

LIBERTAS

REVISTA DE PESQUISA EM DIREITO

ISSN: 2319-0159

Recebido em: 17/12/2018

Aprovado em: 16/03/2018

O controle difuso de constitucionalidade como garantia fundamental ao exercício da cidadania

Judicial review as a fundamental guarantee
to the exercise of citizenship

Ricardo dos Reis Silveira¹

Programa de Pós Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de
Ribeirão Preto – UNAERP – Ribeirão Preto/SP
ricardoreissilveira@ig.com.br

 <https://orcid.org/0000-0002-7917-6724>

Luiz Felipe Machado Muraca²

Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP – Ribeirão Preto/SP
lfmuraca@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-8782-1159>

RESUMO: No presente artigo, tentamos demonstrar que o controle difuso de constitucionalidade, previsto na Constituição brasileira em vigor, não apenas se liga e completa o conceito de cidadania, como é mecanismo imprescindível para seu exercício. O controle difuso, por esse viés, deve ser enxergado como verdadeira garantia individual, tal como aquelas outras elencadas no artigo quinto da Carta Magna, convolvendo-se, portanto, em cláusula pétreia. Com a multitude de normas existentes no modelo federativo atual, editas por vários entes federativos, é imprescindível ao cidadão um eficaz meio de defesa contra eventuais excessos do poder estatal, em especial do poder legislativo, daí a umbilical ligação entre direito de defesa e exercício da cidadania.

Palavras-chave: Controle difuso de constitucionalidade. Cidadania. Direito fundamental.

ABSTRACT: In the present article, we try to demonstrate that the diffuse control of

¹ Doutor em Filosofia e professor titular do Programa de Pós Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

² Graduando em Direito e pesquisador da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.



O controle difuso de constitucionalidade como garantia fundamental ao exercício da cidadania

constitutionality (judicial review), foreseen in the Brazilian Constitution in force, not only binds and completes the concept of citizenship, but is an indispensable mechanism for its exercise. Diffuse control (judicial review), by this bias, must be seen as an individual guarantee, like the others listed in article five of the Magna Carta, thus converging in a immutable clause. With the multitude of existing norms in the current federative model, edited by several federative entities, it is essential for the citizen, an effective mean of defense against possible excesses of state power, especially of the legislative power, hence the umbilical link between the right of defense and the exercise of citizenship.

Keywords: Judicial review. Citizenship. Fundamental rights.



SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CIDADANIA. 2. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. 3. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO “ESCUDO” CONTRA EVENTUAIS EXCESSOS LEGISLATIVOS. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O movimento constitucionalista surge com o Estado moderno, sendo seu corolário a garantia dos direitos individuais por meio da limitação do poder estatal. É de fato com a superação do Estado absoluto que as constituições ganham espaço enquanto reguladoras do poder público. É nessa perspectiva que surgem as condições para exercício da cidadania, que antes encontravam terreno pouco propício para o seu desenvolvimento. Só há de se falar em cidadão a partir do Estado moderno, seja porque antes existiam tão somente súditos, seja porque a cidadania se desenvolve nos limites do Estado-nação, sendo a constituição sua maior defesa.

Surge então a necessidade da criação de mecanismos para garantir a normatividade da constituição, obrigando os poderes constituídos a seguirem os seus ditames sempre que forem realizar atos políticos. Nesse diapasão, o controle difuso de constitucionalidade tem o objetivo de garantir a supremacia da constituição frente aos demais atos normativos e, conseqüentemente, a resguardar o cidadão dos desmandos do Estado. Desde o seu surgimento, ele vem sendo usado exatamente para essa finalidade, sendo instrumento caro para a cidadania, uma vez que permite ao indivíduo contestar atos normativos supostamente contrários à lei maior. Hodiernamente, porém, observa-se uma “abstrativização”³ do controle difuso pelos tribunais, tornando-o cada vez mais concentrado, alterando assim as suas principais características.

Diante desse cenário, o presente trabalho objetiva demonstrar a importância do controle difuso de constitucionalidade como garantidor dos direitos do cidadão e instrumento de limitação do poder político. Nessa perspectiva, o controle difuso de constitucionalidade assume a feição de garantia constitucional, tal qual as elencadas no artigo quinto da Constituição Federal. Para isso, serão feitas rápidas considerações

³ Pedro Lenza, *Direito Constitucional Esquematizado*, 21.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 286 et seq.



acerca da cidadania e do próprio instituto do controle difuso, relacionando-os ao final.

1. A CIDADANIA

A cidadania é uma conquista da modernidade. A superação do Estado absoluto a partir dos ideais iluministas foi determinante para o reconhecimento de direitos individuais. Tendo como substrato ideológico autores clássicos, como por exemplo Montesquieu e Voltaire, ocorreram grandes eventos históricos que marcaram o início do Estado moderno e, por consequência, tornaram possível o exercício da cidadania. Inspiradas por um individualismo quase ortodoxo, revoltas mudaram o curso da humanidade, como por exemplo a independência norte-americana e a Revolução Francesa. É certo que a cidadania não seguiu o mesmo percurso em todos os lugares do mundo, de modo que ela possui um determinado significado para um cidadão Inglês, provavelmente diferente da significação a ela conferida pelos Brasileiros⁴. Portanto, não há de se falar em apenas um modelo de cidadania, mas em cidadanias, uma vez que a luta por direitos e seu posterior exercício seguem caminhos diferentes a depender do período histórico e do local⁵.

Como consequência da redemocratização, a partir da década de 1980 a cidadania ganhou protagonismo no cenário político Brasileiro. O ilustre historiador José Murilo de Carvalho representa essa centralidade da cidadania utilizando como exemplo a Constituição Federal de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”². Percebe-se então a sua importância para o Direito, uma vez que, para que se possa garantir os direitos do cidadão, é necessária a “existência de uma justiça independente, eficiente, barata e acessível a todos”⁶. Tradicionalmente, divide-se o fenômeno da cidadania em três dimensões: direitos civis, políticos e sociais. Esses desdobramentos da cidadania nem sempre se encontram juntos, podendo o cidadão possuir, por exemplo, direitos civis e políticos e se ver carente de políticas públicas que lhe garantam uma vida digna. Tais direitos devem ser assegurados também por

⁴ José Murilo de Carvalho, *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 18.

⁵ Thomas Humphrey Marshall, *Cidadania, classe social e status*, Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

⁶ José Murilo de Carvalho, *Cidadania no Brasil. O longo caminho*, cit., p. 15.

uma constituição rígida, dotada de mecanismos de controle dos atos políticos e que vincule todos os poderes. Somente assim torna-se possível a proteção dos direitos das minorias em relação às eventuais maiorias parlamentares⁷.

O próprio constitucionalismo surge no mesmo contexto que a cidadania, visando propiciar as condições para o seu exercício. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, “a concepção de um documento escrito destinado a institucionalizar um sistema preconcebido é inovação que se consolida na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa e a independência americana”⁸. Como dito acima, a cidadania só começa a ser observada a partir do desenvolvimento do Estado, regido por uma constituição que limita os poderes dos governantes, criando um governo de leis e não de pessoas. São as constituições também que conferem ao cidadão seus direitos fundamentais, pressupostos lógicos ao exercício da cidadania. Percebe-se, portanto, uma intrínseca relação entre a cidadania e o Direito Constitucional, tendo este a tarefa de criar as condições mínimas para o exercício daquela.

2. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

As constituições modernas possuem a incumbência de limitar o poder estatal, condicionando o exercício do poder à vontade da maioria com respeito ao indivíduo e às minorias, como também, e de forma anterior, à vontade do poder constituinte originário, do qual brota as condições basilares da sociedade. Para isso, são previstos direitos individuais que visam proteger o cidadão do arbítrio governamental. Contudo, a simples previsão constitucional de nada adiantaria se a própria constituição não fosse revestida de supremacia. É a supremacia da constituição que a coloca em uma posição hierarquicamente superior aos demais atos normativos, devendo todo o ordenamento jurídico estar em conformidade com os seus ditames. Tal supremacia traz como consequência a suprallegalidade formal e material⁹, fazendo com que os

⁷ Luís Roberto Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 22.

⁸ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1001.

⁹ Joaquim José Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 890.

O controle difuso de constitucionalidade como garantia fundamental ao exercício da cidadania

poderes constituídos observem os procedimentos legislativos previstos na constituição e realizem atos com ela substancialmente compatíveis.

O controle de constitucionalidade é uma decorrência lógica da supremacia constitucional, garantindo que eventuais normas contrárias à constituição tenham a sua eficácia paralisada, pois sempre que se aplica uma norma inconstitucional, se denega a aplicação da própria constituição¹⁰. Citando Kelsen, Gilmar Ferreira Mendes traz preciosa lição nesse sentido, dizendo que “[...] uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória”¹¹. Em última instância, a inconstitucionalidade se verifica quando os órgãos públicos excedem os poderes a eles conferidos pela constituição. Tal situação é uma afronta à cidadania, uma vez que o excesso de poder estatal abre caminho para violações dos direitos fundamentais, colocando as normas constitucionais em segundo plano.

Para uma correta compreensão do valor que o controle difuso de constitucionalidade tem para a cidadania, faz-se mister conhecê-lo em linhas gerais. A gênese do controle difuso de constitucionalidade¹² encontra o seu primeiro grande precedente na Inglaterra, no que ficou conhecido como caso Bonham (*Bonham's case – The College of Physicians vs Dr. Thomas Bonham*)¹³. Passemos a analisar o pano de fundo do caso. Durante o reinado de Enrique VIII, foi criado o Colégio de Médicos da Inglaterra, sendo posteriormente editado um ato do Parlamento que o dava amplos poderes, inclusive o de prender médicos que exercessem a profissão de maneira errônea ou que não se submetessem à sua jurisdição. Em julgamento anterior, o Tribunal já havia afirmado a autoridade do Colégio de Médicos de realizar prisões, cabendo àquele verificar tão somente as formalidades do processo, no que ficou conhecido como doutrina Jenkins.

No início do século XVII, no entanto, tal entendimento sofreu uma reviravolta. Thomas Bonham, médico formado na Universidade de Cambridge, solicitou ao

¹⁰ Luís Roberto Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, cit., p. 21.

¹¹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 1005.

¹² Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, *A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito*, Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 229, p. 433-452, mar. 2014.

¹³ Georges Abboud, *Processo constitucional brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 834 et seq.



Colégio a permissão para administrar medicamentos. Tendo seu pedido negado, Bonham praticou medicina sem autorização por algum tempo, sendo posteriormente multado por tal ato¹⁴. Sem condições de arcar com a multa, o médico é preso e rapidamente obtém um *habeas corpus* no Tribunal, então presidido por Sir. Edward Coke. Bonham inclusive solicita aplicação de multa ao Colégio de Médicos por aprisionamento ilegal. O órgão por sua vez, se defende com base na *Jenkins doctrine* e na lei de 1540 que expressamente o atribuía essa competência. A tese de Thomas Bonham logrou êxito em conferir a ele a razão naquele caso. Porém a grande contribuição do caso para o Direito vem da fundamentação da decisão proferida por Sir Edward Coke. O ilustre juiz diz que os poderes conferidos ao Colégio pelo Parlamento eram distintos, tendo este a prerrogativa de realizar prisões tão somente em casos de *malpraxis* da medicina. Nessa linha, argumenta que é absurda a prisão de um médico pelo simples fato dele não possuir licença para a prática da medicina e que esta conduta contraria o próprio espírito do *common law*. Coke então estabelece pela primeira vez na história a possibilidade de cassação dos atos do Parlamento que fossem, por assim dizer, inconstitucionais (não são propriamente inconstitucionais, uma vez que para o sistema britânico não há supremacia da constituição).

Considerando a importância histórica do *Bonham's case*, sem dúvidas o precedente mais conhecido em relação ao controle jurisdicional de constitucionalidade (*judicial review*) se encontra no célebre caso *Marbury vs Madison*, ocorrido nos Estados Unidos. O caso se verifica no contexto das eleições presidenciais norte-americanas de 1800. Após acirrada disputa, o partido federalista perde seu domínio nos poderes executivo e legislativo. Thomas Jefferson seria o novo presidente dos Estados Unidos. Como resposta ao êxito do partido democrata-republicano, John Adams, federalista e então presidente, realizou uma reforma do judiciário visando manter a influência do seu partido em pelo menos um dos poderes da república. Dentre as várias providências que o chamado *Midnight Judges Act* prevê, está a nomeação de diversos juízes de paz¹⁵. Porém o Senado só referendou a reforma no

¹⁴ Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, *A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito*, op.cit.

¹⁵ Georges Abboud, *Processo constitucional brasileiro*, op. cit., p. 839.

O controle difuso de constitucionalidade como garantia fundamental ao exercício da cidadania

dia anterior ao da posse do novo presidente. Adams então assina a nomeação dos juízes, deixando a cargo do seu secretário de justiça, John Marshall, empossar todos os nomeados. Marshall não tem tempo hábil para realizar a posse de todos os cargos nomeados, ficando alguns sem serem empossados.

Já no poder, Thomas Jefferson instrui o seu secretário de estado James Madison a não dar posse a nenhum daqueles cargos que haviam sido nomeados pelo ex-presidente. Repudiando a atitude de Adams, Thomas Jefferson realiza uma contrarreforma, visando neutralizar a influência federalista no judiciário. Juntamente com o congresso, Jefferson realiza também o *impeachment* de um juiz federalista. É neste cenário caótico que William Marbury, um dos juízes de paz nomeados e não empossados, propõe em dezembro de 1801 uma ação judicial denominada *writ of mandamus* diretamente na Suprema Corte, com base em uma lei de 1789 que lhe conferia essa prerrogativa. Ressalta-se que a Corte era presidida por John Marshall, que anteriormente era secretário de justiça de Adams e que havia também se beneficiado do *Midnight Judges Act*. Marbury pedia que a Suprema Corte expedisse um mandado, ordenando Madison a empossá-lo no cargo que lhe seria de direito.

Ocorre que a contrarreforma realizada por Jefferson impediu a Suprema Corte de se reunir durante todo o ano de 1802, e o caso foi a julgamento apenas na sessão de fevereiro de 1803. A situação de Marshall era deveras crítica. Ao mesmo tempo em que o *Chief of Justice* não podia desagradar os seus aliados federalistas, pairava sobre a Corte o *impeachment* do juiz federalista, que ameaçava se estender a eles. Ademais, tanto Thomas Jefferson quanto James Madison já haviam sinalizado que, caso fosse expedido algum mandado os ordenando algo, eles não cumpririam por considerar que a Suprema Corte não possuía essa legitimidade. De fato, em uma república com pouco mais de uma década e uma constituição que não especificava muito bem a posição da Suprema Corte no sistema político norte-americano, a situação do órgão era precária.

Marshall em seu voto, primeiramente analisa o mérito do processo, conferindo o direito ao propositor da ação William Marbury. Disse também que, se Marbury possuía o direito, deveria haver alguma maneira de exigí-lo judicialmente, que seria o *writ of mandamus*. Porém, foi o argumento seguinte que projetou o *Chief of Justice* Marshall como um dos precursores do controle de constitucionalidade. Disse ele que



a lei que legitimava qualquer cidadão americano a recorrer à Suprema Corte (ato de 1789) era inconstitucional, uma vez que criava competências além das constitucionalmente previstas. Continuou seu raciocínio no sentido que, se a lei é inconstitucional, não pode ser aplicada pelo judiciário, pois a constituição é um mandamento superior. Criou-se assim o princípio da supremacia da constituição. Mas o juiz foi além, dizendo que é da própria natureza jurisdicional afastar do caso concreto a incidência de norma inconstitucional, uma vez que cabe ao judiciário dizer o bom direito, que é também aquele constitucionalmente adequado. Cria-se assim a ideia do *judicial review of legislation*, que juntamente com a supremacia constitucional forma a base do controle difuso de constitucionalidade.

Observa-se no caso acima as principais características do controle difuso de constitucionalidade. Marshall analisou a lei *in concreto*, ou seja, associada a uma lide, sendo a sua inconstitucionalidade mera questão prejudicial à análise do mérito. Segundo ele, há também a possibilidade de qualquer órgão jurisdicional realizar o controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos, pois na esteira argumentativa de Marshall, não pode o judiciário aplicar um ato normativo inconstitucional, pois isso seria deixar de aplicar a própria constituição, atitude incabível em um Estado Democrático de Direito. Muitas críticas foram feitas ao *judicial review of legislation*, principalmente por parte dos democratas-republicanos. Alguns exemplos são lembrados pelo prof. Luís Roberto Barroso, que dentre outros diz que além de Marshall ser parte no conflito e, portanto, deveria se julgar impedido, ele inverteu completamente a lógica processual, analisando primeiro o mérito, para depois realizar o juízo de admissibilidade¹⁶. Além das discussões travadas no século XIX, a questão de legitimidade democrática que o judiciário tem para deixar de aplicar ato produzido pelo Congresso é um dos principais temas do Direito Constitucional norte-americano atualmente. Correntes como o “constitucionalismo popular” defendem vigorosamente o *self-restraint*, ou seja, uma posição cautelosa por parte do judiciário no que toca à revisão judicial¹⁷.

¹⁶ Luís Roberto Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, cit., p. 27.

¹⁷ Georges Abboud, *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 804.

O controle difuso de constitucionalidade como garantia fundamental ao exercício da cidadania

No Brasil, o controle incidental¹⁸ aparece pela primeira vez na Constituição Republicana de 1891. Inspirada na Constituição norte-americana de 1787, ela conferia a todos os órgãos jurisdicionais a possibilidade de afastar a incidência de norma inconstitucional no caso concreto. Tal modelo permaneceu em todas as constituições posteriores, com exceção da constituição de 1937, estando presente também na Constituição Federal de 1988. Em 1934, na tentativa de aproximar o controle difuso já existente no Brasil, a constituição inaugura a previsão da resolução suspensiva do Senado Federal, pela qual a decisão de caráter interpeçoal pode ganhar caráter genérico.

Porém a atual constituição apresenta uma tendência ao controle concentrado de constitucionalidade, o que faz concentrar sobremaneira a autoridade judicial no Supremo Tribunal. Tal tendência se verifica pela ampliação do rol de legitimados a propor ação direta, pelo aumento do número de ações constitucionais e pelas próprias competências do Supremo Tribunal Federal¹⁹. Apesar dessa guinada, o controle difuso de constitucionalidade continua sendo uma das únicas “armas” do cidadão contra o arbítrio estatal, devendo ser visto como elemento essencial, não só da jurisdição constitucional, como também da democracia. Não somos contrários a uma maior *objetivação* do controle difuso, pela qual as decisões definitivas do STF poderiam, como no controle concentrado, ganhar foros de generalidade e até vinculação, mas tal postura em vez de questionar a existência do controle difuso, é no sentido de seu fortalecimento.²⁰

3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO “ESCUDO” CONTRA O EVENTUAIS EXCESSOS LEGISLATIVOS

¹⁸ Neste trabalho, utilizamos de maneira intercambiável as expressões “controle difuso de constitucionalidade”, “controle incidental de constitucionalidade” e “controle concreto de constitucionalidade”. Sabidas as diferenças entre os modelos, no Direito Brasileiro são praticamente indissociáveis.

¹⁹ Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 685.

²⁰ SILVEIRA, Ricardo dos Reis e SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. OBJETIVAÇÃO DA DECISÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: CONPEDI ARACAJU, UFS, 2015: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2vbeg275/j2TD907A80CYf6E8.pdf>, acesso em 01 de Agosto de 2018.



Dentre as várias funções desempenhadas pelos direitos individuais destaca-se a garantia que dão ao indivíduo contra o próprio poder do Estado, especialmente contra o poder de legislar do ente político. Com efeito, a legislação confeccionada por qualquer dos entes federativos deve absorver o conteúdo normativo dos direitos individuais, com necessidade de conformação com a Constituição e validade dos preceitos normativos criados. Esse é o melhor sentido a ser emprestado à expressão *devido processo legal substancial*, ou seja, a necessidade de a legislação infraconstitucional absorver as diretrizes constitucionais.

Os direitos individuais criam verdadeira esfera de proteção em torno do sujeito que inibe a invasão do poder estatal em todas as esferas de sua vida, vedando, assim, tendências autoritárias do poder público.

Gilmar Ferreira Mendes, ao se reportar aos comandos do art. 5º, nominados de cláusulas de bloqueio, já que exercem um limite de atuação para o próprio poder público, assevera que:

Essa concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Essa concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que lhe permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.²¹

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 4.

O controle difuso de constitucionalidade como garantia fundamental ao exercício da cidadania

Essa concepção é arraigada na cultura ocidental. Segundo Habermas,

Quando o direito positivo sucedeu ao natural, momento em que todos os meios legítimos de usar a força passaram a ser monopolizados pelo Estado, esses direitos de usar a força transformaram-se em autorizações para iniciar uma ação judicial. Ao mesmo tempo, os direitos privados subjetivos foram complementados, através de direitos de defesa estruturalmente homólogos, contra o próprio poder do Estado.²²

Essa ideia se encontra atrelada ao constitucionalismo moderno e contemporâneo, encontrando-se previsões similares àquela do *caput* do art. 5º da Constituição Brasileira, em várias constituições estrangeiras:

Expressões semelhantes ocorreram na Constituição de 1891, em seu art. 72; na de 1934, em seu art. 113; a Constituição de 1937 omitiu no *caput* do art. 122 a expressão “invioláveis”; a expressão renasce no art. 141 da Constituição de 1946; também no art. 153 da Constituição de 1967; na “emenda” de 1969, mantém-se a redação original do art. 153 da Constituição de 1967.²³

Daí a nítida possibilidade de se pensar nos direitos e garantias individuais como verdadeiro “escudo” de defesa do indivíduo/cidadão contra indevidas investidas do poder público, especialmente no campo legislativo. Eis que em virtude do princípio da legalidade (art. 5ª, II, CRF/88) a obrigação de fazer ou deixar de fazer algo só é legítima em decorrência de comando legal, desde que a lei absorva os direitos individuais, respeitando o círculo existencial pertencente ao sujeito com exclusividade.

Nesse diapasão, é fundamental ao cidadão a possibilidade de defender-se processualmente, acessando o judiciário todas as vezes que norma ferir seus direitos individuais. Em tal situação não é viável, nem legítimo, que a salvaguarda de direitos fique restrita à provocação da corte constitucional, mas, ao contrário, deve ser invocável por todo aquele que se achar lesado ou ameaçado de lesão pelo comando normativo inconstitucional. Combina-se, pois, existência de direitos individuais com sua salvaguarda pelo acesso imediato do cidadão à jurisdição. O controle difuso, é,

²² HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade, Vol. I. 2ª edição Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48.

²³ SILVEIRA, Ricardo dos Reis e SILVA, Juvêncio Borges. O INÍCIO DA CONCEPÇÃO DOS DIREITOS INALIENÁVEIS NO LEVIATÃ DE THOMAS HOBBS, CONPEDI, UFS, 2015, <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/3a01aj5a/n15s6yf2cN7KF4M8.pdf>, acesso em 01 de Agosto de 2018.



pois, o recurso máximo de garantia do indivíduo contra o máximo arbitrarismo possível, ou seja, contra o arbitrarismo legislativo.

Nessa perspectiva é de se reconhecer que o comando inserto no art. 97 da Constituição é, como todo o rol do art. 5^a da carta política, cláusula pétrea.²⁴ Isso porque o controle difuso de constitucionalidade é essencial para a defesa do cidadão. Especialmente num modelo federativo como o nosso, no qual o cidadão está sob a égide de quatro “ordenamentos” distintos, o constitucional, o federal, o estadual e o municipal.

A multitude de normas de “caráter primário”²⁵ existentes hoje no Brasil impõe a concorrente existência de um mecanismo de defesa do cidadão contra eventual excesso legislativo, em qualquer dos planos federativos. Daí que a previsão do controle difuso na constituição tem íntima ligação com a principal característica dos direitos individuais, sua natureza de proteção do indivíduo contra o próprio poder do Estado, o que comumente é denominado pela doutrina de eficácia vertical dos direitos individuais.

Deste modo, o sujeito, ao ver qualquer espécie normativa inconstitucional, invasora de seus direitos individuais, derivada de qualquer dos membros da federação, poderá acessar o judiciário, individualmente, para salvaguarda de seus direitos.

Sob essa perspectiva, o controle difuso de constitucionalidade complementa o “recheio” complexo do atual conceito de cidadania, tornando-se *conditio sine qua non* de seu exercício. Indo além, pode-se afirmar que a segurança proporcionada pelo *judicial review* é garantia individual, assim como aquelas presentes no quinto artigo

²⁴ Duas questões jurisprudenciais merecem destaque: primeiro, o reconhecimento pelo STF de que a atual constituição manteve a previsão do controle difuso de constitucionalidade; isso porque poderia ser pensado que a cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 teria atribuído tão somente a órgãos judiciais colegiados essa técnica de controle de constitucionalidade, nesse sentido: “A norma inscrita no art. 97 da Carta Federal, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, não se aplica aos magistrados singulares quando no exercício da jurisdição constitucional (RT 554/253). [HC 69.921, rel. min. Celso de Mello, j. 9-2-1993, 1^a T, DJ de 26-3-1993.]; em segundo o fato de o mesmo STF ter reconhecido a existência de direitos individuais para além daqueles elencados no art. 5^o, isso na ADI 939.

²⁵ Entendemos por “normas primárias” aquelas que podem inovar o ordenamento jurídico, impondo aos indivíduos condutas; de outro lado, teríamos as normas regulamentares, que, em vez de inovarem o mundo do direito, apenas regulamentam o quanto normativo já existente.

O controle difuso de constitucionalidade como garantia fundamental ao exercício da cidadania

da Carta Magna, de modo que o instituto se convola em cláusula pétreia, não podendo ser aniquilado ou mitigado pelo constituinte derivado.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível observar que o controle difuso de constitucionalidade é uma imprescindível ferramenta garantidora da cidadania. A sua origem expressa também essa tendência, principalmente no *Bonham's case*, pois, ao afastar a incidência de norma “inconstitucional” no caso concreto, Sir. Edward Coke envia uma mensagem implícita ao Estado, limitando o seu poder sempre que suas normas violem direitos individuais. Nos dias atuais, é impensável a atuação estatal sem quaisquer limites. Tal mudança de valores é uma das consequências do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade. Não há de se falar em constituição sem que hajam mecanismos que garantam a sua normatividade, a sua aplicação e que vinculem todos os poderes constituídos. A própria existência, no texto da Constituição, da previsão do controle de constitucionalidade das normas indica a necessidade de sua normatividade. Por isso não se pensa em Direito Constitucional sem controle de constitucionalidade, pois se assim fosse, todas as disposições constitucionais não seriam cogentes²⁶. Aliado ao conceito e ideia de constituição rígida, a previsão do controle de constitucionalidade faz garantir a hierarquia da Constituição e, de modo reflexo, a própria cidadania.

Conjugado à ideia de hierarquia e normatividade da Constituição, o controle difuso de constitucionalidade é elemento fundamental para o exercício da cidadania e controle dos poderes do Estado. Os principais direitos dos cidadãos estão expressos nas constituições, principalmente após a mudança de Estado Liberal para Estado Social. Com essa alteração de paradigma, as constituições passaram a prever não só direitos individuais, como também os direitos fundamentais de segunda e terceira geração. Hodiernamente, as constituições regulam as três dimensões da cidadania (direitos civis, políticos e sociais) quase que em sua totalidade. Sendo assim, o controle incidental de constitucionalidade é o instrumento mais efetivo para garantir

²⁶ Sergio Rezende de Barros, Simplificação do Controle de Constitucionalidade, In: *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: América Jurídica, 2002, p. 593 et seq.



os direitos do cidadão comum, uma vez que este não é legitimado para propor ações diretas e abstratas. Daí a importância de se conferir o caráter de garantia fundamental ao controle difuso de constitucionalidade, pois sem ele poderia haver uma violação em massa dos direitos do cidadão sem que este pudesse se defender.

Desse modo, se o indivíduo tem direito a que a legislação absorva o conteúdo dos direitos individuais, deve também ter uma garantia de resistir a instrumentos legislativos criados ao arrepio de seus direitos individuais. É só imaginar o caso de normas que proibam o casamento homoafetivo, ou que imponham determinada vestimenta em dias especiais, ou que limitem o exercício do direito de culto, ou a liberdade de expressão, *et cetera*. O cidadão deve ter um meio de se insurgir contra esse tipo de situação. Daí o caráter essencial do controle difuso como decorrência lógica do sistema de direitos e garantias individuais.

Conclui-se, portanto, que o controle difuso de constitucionalidade é uma verdadeira “arma” ou “escudo de defesa” nas mãos do cidadão, podendo este se valer do instituto sempre que considerar estar sendo obrigado a algo por uma norma inconstitucional. O controle por via incidental é instrumento caro para a democracia, uma vez que seus valores estão assentados nos direitos do cidadão, não podendo a deliberação da maioria atingir a esfera existencial de uma eventual minoria. Para que o controle concreto de constitucionalidade continue cumprindo sua missão histórica, é necessário que se retorne às suas origens e que se compreenda as suas principais características, a fim de que estas sejam conservadas. Não se pode também priorizar a economia processual em detrimento dos direitos do cidadão, pois assim estaríamos diante de um enorme retrocesso no que tange aos direitos individuais. Por fim, cabe ressaltar que, para que possamos buscar uma cidadania efetiva, devemos fortalecer cada vez mais o instituto do controle difuso, entendendo-o como garantia fundamental e, portanto, merecedor de proteção especial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito*. Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 229, p. 433-452, mar. 2014.

BARROS, Sergio Resende. Simplificação do Controle de Constitucionalidade. In: *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: América Jurídica, 2002, pp. 593-618.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade, Vol. I. 2ª edição Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVEIRA, Ricardo dos Reis e SILVA, Juvência Borges. O INÍCIO DA CONCEPÇÃO DOS DIREITOS INALIENÁVEIS NO LEVIATÃ DE THOMAS HOBBS, CONPEDI, UFS, 2015. Disponível em:
<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/3a01aj5a/n15s6yf2cN7KF4M8.pdf>. Acesso em 01 de Agosto de 2018.

SILVEIRA, Ricardo dos Reis e SILVA, Sebastião Sérgio da. OBJETIVAÇÃO DA DECISÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: CONPEDI ARACAJU, UFS, 2015. Disponível em:

<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2vbeg275/j2TD907A80CYf6E8.pdf>.
Acesso em 01 de Agosto de 2018.

