dispositivo questionado, o pedido, suas especificações e a prova da controvérsia judicial (e não apenas doutrinária) relevante, devendo a petição ser apresentada em 02 (duas) vias e não se admitindo a desistência e nem a intervenção de terceiros no processo.[[17]](#footnote-17)

- Não obstante comporte a interposição de embargos de declaração, a decisão é irrecorrível, possuindo eficácia em relação a todos, isto é, eficácia *erga omnes* e efeito temporal *ex tunc*, podendo haver ressalvas a depender da ponderação de valores e bens jurídicos a serem afetados.[[18]](#footnote-18)

1. Fichamento do texto: BARROSO, Luis Roberto. Controle de constitucionalidade brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012 (capítulo II – integral e capítulo III, item II), apresentado à Disciplina Processo Constitucional da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB; [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluno da Disciplina Processo Constitucional; [↑](#footnote-ref-2)
3. BARROSO, Luis Roberto. Controle de constitucionalidade brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98/100. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 98-99. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 99-100. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 100-102. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 102-103. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 103-104 [↑](#footnote-ref-8)
9. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 104-107/109. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 112. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 112-113. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 114-116. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 117-119. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 119-122. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 187/189. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 188. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 189-190. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cf. BARROSO, Luis Roberto, 2012. p. 191/192/194. [↑](#footnote-ref-18)