



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN: 2359-5639

Universidade Federal do Paraná

TOMMASINI, NICOLA; SILVA, ROBERTO BAPTISTA DIAS DA
Reflexões críticas sobre a declaração de inconstitucionalidade de ofício
Revista de Investigações Constitucionais, vol. 5, núm. 2, 2018, Maio-Agosto, pp. 187-208
Universidade Federal do Paraná

DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i2.51445>

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534057838009>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em redalyc.org

UDEM redalyc.org

Sistema de Informação Científica Redalyc
Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal
Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto



Reflexões críticas sobre a declaração de inconstitucionalidade de ofício

Critical reflections on the “ex officio” declaration of unconstitutionality

NICOLA TOMMASINI*

Universidade de São Paulo (Brasil)

nicola.i.tommasini@gmail.com

ROBERTO BAPTISTA DIAS DA SILVA**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

rdiasdasilva@pucsp.br

Recebido/Received: 30.03.2017 / March 30th, 2017

Aprovado/Approved: 23.04.2018 / April 23rd, 2018

Resumo

Este artigo pretende expor os diferentes argumentos e posições quanto à possibilidade da declaração de inconstitucionalidade *ex officio*. Procuraremos demonstrar que a questão esconde complexidades que não podem ser ignoradas quando do tratamento do tema. Propomos, nesse sentido, que é possível cogitar a criação de um modelo que considere as diversas implicações de se proibir ou obrigar o controle de constitucionalidade de ofício. O trabalho utiliza a metodologia analítica, pois, através de estudos da doutrina e da jurisprudência, nacional e estrangeira, desenvolve os argumentos que hoje se colocam, estabelecendo (i) um panorama para a criação de um modelo capaz de absorver as diversas implicações da questão e (ii) uma base para uma crítica construtiva

Abstract

This article intends to explore the arguments for and against the possibility of the declaration of unconstitutionality of norms ex officio. It intends to demonstrate that the problem at hand hides several complexities that cannot be ignored when the subject is broached. It proposes that it is possible to think of an adequate model that considers the numerous implications that stem from the prohibition or obligation of the ex officio control. The research employs an analytical methodology, given that, through careful examination of national and foreign jurisprudence and doctrine, it intends to develop on arguments that are currently asserted, establishing (i) a panorama for the creation of a model capable of absorbing the ramifications of the problem and (ii) a base for future constructive criticism of the models that currently

Como citar esse artigo/How to cite this article: TOMMASINI, Nicola; SILVA, Roberto Baptista Dias da. Reflexões críticas sobre a declaração de inconstitucionalidade de ofício. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2. p. 187-208, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.51445.

* Mestrando em Direito Constitucional na Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Bolsista FAPESP. Bacharel pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: nicola.i.tommasini@gmail.com.

** Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil) e do Curso de Administração Pública da Escola de Administração de Empresas da FGV (São Paulo-SP, Brasil). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: rdiasdasilva@pucsp.br.

dos modelos que hoje se impõem. Ao final, concluímos que, de fato, o tema merece ser repensado no âmbito da doutrina e da jurisprudência brasileiras, pois se trata de problemática de alta relevância e complexidade, cujas implicações se observam na separação e equilíbrio entre os poderes.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade de ofício; declaração de inconstitucionalidade de ofício; *iura novit curia*; princípio da congruência; matéria de ordem pública.

reign supreme. It concludes that the possibility of ex officio judicial review does in fact deserve reconsideration in Brazilian doctrine and jurisprudence, because of its accentuated relevance, complexity and implications in the separation and balance between Powers.

Keywords: *judicial review ex officio; declaration of unconstitutionality ex officio; iura novit curia; principle of congruence; matter of public policy.*

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Conceito e critério para a atuação do Judiciário, sem provocação, no controle da constitucionalidade; 3. Entre argumentos contra e favor do controle de ofício; 3.1. Os argumentos pela obrigatoriedade e importância do controle de ofício; 3.1.1. A inconstitucionalidade enquanto matéria de ordem pública; 3.1.2. “*iura novit curia*”; 3.1.3 As consequências positivas da possibilidade do controle de ofício; 3.2. Os argumentos pela impossibilidade; 3.2.1. Violação do princípio da congruência; 3.2.2. Violação da separação de poderes; 3.2.3. Violação da presunção de constitucionalidade; 3.2.4. As consequências negativas da obrigatoriedade; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de controlar judicialmente a constitucionalidade de normas de ofício – ou seja, sem pedido das partes, mas no âmbito de um processo judicial –, apesar de muito pouco discutida no Brasil, tem gerado muitas controvérsias no exterior.

Na Argentina, por exemplo, o assunto tem suscitado calorosos debates¹, especialmente considerando a ausência de norma expressa a permitir ou desautorizar tal hipótese². Como reconhece Maraniello, “no controle de constitucionalidade, um dos temas mais controvertidos é, sem dúvida, a incorporação da declaração de

¹ Ver PLINER, Adolfo. **Inconstitucionalidad de Las Leyes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004; MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011; LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015.

² Algumas Constituições disciplinam a questão. A da Espanha, por exemplo, em seu art. 163 informa que: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”. Também a Constituição da Grécia de 1975, em seu art. 93, parágrafo IV, dispõe que “os tribunais estão obrigados a não aplicar uma lei cujo conteúdo seja contrário à Constituição” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 46). As Constituições do Brasil e da Argentina, contudo, são silentes. MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 302, tradução livre.

inconstitucionalidade de ofício”³. Isso porque os múltiplos princípios e argumentos envolvidos no tema têm gerado interpretações variadas sobre questão, inclusive e especialmente na própria Suprema Corte argentina, que oscilou entre a proibição e a admissão da necessidade de controlar atos sem pedido das partes⁴, tudo o que demonstra a inequívoca complexidade do tema.

No Brasil, há amplo apoio doutrinário à tese de que seria obrigatória a declaração de inconstitucionalidade de normas de ofício⁵, quando pertinente ao caso *sub judice*. O Supremo Tribunal Federal também, em alguns casos, já constatou que o ordenamento jurídico brasileiro permite esse tipo de controle⁶. De acordo com esta corrente, em sede de uma determinada causa em controle concreto de constitucionalidade, deve o magistrado verificar a compatibilidade de todas as normas aplicáveis ao caso com a Constituição independentemente de pedido das partes⁷.

Ver BAZÁN, Victor. El control de constitucionalidade de oficio em la jurisprudência de la Corte Suprema de Justicia Argentina. **Revista de Derecho Político**, n. 60. p. 385-423, 2004.

³ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011.

⁴ Ver BAZÁN, Victor. El control de constitucionalidade de oficio em la jurisprudência de la Corte Suprema de Justicia Argentina. **Revista de Derecho Político**, n. 60. p. 385-423, 2004.

⁵ Vale conferir as seguintes passagens das obras de alguns autores brasileiros. Mendes e Branco (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1068), citando Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, afirmam 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”. Sarlet, Marinoni e Mitidiero também afirmam que o “juiz e os tribunais têm poder de declarar a inconstitucionalidade da lei ainda que as partes ou o Ministério Público calem sobre a questão” (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 816). Barroso não diverge desse entendimento ao explicar que o juiz ou o tribunal, de ofício, podem suscitar o controle a inconstitucionalidade da norma aplicável ao caso, “quando tenham as partes silenciado a respeito” (**O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006). Silva, no entanto, diagnostica a orientação brasileira central de forma contrária: “E no sistema brasileiro? Aqui, tem-se entendido que o juiz não pode conhecer de ofício da questão de constitucionalidade. Sustenta-se que, nessa matéria, também vigora o princípio ne *iudex sine parte*. Diz-se que há uma presunção de constitucionalidade a sustentar, em princípio, a validade das leis” (Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.6. p. 9-19, jan.-dez. 2002. p. 12-13). Pela investigação aqui realizada, no entanto, trata-se de diagnostico equivocado. O autor não cita fontes, de modo que não se sabe a quais trabalhos especificamente estava a se referir.

⁶ Cf. RE 264289, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14/12/2001 (“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”). Embora a questão também admita reflexões no âmbito do controle abstrato, nossas considerações neste artigo estão restritas à hipótese de controle concreto.

⁷ Ver BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 113; MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. t. I. São Paulo: ERT, 1967. p. 392; VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 42; SILVA, José Afonso da. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.6. p. 9-19, jan.-dez. 2002. p. 12-13; STRECK, Luis Lênio. **Juridicção Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002. p. 365; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 816-819; MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1068.

Muito embora o poder de declarar inconstitucionalidades *ex officio* mereça, por sua relevância, estudos mais aprofundados, as manifestações doutrinárias brasileiras sobre o tema, em geral, não oferecem maiores detalhamentos ou problematizações. Indicam os autores brasileiros simplesmente que se trata de “matéria de ordem pública”, ou que a inconstitucionalidade integra o “direito”, ou que é tarefa do juiz aplicar a lei diante dos fatos e, portanto, deve controlar a constitucionalidade das leis sem a limitação da arguição de inconstitucionalidade por uma das partes ou pelo Ministério Público. Portanto, a questão deve ser apreciada de ofício, contanto que circunscrita a um caso concreto. No entanto, à luz do debate argentino, destaca-se a necessidade de um olhar mais atento à questão, na medida em que o exercício extrapolado ou injustificadamente restritivo deste poder implica ou uma violação da separação de poderes, ou um comprometimento da própria atuação judicial e da função jurisdicional. Daí porque se mostra imperioso encontrar um adequado ponto de equilíbrio.

Com efeito, o presente artigo volta-se à análise da inconstitucionalidade de ofício, pretendendo levantar alguns argumentos favoráveis e contrários à tese da irrestrita atuação judicial quanto ao controle não provocado, tão difundida em âmbito nacional. Com sorte, alertará para a relevância da temática examinada e o relativo des-caso com que vem sendo tratada no Brasil. Para tanto, buscamos auxílio na rica literatura estrangeira, na qual se pode vislumbrar um arcabouço teórico mais desenvolvido a respeito da matéria.

Nesse sentido, iniciaremos a discussão delimitando o que se entende por controle de ofício e as diferentes respostas que podem ser dadas ao problema (Tópico 1); em seguida, abordaremos os diferentes argumentos pela obrigatoriedade do controle de ofício (Tópico 2.1) e depois pela sua impossibilidade (Tópico 2.2); ao final, concluiremos com algumas notas sobre a importância de se repensar o controle não provocado no Brasil.

2. CONCEITO E CRITÉRIO PARA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO, SEM PROVOCAÇÃO, NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

O controle de ofício aqui cogitado sempre se dá no âmbito de um processo judicial já instaurado: não se trata da hipótese do Poder Judiciário, rompendo completamente com sua inércia, averiguar, em abstrato, sem um caso concreto submetido à sua apreciação, a constitucionalidade de normas. Trata-se de saber se, *existindo processo*, pode o juiz declarar a inconstitucionalidade de uma norma sem que, nesse mesmo processo, haja pedido expresso das partes ou do Ministério Público pela inconstitucionalidade.

Assim, a “declaração de inconstitucionalidade de ofício” pode ser definida como o reconhecimento judicial, no âmbito de um processo judicial, de que dada norma é

incompatível com a Constituição independentemente de requerimento das partes envolvidas, isto é, por iniciativa do magistrado (*motu propria*)⁸, que tem obrigação de analisar a constitucionalidade das leis que aplica. Costuma-se afirmar que esse controle se dá quando da análise de uma norma aplicável ao caso concreto, eliminando, teoricamente, sua incidência no controle abstrato de normas⁹. Pode ocorrer tanto nos juízos singulares quanto nos Tribunais, dispensando-se, neste último caso, o pré-questionamento¹⁰, mesmo porque “não teria sentido excluir da Corte incumbida de tutelar a Constituição o poder conferido a todo e qualquer juiz”¹¹⁻¹².

Questiona-se no debate argentino supracitado os limites e, em alguns casos, a própria possibilidade da declaração de ofício. Para esse problema existem dois critérios de resolução possíveis¹³. Pode (i) o próprio juiz da causa introduzir e resolver a questão constitucional, declarando a inconstitucionalidade ou constitucionalidade, ou (ii) não deve sequer conhecer da questão constitucional, se não houver sido aventada, limitando-se àquilo que foi pedido pelas partes. No primeiro caso, contudo, questão processual ainda se coloca quanto à extensão da participação das partes na discussão da questão constitucional¹⁴, dada a importância de incluí-las nessa discussão.

Esses critérios, como demonstram as correntes formadas na Argentina, podem ser aplicados a depender do caso concreto (no sentido de que diferentes critérios podem ser aplicados a diferentes situações). Portanto, embora seja possível defender a impossibilidade ou a obrigatoriedade absoluta desse controle, é igualmente plausível

⁸ A proposta conceitual assemelha-se à de PLINER, Adolfo. **Inconstitucionalidad de Las Leyes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p. 49-50.

⁹ SILVA, José Afonso da. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.6, jan.-dez. 2002. p. 13.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 297.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 817-819.

¹² Ver, também, RE 264289, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14/12/2001. p. 2505: “Ora, em hipóteses que tais, até ao STJ, na instância de 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 sua invalidade” (grifo no original). Contudo, comparar com RE 117805, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 04/05/1993, DJ 27/08/1993. p. 17022: “Na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso: assim, quando nem a decisão objeto do recurso extraordinário, nem o recorrente hajam questionado a validade, em face da Constituição, da lei aplicada, mas se hajam limitado a discutir a sua interpretação e consequente aplicabilidade ou não ao caso concreto, a limitação do juízo do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido e, de outro a fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais arguida pelas partes nem cogitada pela decisão impugnada”.

¹³ LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 9.

¹⁴ LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 14.

conformar um modelo que preveja quando (em quais circunstâncias) é possível a declaração de inconstitucionalidade *motu propria*. Afinal, a complexidade do problema exige um modelo que leve em conta os variados elementos da questão.

Não pretendemos, contudo, aqui, elaborar esse modelo abstrato, nem mesmo posicionar-mos a respeito dos modelos que já existem (no Brasil ou no exterior). O objetivo deste artigo é apenas expor algumas das complexidades do tema, inclusive e especialmente no que tange às diferentes normas implicadas na questão e os argumentos que se se colocam contra e a favor do controle de constitucionalidade de ofício.

3. ENTRE ARGUMENTOS CONTRA E A FAVOR DO CONTROLE DE OFÍCIO

A declaração de inconstitucionalidade de ofício põe em choque diferentes princípios que disciplinam e limitam a atividade jurisdicional. Laplacette, nesse sentido, bem enquadra a questão como uma situação em que o juiz se depara com “uma antinomia de normas secundárias, relativas, (...) à conduta do juiz enquanto órgão autoritário”¹⁵, isto é, entre normas de igual hierarquia (constitucionais) reguladoras da conduta e atuação judicial¹⁶. Portanto, a construção de um modelo adequado para o enfrentamento do questionamento aqui proposto passa pela mediação desse conflito.

Contudo, além disso, devemos considerar as consequências de se adotar uma ou outra interpretação, especialmente por se tratar de ponto sensível e limítrofe na separação de poderes. Assim, ademais do confronto entre normas, o que se coloca é uma série de argumentos favoráveis e uma outra série de argumentos contrários ao controle de ofício.

Desse modo, os argumentos a favor e contra a declaração de ofício são, resumidamente, os seguintes:

- (i) A favor (argumentos pela ampliação da atuação judicial): o princípio do *iura novit curia*; tratar-se a inconstitucionalidade de matéria de ordem pública (especialmente privilegiado pela doutrina brasileira); e as consequências positivas da adoção desse controle.
- (ii) Contra (argumentos pela limitação da atuação judicial): o princípio da congruência; a separação de poderes; a presunção de constitucionalidade das leis; e as consequências negativas da adoção do controle de ofício.

¹⁵ LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 8, tradução livre.

¹⁶ LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 8-9.

Apenas examinando todos esses diferentes elementos é que um modelo adequado pode ser elaborado. A seguir, pretendemos destrinchar esses argumentos que atuam a favor e contra a declaração de inconstitucionalidade de ofício. Na exposição dos diferentes fundamentos aproveitaremos a oportunidade para incluir, também, algumas críticas que os põem em dúvida, de modo a problematizar todas as implicações de aceitar certo argumento em detrimento de outros.

3.1. Os argumentos pela obrigatoriedade e importância do controle de ofício

3.1.1. A inconstitucionalidade enquanto matéria de ordem pública

Em primeiro lugar, podemos citar aqueles que entendem que “não existe matéria de ordem pública mais relevante do que a inconstitucionalidade de uma lei”¹⁷ e, portanto, deve a compatibilidade sempre ser verificada *motu propria* pelo juiz, contanto que tenha “conexão com o objeto da demanda, quando tal é imprescindivelmente necessário ao julgamento do pleito”¹⁸.

Embora se possa encontrar diferentes conceitos para ordem pública – que variam, inclusive, entre os diferentes ramos do direito¹⁹ –, vale mencionar a definição de Bidart Campos, que resume bem o sentido da expressão no contexto aqui investigado, para o qual “o direito da Constituição é ‘direito público’ e é de ordem pública, tudo o que significa direito imperativo e forçoso, não disponível nem derogável por ninguém”²⁰. Por isso, conclui Vanossi que:

(...) o reconhecimento da Constituição como norma de ordem pública é o principal argumento para a explicação racional da necessidade de mecanismos que assegurem o controle de constitucionalidade com relação às normas e atos inferiores: sem esse controle se tornaria ilusória a supremacia constitucional com norma de ordem pública, já que os órgãos

¹⁷ STRECK, Luis Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002. p. 365.

¹⁸ STRECK, Luis Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002. p. 365. Observe-se, contudo, a explicação de Mendes e Branco (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1086): “mesmo antes da adoção do instituto da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, –ao contrário do que se verifica adequado nas demais instâncias, que só poderão declarar a inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa – emitia juízo de validade quanto à validade da norma, ainda que esta se mostrasse dispensável à solução da controvérsia”.

¹⁹ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 328.

²⁰ *Apud* MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 328, tradução livre. No original: “el derecho de la constitución es derecho «público» y es de orden público, todo lo cual significa derecho imperativo y forzoso, no disponible ni derogable por nadie”.

*de aplicação e os particulares poderiam “dispor” dos conteúdos constitucionais, que perderiam, assim, a nota de imperatividade que é própria de sua hierarquia normativa*²¹.

Assim, a matéria de ordem pública relaciona-se, para esses autores, com a própria supremacia da Constituição, pois, para eles, se os direitos constitucionais fossem disponíveis, perderiam o caráter imperativo e, consequentemente, a Constituição deixaria de ser norma superior e suprema do ordenamento jurídico.

Contudo, há quem questione que todas as controvérsias constitucionais são de ordem pública. Esses críticos²² explicam que é possível a renúncia a direitos constitucionais e fundamentais – não necessariamente a direitos “como um todo”, mas específicas posições jurídicas de direitos²³ – relativizando, assim, a caracterização da Constituição como de “ordem pública” em todas as hipóteses: “Uma resposta alternativa [à corrente majoritária] é aquela que entende que a Constituição Nacional obriga o juiz, salvo em situações excepcionais, a respeitar a vontade das partes de rejeitar a questão constitucional, do mesmo modo que deve fazê-lo com qualquer outra renúncia ou convenção que os indivíduos realizem a respeito de seus direitos”²⁴.

Nesse sentido, indicam que está incluída na esfera de liberdade dos indivíduos a escolha de renunciar a algumas posições de direitos fundamentais. Para esses autores²⁵, é devida a proteção da esfera de autonomia individual, vedando-se a caracterização generalizada de que todos os direitos constitucionais são indisponíveis e, portanto, de ordem pública²⁶. A partir disso, concluem que a falta de pedido implica renúncia tácita, salvo se o direito for irrenunciável. Pliner bem ilustra a hipótese:

²¹ VANOSSE, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?1=3826>>. p. 37.

²² Cf. LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 16-18 e PLINER, Adolfo. **Inconstitucionalidad de Las Leyes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p. 67-69.

²³ Para distinção esta distinção entre direitos como um todo e posições jurídicas específicas de direitos fundamentais, ver, ALEXY, Robert. **Teoria de Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 184. Sobre a renúncia a posições jurídicas de direitos fundamentais, ver NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, 218-219. Este último autor argumenta que “a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 235). Vale dizer que, pensar de modo diverso, é transformar o direito em um dever.

²⁴ LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires. p.1-29, ago. 2015. p. 16. No original: “Una respuesta alternativa a la misma, es aquella que entiende que la Constitución Nacional obliga al juez, salvo situaciones excepcionales, a respetar la voluntad de las partes de desestimar la cuestión constitucional, del mismo modo que debe hacerlo con cualquier otra renuncia o convención que los individuos realicen respecto de sus derechos”.

²⁵ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

²⁶ Cf. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 138: “(...) ninguém tem o dever de se conduzir da forma descrita na Constituição em referência

Se para a mais completa satisfação de suas pretensões não se opõe uma lei contrária à Constituição e não se reclama de sua ineficácia, não há a renúncia a um direito de ordem pública, nem ocorre a cumplicidade com a violação a uma norma de direito fundamental: só renunciou a um direito que interessa à sua pessoa ou a seu patrimônio, um interesse de que pode dispor livremente, e que o juiz não pode obrigá-lo a exercer ou manter. Por isso, a renúncia – ainda que tácita – a impugnar a validade de uma lei é perfeitamente lícita, e o juiz não pode se substituir ao renunciante questionando uma matéria que não integra a relação processual²⁷.

Esse argumento ganha força se pensarmos que a renúncia ao direito de obter a declaração de inconstitucionalidade pode se revelar como importante exercício de um outro direito fundamental da parte: o direito de defesa. Não exercer o direito de suscitar o controle da constitucionalidade de uma norma aplicável ao caso concreto discutido perante o Judiciário pode ser uma estratégia legítima de defesa do direito defendido judicialmente.

Mesmo que se considere imprópria a possibilidade de renúncia direitos constitucionais, ressalte-se que a indisponibilidade desses direitos não é condição autossuficiente que possa excluir outras normas ou argumentos. Sim, pois se outras normas lhe forem antinômicas ou se as consequências que advêm da declaração de inconstitucionalidade de ofício forem muito severas, é plenamente aceitável, ao menos no plano teórico, que se conclua por uma exceção – ou mesmo uma regra geral – que indique a impossibilidade de controle *apesar* de sua caracterização como matéria de ordem pública.

Assim, parece-nos insuficiente fundamentar a obrigação de declarar a inconstitucionalidade de ofício exclusivamente na sua condição de “ordem pública”.

3.1.2. “*iura Novit Curia*”

O *iura novit curia* baseia-se na assertiva de que “o juiz pode corrigir ou suprir o direito erroneamente invocado ou não citado pelas partes. (...) E a declaração de inconstitucionalidade não é uma questão de fato mas uma questão de direito”²⁸. Desse modo, o *iura novit curia* guarda estreita relação com a locução latina do “*Da mihi factum, dabo tibi ius*”, que pode ser assim traduzida: “Dê-me o fato, que te darei o

a um direito fundamental. Na maioria dos direitos fundamentais, há o livre-arbítrio de exercer ou não o direito outorgado. A liberdade decorrente de direito fundamental é, em toda a regra, dispositiva, sendo somente o Estado obrigado a justificar suas ações/omissões em face da liberdade outorgada, não sendo o indivíduo obrigado a justificar o seu não exercício”.

²⁷ PLINER, Adolfo. **Inconstitucionalidad de Las Leyes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p. 68-69.

²⁸ VANOSSI, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?1=3826>>. p. 557.

direito”²⁹. Assim, busca-se separar as funções do julgador com as das partes: “No controle incidental, a decretação de inconstitucionalidade, sempre que necessária para o julgamento da causa, deve ser feita de ofício pelo juiz. Aplica-se a regra geral de que questões de direito – de que é exemplo, evidentemente, saber se uma norma é constitucional ou não – sempre podem ser conhecidas por iniciativa oficial, independentemente de terem sido suscitadas pelas partes”³⁰.

Luis F. Lozano, em livro dedicado ao tema³¹, bem dissecou o argumento que conclui pela obrigatoriedade do controle sem petição das partes a partir do *iura novit curia*. Nesse sentido, destaca que existem três versões do “princípio”:

a) em sua primeira e literal acepção, o *iura novit curia* estabelece que “o juiz não se apoia nos esforços das partes para conhecer a ordem jurídica e, mais ainda, muito provavelmente conhece-a com muito maior amplitude e profundidade”³². Com isso, trata-se de “garantia contra os erros de apresentação em que podem incorrer os litigantes a quem o direito vigente dá razão ainda que não a apresente do modo mais adequado”³³.

b) em segundo lugar, o *iura novit curia* anuncia que “o juiz pode suprir a parte que omite invocar o direito aplicável. Esta segunda versão enfatiza o fato que o juiz não está limitado pelo que disse a parte acerca do conteúdo do direito objetivo e pode suprir a omissão com seu próprio conhecimento”³⁴.

c) em terceiro e, na visão de Lozano, a mais apropriada “descrição da realidade a que aponta o princípio do *iura novit curia*”³⁵, afirma que “as partes não têm a faculdade de dispor sobre quais são as regras do direito objetivo que aplica o juiz, escolhendo que parte do direito objetivo deve aplicar e qual não”³⁶. Assim, embora as partes possam delimitar, até certo ponto, os fatos apresentados em juízo, não podem excluir normas do sistema jurídico postas para mediar em juízo o conflito. Tal perspectiva:

²⁹ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 329.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112, nota 2.

³¹ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

³² LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 32, tradução livre.

³³ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 34, tradução livre.

³⁴ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 34, tradução livre.

³⁵ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 34, tradução livre. No original: “(...) llegamos a una formulación que no es habitual pero que parece más cercana a una descripción de la realidad a que apunta el principio *iura novit curia*”.

³⁶ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p.34, tradução livre.

(...) em lugar de pôr ênfase nos conhecimentos dos magistrados, (...) ou assumir a possibilidade de que esse conhecimento exceda a argumentação das partes em que aplica as normas que devem ser empregadas para decidir uma causa, põe ênfase no ponto crucial do monopólio da identificação das regras com base nas quais o aparato estatal, do qual o juiz faz parte, deve resolver as controvérsias³⁷.

Com base nesta última versão, se se afirmar que a inconstitucionalidade é uma questão exclusivamente de direito³⁸, conclui-se que o magistrado tem a obrigação de dizer quais leis não podem ser aplicadas por inconstitucionalidade³⁹ – não porque tem maiores conhecimentos, mas porque cabe exclusivamente a ele identificar as regras jurídicas aplicáveis em juízo⁴⁰.

Mas há exceções universalmente reconhecidas ao *iura novit curia*. Por exemplo, cabe à parte invocar lei estrangeira e consuetudinária, não podendo o magistrado dela conhecer sem que ocorra a alegação dos envolvidos⁴¹. Também, não pode o juiz (como regra geral), com base no *iura novit curia*, suprir eventual omissão nas pretensões das partes, de modo que se caracteriza como direito subjetivo da parte e não faculdade do julgador. Assim, as partes ainda retêm certa escolha no que tange ao direito aplicável e os limites da atuação jurisdicional. É dizer: não se trata de princípio absoluto. Comporta diversas exceções, apenas algumas das quais se citou acima. Seria a inconstitucionalidade mais uma delas? Tudo se resume aos critérios que informam o que está a cargo do juiz e o que está sob responsabilidade exclusiva das partes⁴².

Contudo, o mais forte argumento contra o *iura novit curia* como fundamento para o controle de constitucionalidade de ofício diz respeito à qualificação da inconstitucionalidade como “questão normativa” ou “exclusivamente de direito”. Afinal, sendo o *iura novit curia* aplicável apenas às questões de direito, torna-se não incidente o princípio (ao menos em parte) se a declaração de inconstitucionalidade tiver que abordar também questões de fato.

³⁷ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 35-36, tradução livre.

³⁸ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 313; VANOSSE, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3826>>. p. 557.

³⁹ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 313.

⁴⁰ Em sentido similar HARO, Ricardo. **Poder, Constitución y Control**. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 235-236.

⁴¹ No Direito brasileiro, cf. art. 376 do Código de Processo Civil de 2015: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se o juiz assim determinar”.

⁴² LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 41.

A caracterização da questão constitucional como “de fato” ou “de direito” não é trivial. Pelo contrário, como indagou Canotilho:

*As questões de inconstitucionalidade são apenas e só questões de direito ou serão, simultaneamente, questões de facto e questões de direito? (...) Esta questão (...) é uma das mais complexas do direito processual constitucional, pois ainda hoje não é líquido o sentido da “questão de constitucionalidade”, como questão de facto e questão de direito.*⁴³

Não obstante a afirmação de que a inconstitucionalidade é questão de puro direito⁴⁴, grande parte dos juristas já caminham no sentido de reconhecer um aspecto fático no juízo de inconstitucionalidade. Ainda que em controle abstrato, prevalece hoje a concepção acertada de que as questões constitucionais se abrem também para fatos concretos, como explica Tavares, ilustrando a questão com uma referência histórica:

*A desmistificação da concepção tradicional de que a questão de ordem constitucional representa pura questão exclusivamente jurídico-normativa remonta ao começo do Século XX, nos Estados Unidos da América do Norte, no caso Muller vs. Oregon (1908), com o memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no qual havia duas páginas destinadas às questões jurídicas e outras noventa e cinco destinadas aos efeitos (reais), sobre a mulher, da longa duração da jornada de trabalho*⁴⁵.

Também “o direito constitucional brasileiro marchou, significativamente, para a superação da ideia clássica de inconstitucionalidade conceitualmente preconcebida no âmbito da cognição por operações meramente formal-dedutivas de premissas normativas”⁴⁶. Na mesma nota, consoante observou Mendes, o Supremo Tribunal Federal não mais adere à visão que tende ao compartimento estanque “dos elementos fáticos e normativos envolvidos”⁴⁷.

Infelizmente, a complexidade da questão é impeditivo maior para que ela seja cuidadosamente desenvolvida neste artigo⁴⁸, que objetiva coisa diversa. Para os fins

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

⁴⁴ HARO, Ricardo. Uma consolidada abertura em el control judicial de constitucionalidad argentino. In: FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Orgs.). **La ciencia del derecho procesal constitucional**: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. III, Jurisdicción y control constitucional, Cidade de México: 2008. p. 259.

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1037.

⁴⁶ HERANI, Renato Gugliano. **A Prova da Inconstitucionalidade das Leis na Justiça Constitucional Brasileira**. São Paulo, 2012. 463 f. Tese de Doutorado, Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 18.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Saber**, Salvador, n. 3. p. 1-24, jun. 2001.

⁴⁸ Maiores detalhamentos podem ser vistos em HERANI, Renato Gugliano. **A Prova da Inconstitucionalidade das Leis na Justiça Constitucional Brasileira**. São Paulo, 2012. 463 f. Tese de Doutorado, Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

desta análise, relevante é notar a evolução da doutrina no sentido de reconhecer, cada vez mais, a importância dos fatos na questão de constitucionalidade. O próprio direito brasileiro, ao admitir as audiências públicas, indica a necessidade, em alguma medida, de influxo factual no juízo de compatibilidade com a Constituição. Por isso tudo, é de se suscitar um possível contrassenso no que diz respeito ao enquadramento da questão constitucional no princípio do *iura novit curia*: este (exclusivamente relacionado ao direito) não deveria se aplicar àquela (pois constitui uma combinação de questões de fato e de direito).

Enfim, se o controle da constitucionalidade envolve, também, questões de fato, o conhecimento da inconstitucionalidade pelo Judiciário, sem provocação de uma das partes, poderá abalar a inércia da jurisdição e, com isso, afetar a imparcialidade do juiz.

3.1.3. *As consequências positivas da possibilidade do controle de ofício*

Autores que defendem a obrigatoriedade do controle de ofício também frequentemente enfatizam os aspectos positivos que derivam de aceitar essa tese. Em primeiro lugar, afirma-se que o controle de ofício agrega mais força à Constituição ao instituir um sistema robusto que não permite a aplicação de leis inconstitucionais. Garantiria, dessa forma, a supremacia da Constituição⁴⁹.

Em segundo lugar, afirmam também que o controle de ofício pode assegurar os direitos constitucionais, garantindo que a proteção se estenderá também àquele que cometeu equívocos ou omissões não intencionais na apresentação do caso. Nesse sentido, o juiz não deixará de aplicar o direito só porque a apresentação do caso foi deficiente⁵⁰. Aqueles que aderem à posição que obriga o controle não peticionado argumentam que tal posição aprimora o controle difuso, pois “velam pelo respeito da Constituição sem estar atado a construções erráticas e lúgubres que as partes façam do direito”⁵¹.

Além disso, a constante vigilância quanto à constitucionalidade evitaria sentenças desiguais e contraditórias: conforme Haro, sem o controle de ofício, “(...) chegaremos a situações absurdas pois pode dar-se o caso que, frente a um pedido da parte, a Corte Suprema ou qualquer tribunal, declarará inconstitucional uma norma, e por isso não a aplicará como válida, contradizendo manifestamente sua jurisprudência e

⁴⁹ VANOSSE, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3826>>. p. 557.

⁵⁰ O argumento retira do *iura novit curia* no seu segundo sentido, que age como “garantia contra os erros de apresentação em que podem incorrer os litigantes a quem o direito vigente dá razão ainda que não a presente do modo mais adequado” (LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p.36, tradução livre).

⁵¹ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 333, tradução livre.

ocasionando um escândalo jurídico incompreensível”⁵². Também Maraniello conclui que o controle de ofício “evita sentenças contraditórias por falta de uma adequada defesa constitucional”⁵³.

Por fim, Maraniello afirma que o controle de ofício “robustece o poder judicial com maior independência não somente frente aos outros poderes do Estado, mas também aos limites normativos das partes”⁵⁴. Isso porque não estaria o Poder Judiciário à mercê das partes, podendo, sempre no intuito de resolver o caso concreto, declarar a inconstitucionalidade, reafirmando seu compromisso com a Constituição.

3.2. Argumentos pela impossibilidade

3.2.1. Violação do princípio da congruência

O princípio da congruência⁵⁵ indica que o juiz decida a lide nos limites do postulado pelas partes. Nesse sentido, veda o julgamento *ultra*, *extra* ou *infra petita*. Por isso, “o princípio da congruência, em princípio, proíbe que o juiz vá além do requerido pelas partes no processo e como justamente a inconstitucionalidade de ofício é efetuada sem que as partes hajam peticionado, resulta de vital importância sua análise pormenorizada”^{56/57}.

Como se viu, contudo, pode-se concluir que os autores brasileiros não consideram o princípio aplicável, especialmente porque, para eles, trata-se de matéria de ordem pública que prescinde de pedido da parte para reconhecimento de ofício⁵⁸ - exceção à congruência.

Ademais, para alguns, se a inconstitucionalidade for declarada como questão prejudicial do processo, não há que se falar em violação da congruência: “(...) contanto que o juiz se limite às questões levantadas no processo, e para elucidar a lide, somente

⁵² HARO, Ricardo. **Poder, Constitución y Control**. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 236, tradução livre. No original: “(...) Ilegaremos a situaciones absurdas, pues podrá darse el caso que frente a un pedido de parte, la CSJN o cualquier tribunal, declarará inconstitucional una norma, y por ende no la aplicará como válida, contradiciendo manifestamente su jurisprudencia y ocasionando un escándalo jurídico incomprendible”.

⁵³ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 333, tradução livre.

⁵⁴ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 333, tradução livre.

⁵⁵ Há diferentes nomenclaturas que são empregadas: “princípio da correlação entre ação e sentença”, “princípio da adstrição”, “princípio da proibição do julgamento *extra*, *infra* ou *ultra petita*”, entre outros.

⁵⁶ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 325.

⁵⁷ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 325, tradução livre.

⁵⁸ Ver Tópico 2.1.1.

está sujeito à seleção do direito aplicável à sua concordância com a Lei Fundamental. Tudo isso sem esquecer que o controle de constitucionalidade não é uma concessão graciosa conferida aos juízes, mas um dever que recai sobre eles⁵⁹.

De fato, não se trata de princípio absoluto. Diversas são as matérias que o ordenamento permite que o juiz verifique de ofício – inclusive e especialmente, as próprias matérias de ordem pública. Por tudo isso, sua invocação não resolve o problema debatido aqui, mas certamente contribui para a tese de que é impossível o controle de ofício, porque o julgador está, em regra, preso aos pedidos das partes. Por isso, o princípio da congruência se contrapõe à caracterização da inconstitucionalidade como matéria de ordem pública, demandando resultado oposto.

Também aqui se repete a importante discussão, aventada acima, que diz respeito à disponibilidade dos direitos constitucionais e a possibilidade de renunciar a eles tacitamente, quando ausente arguição de inconstitucionalidade pelas partes. Isso porque é inaplicável o princípio da congruência para os direitos indisponíveis, mas plenamente aplicável àqueles que são passíveis de renúncia.

3.2.2. *Violação da separação de poderes*

É recorrente na discussão a respeito da possibilidade do controle de ofício a invocação da separação de poderes. Já se viu, acima, que alguns consideram que aceitar esse controle fortalece a independência do Judiciário⁶⁰. Contudo, há quem utilize a separação de poderes como argumento contrário ao controle de ofício, argumentando que, na verdade, a sua adoção implica a violação desse fundamental sistema de controle do poder⁶¹.

Nesse sentido, a deferência ao Poder Legislativo, derivada da separação de poderes, para Lozano, significa que o Poder Judiciário não deve “assumir aspecto algum do Poder Legislativo”⁶². Por essa perspectiva, é preciso que o Poder Judiciário mantenha suas próprias características e não se aproprie de características da função legislativa.

Nesse sentido, consoante Cappelletti, embora a função jurisdicional contenha, por sua própria natureza, características substanciais da função legislativa⁶³, um dos aspectos diferenciadores da atividade judicial reside no modo com que forma o direito:

⁵⁹ CARNOTA, Walter Fabián; MARANIELLO, Alejandro Patricio. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 59.

⁶⁰ MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 333.

⁶¹ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 85-89.

⁶² LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 86, tradução livre.

⁶³ Nesse sentido, afirmou Cappelletti que “(...) do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘law-making processes’” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 75).

“o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal”⁶⁴. Com essa diretriz em mente, seria possível concluir que a atuação sem pedido descaracteriza esse modo diferenciado de “criar o direito”: tratar-se-ia de ato de “índole legislativa”⁶⁵ que invade a esfera legítima do Poder Legislativo, estarecendo a separação de poderes.

Refutando essa tese, Haro enfatiza que:

*O princípio da divisão e equilíbrio de poderes se quebra se um tribunal declara a inconstitucionalidade fora de uma causa judicial, mas de modo algum quando tal declaração se formula dentro da mesma, ainda que não exista petição da parte, com apenas efeitos inter partes e, em consequência, sem consequências genéricas nem derogatórias. Se os juízes devem aplicar o direito válido, é dizer, o ditado pela Constituição Nacional, não parece razoável que a mera ausência de pedido da parte possa impedi-los sob o pretexto de estar quebrantando a divisão e equilíbrio dos poderes*⁶⁶.

De todo modo, o argumento pela violação da separação de poderes não acaba por aí. Lozano também argumenta que a declaração de inconstitucionalidade, quando emitida com pedido da parte, já consubstancia remédio excepcional para situação igualmente excepcional⁶⁷. Ampliar essa competência também para os casos em que não há pedido de modo a “estender os choques entre juiz e legislador a situações em que não havia vontade do titular de obter proteção para seu direito, é em si mesmo aumentar injustificadamente o número e intensidade dos choques”⁶⁸.

Ademais, segue o autor enfatizando que isso não apenas aumentaria a quantidade de choques, como também modificaria a própria postura do juiz “quando se vê impelido a decidir sobre a conformidade de cada lei aplicada com a Constituição”⁶⁹; deixaria de abordar a inconstitucionalidade enquanto “impacto da lei em certo direito subjetivo”, para aproximá-la como mero confronto entre duas normas de caráter geral⁷⁰, abandonando as peculiaridades do caso concreto.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juíces Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 73.

⁶⁵ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 87.

⁶⁶ HARO, Ricardo. **Poder, Constitución y Control**. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 262, tradução livre.

⁶⁷ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 87.

⁶⁸ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 88, tradução livre.

⁶⁹ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 88, tradução livre.

⁷⁰ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 88, tradução livre.

3.2.3. Violação da presunção de constitucionalidade

A “presunção de constitucionalidade” admite, tradicionalmente, diferentes sentidos⁷¹. No contexto do controle de ofício, três possíveis significados podem, *prima facie*, ser levantados como argumentos pela impossibilidade da atuação do Judiciário sem pedido das partes.

Em primeiro lugar, pode aplicar-se a tradicional lição, atribuída à presunção de constitucionalidade, de que “a lei é constitucional até que sobrevenha decisão que lhe declare incompatível com a Constituição”⁷². O argumento pela impossibilidade de controle, baseado nesse sentido da presunção, depende de uma extensão desse comando: que o Judiciário apenas pode declarar a inconstitucionalidade de leis se provocado expressamente, dado que, em respeito ao Poder Legislativo, a atuação judicial deve ser pautada a partir de rigorosos requisitos subjetivos e objetivos (dentre os quais se inclui a necessidade de pedido). Nesse sentido é a opinião de Sérgio Petracchi, citada por Maraniello: “Não é lícito que os juízes se pronunciem de ofício sobre a validade de outros poderes do Estado, e em especial, das leis e regulamentos nacionais. Tal princípio reconhece por fundamento a presunção de validade dos atos estatais e a necessária limitação da faculdade judicial de invalidá-los aos supostos da existência de uma causa e um peticionário cujos direitos se encontram afetados”⁷³.

Por seu turno, esse argumento sofre críticas pelo fato que a declaração de inconstitucionalidade de ofício se dá no âmbito de um processo judicial e para o único e exclusivo fim de decidir o caso em tela, dado tratar-se de questão prejudicial no caso concreto. Além disso, pode-se citar a crítica de Vanossi, o qual explicita que se trata de uma presunção *juris tantum*, que, por isso, pode ser derrotada tanto com ou sem pedido das partes⁷⁴. Assim, “por que a validade deve depender somente da vontade das partes, de sua petição ou não, quando o próprio juiz está comprovando a ilegitimidade do ato?”⁷⁵. Aqui novamente surge, contudo, o questionamento a respeito da extensão da participação das partes na arguição de inconstitucionalidade.

⁷¹ Ver BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 301.

⁷² BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 301.

⁷³ *Apud* MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid. p. 301-336, 2011. p. 331, tradução livre.

⁷⁴ VANOSSE, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridcas.unam.mx/libros/libro.htm?1=3826>>. p. 557.

⁷⁵ TAVARES, André Ramos, TOMMASINI, Nicola. Graduando a presunção de constitucionalidade. **Revista Fórum Jurídico**, v. 7. p. 66-69, 2016.

HARO, Ricardo. **Poder, Constitución y Control**. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 234, tradução livre.

Em segundo, há a regra derivada da presunção que indica que cabe àquele que alega a inconstitucionalidade o ônus de demonstrá-la⁷⁶. Assim, seria possível argumentar que não tendo qualquer das partes obtido êxito em demonstrar a inconstitucionalidade – justamente porque a inconstitucionalidade nem sequer foi suscitada –, impossível seu conhecimento de ofício.

Contudo, é importante ressaltar que o juiz constitucional não está adstrito, no Brasil, às considerações das partes, podendo, no que tange à inconstitucionalidade, lançar mão de outros argumentos (inclusive no controle concreto), o que se convencionou chamar *causa petendi* aberta no controle da constitucionalidade. Daí porque esta regra da presunção de constitucionalidade das normas pode ser relativizada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade não depende inteiramente dos argumentos das partes.

Em terceiro, também é possível afirmar que a presunção ordena que o Poder Judiciário seja deferente ao Poder Legislativo, preferindo a constitucionalidade da lei, a não ser que “não haja nenhum argumento razoável pela constitucionalidade da norma”⁷⁷. Se tal comando for, de fato, plenamente aplicável no Brasil, devemos aceitar que a regra de deferência generalizada indicaria a necessidade de o Judiciário, a princípio, escolher a opção conservadora, o que, nesse caso, implica não conhecer da inconstitucionalidade de ofício.

Quanto a este último significado da presunção, não é tarefa difícil questionar sua validade no ordenamento constitucional brasileiro. A orientação, que na verdade expressa um nível constantemente alto de presunção, não se coaduna com a Justiça Constitucional brasileira, de modo que já se encontra quem aponte para a necessidade de sua graduação⁷⁸, de modo a permitir a auto regulação mais acurada da atuação judicial:

(...) a presunção de constitucionalidade deve ser construída, portanto, respeitando o sistema majoritário, mas presando, para fins de equilíbrio, pelos direitos e objetivos fundamentais de cada Constituição positiva (...) Assim, se determinado direito for suficientemente relevante, a teoria exposta sugere que uma lei restritiva deve presumir-se constitucional em menor grau, sendo necessária uma vigilância mais estreita a fim de

⁷⁶ Nesse sentido, SOUZA NETO, Claudio Pereira, SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 460; SILVA, José Afonso. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 880.

⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 301. Essa orientação deriva dos ensinamentos de THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of American Constitutional Doctrine. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3. p. 13-156, out.1893.

⁷⁸ Ver TAVARES, André Ramos, TOMMASINI, Nicola. Graduando a presunção de constitucionalidade. **Revista Fórum Jurídico**, v. 7. p. 66-69, 2016; COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Estudios Constitucionales, 1997; SOUZA NETO, Claudio Pereira, SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

*analisar-se sua compatibilidade com a Constituição. Em outras palavras, a lei passa por um processo de “justificação constitucional” mais rigoroso*⁷⁹.

Desse modo, há relevantes razões para não apoiar a vedação do controle de ofício na presunção de constitucionalidade.

3.2.4 As consequências negativas da obrigatoriedade

Lozano destaca consequências negativas que decorrem da permissão do controle de constitucionalidade de ofício⁸⁰. Em primeiro lugar, ao impor que o juiz se debruce sobre a constitucionalidade de todas as leis que aplica, é necessário consequentemente admitir que todas as leis aplicadas são, na visão daquele que as aplica, constitucionais: aplicação = constitucionalidade⁸¹. A aplicação é uma declaração de constitucionalidade tácita. Daí porque, sob pena de descumprimento da obrigação de verificar de ofício a constitucionalidade das normas, todas as vezes que uma lei é aplicada, cria-se um posicionamento – uma espécie de “precedente” em sentido amplíssimo –, naquele juízo ou Tribunal, pela constitucionalidade da lei. Essa consequência traz consigo alguns problemas:

(i) Primeiro, é importante analisar se é mesmo desejável que um posicionamento tão relevante quanto aquele sobre a constitucionalidade de uma norma seja fixado nesses termos. Não seria mais adequado que o juiz se debruçasse especificamente sobre o tema? Ademais, não é também importante saber a justificativa, os argumentos, que levaram à conclusão pela constitucionalidade – argumentos esses inexistentes uma vez que a aplicação da norma não necessita deles? Não é sequer possível, neste cenário, avaliar a congruência interna da decisão de constitucionalidade, de modo que não pode ser corretamente avaliada ou mesmo futuramente questionada.

(ii) Segundo: é factível exigir que o juiz elabore um juízo de constitucionalidade sobre as dezenas (às vezes centenas) de normas que podem incidir num só caso? A bem da verdade, esta ficção de que o juiz ponderou a respeito da constitucionalidade de todas as normas pressupõe, equivocadamente, que todas questões constitucionais são de simples e fácil resolução.

(iii) A equação aplicação = constitucionalidade atua em detrimento da constatação de que não há nada mais relevante e grave do que o Judiciário se debruçar sobre a constitucionalidade das leis – pelo menos da perspectiva de separação de poderes. Isso porque caracteriza essa competência do Poder Judiciário, ainda que implicitamente,

⁷⁹ TAVARES, André Ramos, TOMMASINI, Nicola. Graduando a presunção de constitucionalidade. **Revista Fórum Jurídico**, v. 7. p. 66-69, 2016. p. 67-68.

⁸⁰ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 47-50.

⁸¹ LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 48.

como algo simples, ordinário, recorrente, usual. É possível argumentar, assim, que a questão constitucional deixa de ser uma questão, relevante, rara e delicada, já que qualquer aplicação pressupõe um juízo prévio de constitucionalidade.

Ademais, a declaração de ofício pode atropelar legítimas renúncias a posições específicas de direito fundamentais e constitucionais⁸². Assim, se se considerar possível a renúncia – como nós entendemos ser viável –, e que tal renúncia não precisa ser expressa ou ter forma específica, a atuação de ofício pode ferir a vontade e o direito à renúncia da parte, que fica impossibilitado de legitimamente exercê-la.

4 CONCLUSÃO

A habitual aceitação da tese do controle de constitucionalidade de ofício no Brasil pode até ser correta, mas os argumentos que hoje são desenvolvidos para sustentá-la nos parecem insuficientes, dado que (i) sequer se reconhece a existência de elementos que apontem no sentido de sua incorreção, tratando a problemática com certa simplicidade, e (ii) não se medem as consequências (positivas e negativas) da adoção de tal entendimento.

Por isso, o objetivo deste ensaio, mais do que apontar soluções para o intrincado problema do controle da constitucionalidade de ofício, foi trazer outros argumentos que tanto fortalecem quanto enfraquecem a tese da possibilidade de tal atuação do Judiciário. Enfim, buscamos, neste espaço, demonstrar que a temática é multifacetada e que uma análise rigorosa sobre o controle de ofício da constitucionalidade merece o enfrentamento de uma série argumentos polêmicos que indicam que o assunto não é singelo, como poderia parecer inicialmente.

5. REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria de Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

⁸² LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 48.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARNOTA, Walter Fabián; MARANIELLO, Alejandro Patricio. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Estudos Constitucionales, 1997.
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- HARO, Ricardo. **Poder, Constitución y Control**. México: Universidad Autónoma de México, 2002.
- HARO, Ricardo. Uma consolidada abertura em el control judicial de constitucionalidad argentino. In: FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Orgs.). **La ciencia del derecho procesal constitucional**: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. III: Jurisdicción y control constitucional, Cidade de México: 2008. p. 257-272.
- HERANI, Renato Gugliano. **A Prova da Inconstitucionalidade das Leis na Justiça Constitucional Brasileira**. São Paulo, 2012. 463 f. Tese de Doutorado, Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- LAPLACETTE, José Carlos. Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina. **La Ley**, Buenos Aires, p. 1-29, ago. 2015.
- LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de oficio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- MARANIELLO, Patricio Alejandro. La declaración de inconstitucionalidade de oficio. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 15, Madrid, p. 301-336, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Saber**, Salvador, n. 3, p. 1-24, jun. 2001.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. t. I. São Paulo: ERT, 1967.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.
- PLINER, Adolfo. **Inconstitucionalidad de Las Leyes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira da. **Direito Constitucional**: Teoria História e métodos de trabalho. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.6, p. 9-19, jan.-dez. 2002.

SILVA, José Afonso. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Luis Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos, TOMMASINI, Nicola. Graduando a presunção de constitucionalidade. **Revista Fórum Jurídico**, v. 7, p. 66-69, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of American Constitutional Doctrine. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, p. 13-156, out.1893.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena), **La Ley**, s.l., s.n., 2013. Disponível em <<http://biblio.juridcas.unam.mx/libros/libro.htm?1=3826>>.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.