

A argüição de inconstitucionalidade e a Súmula vinculante nº 10 como instrumentos da Hermenêutica constitucional

Nagib Slaibi Filho

Magistrado – RJ

Professor da EMERJ – UNIVERSO

1. Súmula vinculante nº 10. 2. Caráter hermenêutico da argüição de inconstitucionalidade. 3. Cláusula de reserva de plenário. 4. Procedimento da argüição de inconstitucionalidade. 5. Caráter bifrontal dos efeitos da decisão do Pleno: normativo e jurisdicional. 6. Revisão da decisão do Pleno que reconheceu a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade. 7. Poder do Pleno de modular os efeitos da norma inconstitucional. 8. Esvaziamento da norma decorrente do disposto no art. 52, X, da Constituição. 9. Controvérsia sobre a questão de constitucionalidade como pressuposto de admissibilidade do incidente. 10. Cláusula de reserva de plenário – inerente às ações de controle concentrado em face da competência funcional do Pleno. 11. Efeitos do descumprimento da súmula vinculante. 12. Conclusão.

1. Súmula vinculante nº 10

Profundas alterações no sistema de controle de constitucionalidade são trazidas pela edição, em junho de 2008, da Súmula vinculante nº 10 pelo Supremo Tribunal Federal, com força obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública de todos os níveis federativos e esferas governamentais,

como decorre do disposto no art. 103-A da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

O enunciado sumular tem a seguinte redação:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Este trabalho¹ aprecia alguns dos efeitos que decorrem de tão importante provimento, notadamente em prol da validade e da eficácia da arguição de inconstitucionalidade como poderoso instrumento hermenêutico da Constituição, em país que adotou, até com surpreendente sucesso e árdua evolução, a síntese do melhor que apresentam os controles concentrado, de origem europeia, e incidental, de origem estadunidense.

Pode-se dizer, até mesmo, que a Súmula vinculante nº 10 vem reforçar normativamente o procedimento de incidente de inconstitucionalidade dos tribunais, de forma a conduzir tal procedimento à função de verdadeira *ponte de ouro*² entre os controles concentrado e incidental de constitucionalidade e, assim, instrumento hermenêutico de superlativa importância neste início do século XXI.

2. Caráter hermenêutico da arguição de inconstitucionalidade

O incidente processual da arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de assegurar a uniformização dos entendimentos dos diversos órgãos e juízes de tribunal sobre a constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público,

¹ O embrião deste artigo foi escrito há dez anos, quando do início da vigência da Lei nº 9.756/98, e agora o tema é revisitado em decorrência da recente edição da Súmula vinculante nº 10, que reforça o caráter do procedimento da arguição de inconstitucionalidade como poderosa fonte de produção hermenêutica. O trabalho é apresentado, como requisito de aprovação, à Professora Margarida Maria Lacombe Camargo, no Curso de Doutorado da Universidade Gama Filho, cadeira de Hermenêutica, 1º semestre de 2008.

² O penalista Franz Von Liszt usou a expressão *ponte de ouro* ao se referir ao momento em que o agente transpõe a linha divisória entre os atos preparatórios impunes e o começo da execução punível, pelo que incorre na pena cominada à tentativa. Semelhante fato não pode mais ser alterado, suprimido ou anulado retroativamente. Pode, porém, a lei, por considerações de política criminal, construir uma ponte de ouro para a retirada do agente que já se tornara passível de pena.

constitui poderoso e até mesmo correntio instrumento da Hermenêutica na prática forense, garantindo a aplicabilidade das normas que gozam de supremacia sobre as demais normas do sistema jurídico.

A Hermenêutica assim pode ser considerada, na expressão sempre atual que nos legou Carlos Maximiliano em seu clássico *Hermenêutica e aplicação do direito*:

A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões de Direito... Para [aplicar o Direito] se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que da mesma se contém: é o que se chama interpretar...³

São indissociáveis as idéias de Direito, Hermenêutica e interpretação, como ensina Margarida Maria Lacombe Camargo:

O tema da hermenêutica e da interpretação jurídicas remetem-nos ao processo de aplicação da lei realizado pelo Poder Judiciário. Sob essa ótica, só faz sentido interpretarmos a lei tendo em vista um problema que requeira solução legal. Mas a aplicação da lei deverá atender, antes de tudo, ao indivíduo e à sociedade a quem ela serve. Por isso, pensamos a lei em função de situações específicas, ou de casos concretos que envolvam pessoas. A norma jurídica encontra-se sempre referenciada a valores na medida em que defende comportamentos ou serve de meio para atingirmos fins mais elevados. Assim, o problema jurídico, que envolve situação de natureza valorativa, deve ser compreendido. Compreender é buscar o significado de alguma coisa em função das razões que a orientam. Buscar os valores subjacentes à Lei, e que fogem da mera relação causa-efeito. Para aplicá-los, não basta detectarmos o fato e encaixá-lo a uma lei geral e abstrata dando-lhe concretude, como se a subsunção da premissa menor à premissa maior conferisse uma solução necessária, mediante operação puramente formal. Não. O direito é comprometido com valores, e a norma que buscamos no texto através da interpretação encontra-se relacionada a uma situação histórica, da qual fazem parte o sujeito (intérprete) e o objeto a ser interpretado (fato e norma). Assim, podemos afirmar que o processo de interpretação e de aplicação das leis corresponde a uma situação hermenêutica, da qual nos fala Gadamer.⁴
(...)

A partir deste estudo, concluímos, então, que o direito, apesar de toda sua carga dogmática, faz parte de uma tradição filosófica cuja base reside na tópica e na retórica; o que nos leva a acreditar que o seu conhecimento, como criação humana, histórica e

Neste sentido: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal (parte geral)*. 5.ed. Niterói: Impetus, [20--], v. 1, p. 301.

³ Apud CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3. Mais adiante, na mesma obra, a mestra expressa a sua concordância com o pensamento de Hans-Georg Gadamer sobre a importância da aplicação prática: *a interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafo, mas uma concreção prática da idéia do Direito. A arte dos juristas é também o cultivo do Direito* (p. 45). Colha-se a lição: a interpretação é a concreção prática da idéia do Direito.

⁴ Op. et loc. cit, p. 13/14.

social, comporta uma dimensão hermenêutica. Voltamos, assim, à nossa posição inicial, afirmando que o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico e a técnica argumentativa.⁵

Como concreção da idéia prática do Direito, a interpretação das normas está muito além do mero trabalho técnico do jurista, pois é um processo de inegável conteúdo histórico, axiológico e político, deferido aos juízes ordinariamente na interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais aos casos que lhes são submetidos, como, em superlativa dimensão do conteúdo político, na Hermenêutica Constitucional, cujo objeto são as normas dotadas de supremacia perante as demais.

Os processos de Hermenêutica Constitucional são exercidos pelos juízes brasileiros no controle incidental, que herdamos da prática estadunidense, e no controle concentrado, que nos foi legado pela Europa continental desde o embrião que colhemos com a Constituição de 1934, de forte inspiração nas Constituições alemã de 1919 e austríaca de 1922.

Destaque-se, na História do controle de constitucionalidade no Brasil, a contribuição de duas grandes correntes hermenêuticas, correspondendo justamente às influências preponderantes nos conteúdos ideológicos de nossas Cartas Magnas: o empirismo⁶ e o racionalismo.⁷

⁵ Op. cit., p. 259.

⁶ Como padrão do empirismo, tome-se o filósofo escocês David Hume (Edimburgo, 1711-1776), autor do *Tratado da Natureza Humana*, publicado em 1739, que depois refundiu com o nome de *Investigação sobre o entendimento humano*. Sobre ele, disse Wayne Morrison, *Filosofia do Direito dos gregos ao pós-modernismo* (São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 122): ... Hume “empiriza” o homem a tal ponto que o alcance do conhecimento relevante às nossas preocupações (e, assim, capaz de servir de guia à ação) deve ficar restrito ao entendimento do lado sensível e emocional do homem, e devemos desconfiar das afirmações feitas em nome da razão. Kemp Smith sumaria afirmações-chave, como “a razão é e deve ser escrava das paixões”, para representar Hume como um pensador para o qual só somos verdadeiros quando sob “guiados pela natureza, agindo (...) não através da razão, mas do sentimento (...)”.

⁷ Como padrão do racionalismo, abstraindo-se da influência que nos deu a forte corrente iluminista francesa de Voltaire, Descartes e outros, tomemos Immanuel Kant (Königsberg, na Prússia Oriental, 1724-1804), autor de *Crítica da razão pura* (1781) e da *Crítica da razão prática* (1788). Comenta Wayne Morrison (op. cit., p. 156): *Na leitura de Hume, Kant encontrou a afirmação de que o único conhecimento possível era ou o de relações de idéias, ou de observações empíricas. A filosofia compunha-se das primeiras, que, segundo Hume, equivaliam a diferentes discussões sobre o risco de andarem em círculos tautológicos. Ao contrário, as florescentes ciências empíricas pareciam oferecer o verdadeiro conhecimento; contudo, elas próprias assentavam-se sobre bases não-rationais. Ao longo de sua formação, Kant fora levado a acreditar na razão e a esperar que, mediante o uso da razão, os homens conheceriam os deveres que deles se esperavam e saberiam*

O empirismo, fundado na experiência de vida, é expressamente invocado no Código de Processo Civil, art. 335, em matéria de prova do fato, recomendando o juiz recorrer às máximas da experiência comum e do que de ordinário acontece. O mesmo Código, no art. 131, traz norma que a doutrina considera como a aplicação do princípio da persuasão racional: *O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento*

O empirismo influenciou o controle da constitucionalidade em nosso país, quanto ao sistema difuso ou incidental, em que todo e qualquer juiz, nos casos a que lhe são submetidos, pode deixar de aplicar a norma que considerar incompatível com a Constituição, desde que o faça fundamentadamente. Tais normas decorrem não de expressa determinação das Constituições americana de 1787 e brasileiras, mas do famoso precedente, julgado em 1803 pela *U. S. Supreme Court*, caso *Marbury v. Madison*, através da genial construção feita pelo *Chief Justice* John Marshall.⁸

A corrente racionalista, de matriz continental-européia, que nós recebemos através do paradigma que a Constituição de 1934 se inspirou na

o que era certo fazer na vida. Hume parecia desvalorizar essas crenças; adicionalmente, colocava-se então um novo conjunto de questões. Qual era a relação do homem com a “natureza” e a vida comum do mercado, e com as suas necessidades sensíveis e seus desejos psicológicos? O que aconteceria com nossas idéias sobre moralidade e Deus se o conhecimento sobre o mundo só nos chegasse através das ciências empíricas? Estaríamos condenados a relegar as idéias sobre Deus e a moralidade à esfera do não-racional? A moralidade era realmente formada por sensações, emoções e sentimentos naturais? O homem precisava seguir a natureza ou poderia encarregar-se, racionalmente, da construção de uma nova ordem social e mundial? Se assim fosse, com quais princípios de razão poderia ele contar?

⁸ Rui Barbosa, autor do projeto da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob o paradigma da Constituição americana de 1787, tentou vencer a reação dos juizes vindos do regime imperial, acostumados a não decidir causas de interesse público que então eram julgadas pelo Conselho de Estado, constituindo a sua omissão, no regime republicano, a reação ao sistema da jurisdição universal ou do *judicial review*. Sem encontrar outros meios de persuasão, Rui fez escrever, na Lei de Organização Judiciária federal, de 1891, no art. 13, § 10, o comando de que os juizes deveriam obedecer à Constituição e às leis nessa ordem, assim positivando a norma que decorria da experiência prática americana... Aliás, em nossa História republicana, foi o primeiro momento em que a lei adotou critério decorrente de precedente judicial, no caso, de outro país.

Constituição austríaca de 1922 com suas alterações, que nos deu o controle concentrado.⁹

Até a redação que lhe emprestou a Lei nº 9.756/98, a argüição de inconstitucionalidade foi considerada como simples procedimento do controle incidental, com efeitos declaratórios de invalidade ou validade do ato normativo do Poder Público e que somente alcançavam as partes. Eventuais efeitos externos, que não se restringissem aos limites subjetivos da lide, somente chegavam a alcançar outros membros da comunidade se e quando o Poder Legislativo, através da resolução hoje prevista no art. 52, X, da Constituição, e reproduzida nas Constituições estaduais, lhe concedesse efeitos normativos.

Antes, a argüição de inconstitucionalidade constituía simples procedimento processual para levar o tema da constitucionalidade do órgão fracionário para o Pleno do Tribunal, de forma a garantir a presunção de que somente se pode declarar a inconstitucionalidade acima de qualquer dúvida razoável.

A percepção atual do fenômeno jurídico é bem diversa, felizmente, muito mais pela consciência progressiva dos membros da comunidade sobre os amplos horizontes que se descortinam para o debate das questões públicas no denominado Estado Democrático de Direito, com a judicialização das questões políticas,¹⁰ nos termos constantes dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, e pelo reforço normativo da mencionada Súmula vinculante nº 10.

A argüição de inconstitucionalidade viceja hoje como uma das mais belas flores do controle concentrado de constitucionalidade, pois finalmente se libertou

⁹ Sobre a prática parlamentar de editar normas sobre o controle de constitucionalidade seguindo a orientação decorrente de precedentes do Supremo Tribunal Federal, ver: SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. [Capítulo II.] Em nosso país, o texto positivado, constitucional ou ordinário, vem geralmente a reboque da construção pelo Supremo Tribunal Federal de um sistema realmente ímpar de controle de constitucionalidade no Direito Comparado.

¹⁰ O fenômeno da judicialização não é exclusivo de nosso país e parece constituir, neste limiar de milênio, um dos mais eficientes instrumentos de afirmação da cidadania, pois em todos os recantos, prefere-se o processo judicial como arena em que as forças antagônicas da sociedade se apresentam em plano de igualdade formal na busca de uma decisão fundamentada pronunciada em procedimento e participativo dos interessados.

restrita dimensão de eficácia dentro dos limites subjetivos da lide para alcançar os efeitos normativos próprios de ato de conteúdo legislativo, genérico e abstrato, típicos do Poder Legislativo e daqueles órgãos que a Constituição e a ordem jurídica deferiram efeitos normativos, como as resoluções das agências reguladoras e tantos outros entes.

3. Cláusula de reserva de plenário

A Súmula nº 10 reforça a normatividade do art. 97 da Carta da República, e disposições legais e regimentais que o implementam e, principalmente, a autoridade do Supremo Tribunal Federal, do Plenário ou de órgãos especiais dos Tribunais,¹¹ quanto à sua competência funcional para resolver as questões de inconstitucionalidade.

Desde a Constituição de 1934 vige entre nós o preceito, hoje repetido no art. 97 da Constituição de 1988, de que *somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

O espírito que levou o legislador constituinte a editar tal comando, na oportuna lição de Pontes de Miranda sobre o art. 116 da revogada ordem magna, foi *o fim político-técnico de prestigiar o ato do Poder Público, inclusive a lei, só admitindo a desconstituição daquele, ou dessa, por maioria absoluta de votos dos tribunais.*¹²

¹¹ A referência ao plenário do Tribunal (Pleno) neste trabalho abrange também o respectivo órgão especial ou Corte Superior, quando existir nos termos do disposto na Constituição, art. 93, XI: *nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.* Sobre a instituição do órgão especial como órgão delegado do Pleno, ver: SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da justiça* (notas à Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2005). Niterói: Impetus, 2005. [Capítulo 7.]

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69.* Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 611.

É que somente se proclama a inconstitucionalidade além de qualquer dúvida razoável (*beyond all reasonable doubt*, na expressiva dicção estadunidense), mesmo porque, segundo Carlos Maximiliano:

... todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade.¹³

Daí por que carecer o órgão fracionário de tribunal – justamente porque é fração e não o todo – de competência funcional para proclamar *ex novo* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, submetendo-se obrigatoriamente, para tal, aos procedimentos referidos nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil e às normas que reproduzem¹⁴ os dispositivos do referido Código nos Regimentos Internos dos Tribunais para ensejar a cognição e a decisão da questão incidental pelo Pleno.

Se o órgão judiciário não se qualifica como tribunal, nem dele é órgão fracionário, não há como nele fazer incidir o disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

O órgão judicial que não se caracteriza como tribunal continua com o poder de, fundamentadamente, de ofício ou a requerimento dos interessados, deixar de aplicar nos casos que lhe são submetidos a norma que entender incompatível com a Constituição.

Não são considerados tribunais os milhares de Juízos monocráticos que em nosso País têm o dever de conhecer em primeiro grau da esmagadora maioria dos pleitos submetidos ao Poder Judiciário, como também as Turmas Recursais dos

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 307.

¹⁴ Como decorre do disposto no art. 96, I, a, da Constituição, o Regimento Interno deve observar as normas processuais e as garantias das partes. De tal comando constitucional se extrai a norma de que, ainda que a redação do dispositivo regimental não reproduza os textos constitucionais e processuais pertinentes, tais normas adentram automaticamente na normatividade regimental, como se ali estivessem expressamente previstas. Não há de se falar, em tais casos, de autonomia do regimento interno em face das normas constitucionais e processuais. O texto regimental deve ser lido pela ótica constitucional, pelo filtro normativo da supremacia da Constituição.

Juizados Especiais,¹⁵ com a competência que lhes foi deferida pelo art. 98, I, da Constituição e pela Lei nº 9099/95, e os Juízos colegiados, como os da Justiça Militar da primeira instância.

Há precedentes na Suprema Corte – antes mesmo da Lei nº 9.756/98 e que serviram de orientação na sua elaboração – considerando que, se o Plenário já se pronunciou anteriormente sobre a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, não há necessidade de remessa dos autos a ele pela Turma, para que novamente aprecie a questão.¹⁶

Neste aspecto, vale transcrever a lição de Moniz de Aragão:

Como é sabido, casos há em que o julgamento plenário sobre a constitucionalidade acontece no próprio processo em que é suscitada a questão. **Outros há, no entanto, em que, diante da multiplicidade de causas sobre o mesmo tema, os diversos órgãos fracionários do tribunal ficam autorizados por disposição regimental a aplicar a decisão plenária independentemente de submeter a matéria ao plenário a cada vez que torne a surgir.** Na primeira hipótese, o julgamento sobre a constitucionalidade fica registrado em acórdão entranhado nos autos; **na segunda é ele adotado em outros processos, às vezes sem que conste dos respectivos autos o texto da manifestação do plenário.** “Verificando-se esta última situação, o Supremo Tribunal não tem conhecido de recursos extraordinários que abranjam a questão constitucional sem que figure nos autos do processo o acórdão do pleno (ou órgão especial) que a julgara” [grifos nossos].¹⁷

Esta é a moldura político-jurídica que ensejou a vedação, posta no parágrafo do art. 481, aos órgãos fracionários de suscitar a arguição de inconstitucionalidade quando houver precedente pronunciamento sobre o tema do Pleno, ou Órgão Especial, do mesmo Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal; tal vedação veio reforçar o caráter vinculativo da decisão do Pleno.

¹⁵ Desde a Lei que instituiu os Juizados de Pequenas Causas, na década de 80, decorrente da ação do então Ministro da Desburocratização, Hélio Beltrão, e que depois evoluiu para a Lei nº 9.099/95, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, considera-se que a Turma Recursal, Cível ou Criminal, está compreendida dentro do mesmo órgão do Juizado; assim, a instância revisora se faz no mesmo órgão, através de outros juízes que não aquele que pronunciou a decisão impugnada. A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais Especiais não tem competência funcional para o procedimento dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo de Instrumento n. 169.964-8, do Paraná, relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 26 de setembro de 1995, *Diário da União* de 3 nov. 1995, p. 37.253.

¹⁷ MONIZ DE ARAGÃO. Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal. *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Coord. por José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 141/150, item 7.2.

Se o tema já foi debatido pelo órgão do Tribunal com específica competência funcional – o Pleno ou Órgão Especial –, fere a lógica que, a cada vez que fosse necessária a cognição incidental para a resolução da causa, novamente fosse suscitada a argüição e repetido o procedimento dos arts. 480 a 482 da lei processual.

Há, assim, evidente vinculação do órgão fracionário e de seus juízes à decisão proferida nos termos do art. 481, parágrafo único, que tenha apreciado o tema da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma impugnada.

Somente não haverá a vinculação caso o incidente de inconstitucionalidade não tenha sido conhecido e, assim, a questão deixou de ser objeto de decisão pelo Pleno ou Órgão Especial; por exemplo, se no Pleno a argüição de inconstitucionalidade não foi admitida por faltar à norma impugnada o caráter genérico ou normativo,¹⁸ referido pelo art. 97 da Constituição.

Basta ver que temas há que se repetem milhares de vezes no mesmo tribunal, em que o fundamento está restrito à constitucionalidade, como, por exemplo, nas questões tributárias e administrativas.

Enfatize-se, no entanto, que o parágrafo único do art. 481 limitou-se a referir não a Súmula, mas a *pronunciamento* do Pleno ou Órgão Especial do Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, assim indicando a desnecessidade de enunciado sumular.¹⁹

¹⁸ Não poucas decisões admitem erroneamente a argüição de inconstitucionalidade quando o ato em contraste com a Constituição não tem o caráter normativo exigido pelo disposto no art. 97. Mesmo assim pela hierarquia superior que o Pleno ou Órgão Especial ostenta sobre os demais órgãos fracionários, pois a soma prevalece sobre uma das partes, estes devem se curvar ao julgamento àquele, pois todo órgão judicial tem o dever-poder de, preliminarmente, resolver sobre a própria competência, afirmando-a como pressuposto de sua legitimidade. Se o Pleno admitiu a sua competência pela admissão da argüição, apreciando ato concreto e individual como se fosse o ato normativo do Poder Público exigido pelo art. 97 para deflagrar o incidente e sua competência, o que resta ao órgão fracionário é aceitar o que foi decidido; quanto aos interessados prejudicados, sempre poderão opor os recursos extraordinários, pela contrariedade à cláusula de reserva de plenário, e especial, por contrariedade às normas que decorrem dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

¹⁹ Aliás, entramos agora em forte fase normativa dos tribunais, atropelando a inércia do Poder Legislativo, pois nos sítios da Internet dos tribunais existem relações de leis inconstitucionais e até de decisões em ações coletivas, também de caráter normativo; e os relatores podem negar

Então, não se exige a edição de enunciado sumular, este a exigir para a sua formulação procedimento específico previsto no regimento interno dos tribunais no denominado incidente de uniformização de jurisprudência. Geralmente, deve constar no dispositivo do acórdão expressões como: *Acordam em reconhecer (ou declarar) a inconstitucionalidade do disposto no art. X da Lei X* ou mesmo, como adiante se verá, quando se referir à modulação dos efeitos da norma, poderá constar no dispositivo do acórdão: *... declarar inconstitucional a norma, extraída do disposto no art. X da Lei y, que admite tal ou qual conseqüência, ou declarar inconstitucional, a partir da data tal, o disposto no art. X da lei Y...*

Basta que haja decisão plenária que tenha apreciado o tema (de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) para que se vinculem os órgãos fracionários.

O efeito prático de tal disposição é a intensa pesquisa de decisões da Suprema Corte e do Pleno dos tribunais sobre a questão de inconstitucionalidade – através dos repositórios de jurisprudência²⁰ e de informação da Secretaria do Pleno ou Órgão Especial do respectivo tribunal.²¹

Como a lei se refere à decisão plenária, inexistente vinculação de órgão fracionário à decisão de relator que tenha monocraticamente concedido liminar até mesmo em ação ou representação de inconstitucionalidade, salvo que o tenha feito *ad referendum* do Pleno ou Órgão Especial nos períodos de férias em tribunais com poucos membros. A competência funcional é do Pleno ou do Órgão Especial, mas não do relator, pois este, na feliz e já clássica expressão de José Carlos Barbosa Moreira, é o *porta-voz do Colegiado*, expressa não sua vontade individual, mas a vontade da Turma.

seguimento de plano ao recurso que afrontar precedentes e súmulas, como prevê o disposto no art. 557 do Código de Processo Civil.

²⁰ Quanto à Corte Constitucional através da Internet no sítio www.stf.gov.br que felizmente até mesmo dispõe do inteiro teor dos acórdãos.

²¹ Alguns tribunais já colocam em seus sítios da Internet o rol das decisões sobre a constitucionalidade e sobre as ações coletivas, assim respeitando os efeitos *ultra vires* que delas decorrem.

Evidentemente, não se exclui, para os efeitos do art. 481, parágrafo único, do CPC, que a decisão plenária tenha sido aquela que se pronunciou em ação direta de inconstitucionalidade ou em representação de inconstitucionalidade, porque nestas o efeito nem sempre é *ex nunc* (a partir da publicação da decisão ou do acórdão que concedeu a medida liminar ou definitiva) para suspender *erga omnes* a eficácia da norma inconstitucional; os efeitos, em tal caso, podem ser modulados, como permite o art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Se o reconhecimento da constitucionalidade se deu em ação declaratória de constitucionalidade, mais razão há para que não se suscite a argüição de inconstitucionalidade porque é especial efeito da decisão liminar ou definitiva neste tipo de ação constitucional tornar a lei ou do ato normativo imune ao controle incidental.²²

Quando o tema for tratado em argüição de descumprimento de preceito fundamental, em se tratando de decisão que não fique restrita a determinada causa,, também se terão os mesmos efeitos do controle concentrado.

O pronunciamento há de atender ao quórum qualificado do art. 97 da Constituição, e a regularidade do procedimento não precisa ser demonstrada a cada passo – com a exibição do inteiro teor do acórdão de origem –, porque todos os atos estatais, inclusive os praticados pelos órgãos judiciários, gozam da presunção relativa de legitimidade que os publicistas e o direito pretoriano extraem do disposto no art. 19, II, da Lei Maior.²³

Vê-se, assim, que, até mui discretamente, o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil cristalizou normativamente o que a doutrina e a jurisprudência admitiam: a vinculação dos tribunais às decisões do Supremo Tribunal

²² Neste sentido, ver o intenso debate na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, em que foi relator o Ministro Sidney Sanches. Também sobre o tema, consultar: SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

²³ Na prática, a prova do direito é feita através de certidão da Secretaria do Pleno, ou cópia do acórdão ou, até mesmo, pela publicação em repositórios autorizados de jurisprudência. O disposto no art. 544, § 1º, parte final, do Código de Processo Civil, ao tratar dos recursos extraordinário e especial, conferiu ao advogado o poder de autenticação dos documentos: *As cópias das peças do*

Federal no reconhecimento incidental da inconstitucionalidade, mesmo porque bastava, e ainda basta, para não se conhecer de recurso constitucional, o fundamento de que o tema já fora apreciado pelo Excelso Pretório.

A Súmula vinculante nº 10 veio reforçar tal vinculação e, mais, muito mais, reforçou a autoridade do Supremo Tribunal Federal e, por extensão, do Pleno dos demais Tribunais.

4. Procedimento da argüição de inconstitucionalidade

A Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, dispondo sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais, deu nova redação aos arts. 480 a 482, justamente para assegurar o incidente de argüição de inconstitucionalidade como dupla fonte de efeitos, incidental e concentrado, no controle de constitucionalidade:

DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE²⁴

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

Tais disposições constituem o procedimento previsto no art. 97 da Constituição da República, a exigir que somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, ou do respectivo órgão especial, poderão os tribunais reconhecer – em controle difuso ou concentrado – a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

²⁴ Mostra-se evidentemente inadequada a expressão *declaração de inconstitucionalidade*, pois na argüição de inconstitucionalidade não somente se declara a inconstitucionalidade, mas também se constitui uma nova situação para a norma, até mesmo lhe extraindo efeitos, situação que está além da declaração e que alcança o caráter de constitutividade, que é o de alteração dos efeitos jurídicos. Sobre os efeitos das decisões judiciais, ver, por todos: PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

Os arts. 480 e 481 destinam-se aos órgãos fracionários, neles regulando o procedimento da argüição; já o disposto no art. 482 destina-se ao Pleno, destacando-se que a nova redação dos parágrafos reproduz em parte as disposições da Lei nº 9.868/99, que regula o procedimento, inclusive instrução, das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.²⁵

O § 1º confere legitimidade ao Ministério Público e também às pessoas jurídicas de direito público, União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações de direito público, que tenham editado ou colaborado para a edição do ato normativo para intervirem no incidente.

Instituiu-se assim uma nova forma de intervenção de terceiro, pois, embora não sejam partes na causa originária, ganham a situação legitimante de participação da elaboração do ato que resolver sobre a constitucionalidade, muito além da assistência simples referida no art. 50 do Código de Processo Civil.

A símile do processo do controle concentrado, as pessoas jurídicas de direito público devem ser notificadas para se manifestar em prazo razoável, previsto no regimento interno ou fixado pelo relator, salvo, evidentemente, se já são partes na causa em que se suscitou o incidente.

Quanto ao Ministério Público, que tem direito a vista pessoal, ainda que não seja parte ou interveniente *custos legis* na causa originária, ganha legitimação para intervir em face dos efeitos evidentemente públicos decorrentes da resolução da questão de constitucionalidade.

Pelo disposto no § 2º, os legitimados ativos para as ações direta de inconstitucionalidade (ADI) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC) ganharam legitimação também para intervir no incidente. O dispositivo processual somente se refere ao art. 103 da Constituição da República, mas se omitiu quanto

²⁵ Os procedimentos previstos na Lei nº 9.868/99 reproduzem, em grande parte, os procedimentos de instrução do processo legislativo previsto na Constituição e nos Regimentos Internos das Casas Legislativas, inclusive com a oportunidade de manifestação de interessados diretos ou mesmo especialistas no tema. Ver: BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*. *Revista eletrônica de direito do estado*, a. 1, n. 1, [20-]. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>.

aos legitimados para a representação de inconstitucionalidade, prevista no art. 125, § 2º, também da Carta da República, que remete à Constituição do Estado o poder de prever os legitimados para deflagrar a ADI estadual. O regimento interno do Tribunal poderá admitir a intervenção dos legitimados ativos para a ADI estadual; se não o fizer, o relator poderá deferir tal intervenção como parte de seus poderes instrutórios, *ad referendum* da Turma julgadora.

De bom alvitre seria a alteração do Regimento Interno do Tribunal no sentido de que, admitido pelo relator o processamento da arguição de inconstitucionalidade, sejam notificados os órgãos que emitiram a norma impugnada para que prestem informações em prazo razoável. Também recomendável, a garantir a participação dos interessados e legitimados da decisão, é a publicação de edital no órgão oficial para que os mesmos se manifestem em prazo razoável, constando no proclama os dados identificadores da causa originária e o dispositivo do ato normativo impugnado, assegurando-lhes a participação através de juntada de memoriais e de documentos.

Não se exclua a possibilidade de realização de audiência pública, sob a presidência do relator, para a oitiva de técnicos ou pessoas que possam esclarecer sobre o tema, assim como está previsto na Lei nº 9.868/99, para as ações de controle direto de constitucionalidade. Tal é o sentido indicado pelo § 3º do art. 482, expressamente permitindo ao relator, entre os seus poderes habituais de instrução, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Ressaltem-se, mais uma vez, que os parágrafos do art. 482 introduzem o procedimento do controle concentrado de constitucionalidade na arguição de inconstitucionalidade, justamente para lhe ensejar a transição de instrumento de controle incidental para o controle concentrado, assim conferindo à futura decisão sobre a questão de constitucionalidade os efeitos que exorbitam das esferas jurídicas das partes da causa originária.

5. Caráter bifrontal dos efeitos da decisão do Pleno: normativo e jurisdicional

Decidida pelo Pleno ou Órgão Especial a questão da inconstitucionalidade, que é posta na argüição como questão preliminar ou prejudicial na cognição da causa,²⁶ ficam dispensados os juízes do órgão fracionário, no julgamento posterior do recurso ou da ação autônoma de impugnação de sua competência funcional, de reproduzir os termos do julgamento do Pleno na fundamentação e no dispositivo do acórdão que resolver a questão de mérito da causa, este sim, a julgar extinto o processo, com ou sem julgamento do mérito, assim deliberando sobre o caso concreto.

Daí se vê que a decisão do Pleno oferece duplo efeito em decorrência da decisão do julgamento da causa em dois momentos, um pelo órgão fracionário e outro pelo Pleno.

O órgão fracionário fica vinculado ao que resolveu o Pleno, se este conheceu da argüição e resolveu a questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, como questão preliminar ou prejudicial para o julgamento da causa.

Ainda que o Pleno não tenha conhecido da argüição, o órgão fracionário também fica vinculado à decisão que rejeitou o incidente, pois o conhecer, ou não, do tema inclui-se na competência funcional do Pleno.

Resolvida a argüição de inconstitucionalidade, só resta ao órgão fracionário decidir a causa ou o recurso no sentido indicado, não podendo afrontá-lo ou se omitir no reconhecimento de tal indicação, sob pena de incidência dos efeitos da Súmula vinculante nº 10.

A decisão do órgão fracionário produz efeitos vinculantes somente para as partes e para os interessados²⁷ que comparecem naquele processo. Em outros

²⁶ Sobre a questão de constitucionalidade, ver: SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 161 e segs.

²⁷ Observe-se que o art. 213 do Código de Processo Civil diz que a citação é feita ao réu e aos interessados, o que os incluirá nos efeitos da decisão que julgar a lide, ainda que não sejam ali denominados de réu ou demandado.

termos, pode-se dizer que os limites subjetivos e objetivos da lide são os que decorrem da decisão do órgão fracionário sobre a causa.

O Pleno, conhecendo da arguição e proclamando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma, fica também vinculado ao que decidirá para o julgamento dos casos posteriores em que haja necessidade da cognição da mesma questão de inconstitucionalidade, assim como todos os demais órgãos e membros do Tribunal, inclusive quanto ao órgão fracionário. A vinculação decorre agora em face não só do disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, mas também da razão de ser da Súmula vinculante nº 10.

A decisão do Pleno, assim, ganha efeito além das partes que constam no processo em que se originou o incidente, ostentando eficácia subjetiva que transcende a causa originária; ou seja, a decisão do Pleno vincula o órgão fracionário e as partes da causa em que foi suscitado o incidente e, também, a partir de sua publicação,²⁸ todos os órgãos fracionários, bem como o próprio Pleno, em face do conteúdo do que se decidiu.

A decisão do Pleno do Tribunal ou do Órgão Especial, reconhecendo ou não a inconstitucionalidade, tem dupla eficácia:

a) quanto às partes do processo na resolução da questão incidental, pois o órgão fracionário se vincula à decisão e o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma constitui decisão exógena que passa a integrar a decisão do colegiado; e

b) a que transcende as partes e alcança todos os feitos em julgamento no Tribunal que tratam da mesma matéria, a partir da publicação da decisão e de sua eficácia, se diferida para momento posterior, em efeito de modulação da norma.

Em se tratando de decisão do Supremo Tribunal Federal, os efeitos são para todos os Tribunais, os quais não poderão mais debater o tema já resolvido; em

²⁸ À semelhança do que está no art. 28 da Lei nº 9.868/99, a publicação deve ser feita em parte específica do órgão oficial de publicação dos atos do Tribunal, assim permitindo o destaque necessário para que não se perca a notícia entre as milhares de outras dos julgamentos realizados.

se tratando do Tribunal que pronunciou a decisão, para os seus juízes e órgãos fracionários.

A dupla eficácia antes referida oferece, simultaneamente, segurança e controvérsia.

A segurança da resolução da questão de constitucionalidade vale para os Tribunais como norma a que se submetem pelo critério da legalidade estrita, típica dos países do *Civil Law*, e que, no Brasil, tem comando no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 126 do Código de Processo Civil.²⁹

A controvérsia decorre dos efeitos que transcendem a causa originária, pois a decisão vale e produz efeitos como ato normativo, de controle concentrado de constitucionalidade; ato normativo, com efeitos de lei formal, porque materialmente é lei que vincula o Tribunal e seus órgãos fracionários.

Alcança, assim, outros processos em tramitação no Tribunal e, no caso do Supremo Tribunal Federal, processos de todos os demais Tribunais, constituindo fonte normativa que, como as demais, não dispensa o juiz, como julgador do caso concreto, de verificar se a causa que está julgando poderia ser resolvida com outras normas que não aquela reconhecida constitucional ou inconstitucional pelo Pleno ou respectivo Órgão Especial.

No efeito de controle concentrado, também se deve discutir se é cabível a revogação da decisão que reconhece a inconstitucionalidade em outro momento posterior, como, por exemplo, em outra causa em que o tema venha a ser submetido a debate.

A eficácia da decisão, que transcende as partes da causa em que foi suscitada a arguição de inconstitucionalidade da coisa julgada, não tem a

²⁹ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (LICC.)
Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (CPC.)

imutabilidade da coisa julgada, por que esta só alcança as decisões de mérito (art. 467 do Código de Processo Civil), e não as incidentais.

O efeito transcendente evidencia o seu caráter normativo genérico, de conteúdo constitucional, pois, aí, a Constituição é o que os juízes dizem que ela é, muito além do texto do legislador constituinte.

Esse efeito normativo genérico conduz à necessidade de se admitir a revisão da decisão na argüição no que diz respeito aos efeitos transcendentais das partes originárias.

Em consequência, o órgão que emitir a decisão (Pleno ou Órgão Especial) tem não só o poder de rever o que antes decidira, como, também, de modular a norma, conferindo efeitos temporais diferenciados ou interpretação conforme a Constituição, da forma que a Lei nº 9.868/99, em seu art. 27, concedeu ao Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações de efeito concentrado.

Inadmitir tal flexibilidade seria emprestar efeitos mumificantes à norma decorrente, como se ela não fosse produto da vontade humana.

Há entendimentos em contrário, inclusive no sentido de que o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, quanto à interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto, ou a concessão de efeitos retroativos ou prospectivos ao reconhecimento da inconstitucionalidade, somente pode ser procedido em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, que são os procedimentos objeto da Lei nº 9.868/99.

Contudo, é necessário lembrar que as disposições da Lei nº 9.868/99 não saíram *ex novo* das cabeças ilustres que elaboraram o seu anteprojeto de lei, mas da própria prática do Supremo Tribunal Federal, que se inspirou em outras Cortes Constitucionais, principalmente a alemã.

6. Revisão da decisão do Pleno que reconheceu a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade

A decisão do Pleno poderá ser revista, tanto na oportunidade dos embargos de declaração, como prevê o art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, como através de uma nova argüição de inconstitucionalidade suscitada por qualquer órgão fracionário ou mesmo pelo próprio Pleno.

A lei processual não prevê a forma do procedimento de revisão, mas adota-se o princípio geral do paralelismo das formas, isto é, a revisão será feita pela mesma forma com que se faz o procedimento do incidente, mas com algumas alterações, o que decorre de seu caráter de revisão do que fora decidido.

A primeira é que a revisão deve ser fundamentada pelo órgão fracionário suscitante, e, ao ser admitida, também explicitamente fundamentada pelo Pleno, de forma a se justificar para que não represente meramente uma insubordinação à vinculação existente; a decisão anterior, como aquela que eventualmente acolher a revisão, ostenta efeitos *erga omnes* dentro do Tribunal, em face do seu caráter normativo e não jurisdicional, eficaz em cada caso concreto.

A segunda diferença refere-se aos efeitos da decisão revisanda, inclusive quanto ao tempo de sua aplicabilidade, pois muitos feitos poderão estar sendo julgados nos órgãos fracionários em tempos diversos do respectivo procedimento de revisão.

7. Poder do Pleno de modular os efeitos da norma inconstitucional

Passa-se a discutir a possibilidade jurídica do Pleno modular os efeitos de sua decisão que reconhece a inconstitucionalidade, como permite o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 no julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

A se admitir que a argüição de inconstitucionalidade ofereça duplo efeito em sua decisão, deve-se admitir que o efeito que transcende as partes constitui função legislativa e não jurisdicional.

O exercício da função legislativa pelos Tribunais decorre do gênio de Hans Kelsen ao engendrar a solução de se conferir a órgão parlamentar o poder do controle, prévio ou posterior, da constitucionalidade da lei, conferindo a este órgão a denominação de Corte ou Tribunal, e a seus membros, o título de juízes ou conselheiros para realçar a sua neutralidade e a publicidade do processo decisório.

Adotando o nosso país o padrão kelseniano a partir da Constituição de 1934, com a instituição da representação para intervenção, assim mitigando o sistema incidental de controle que herdamos da prática estadunidense, mostra-se natural a concessão de efeitos legislativos ao controle concentrado.

A prática do Supremo Tribunal Federal na década de 90 do século passado conduziu à Lei nº 9.868/99, a reproduzir procedimento tipicamente legislativo, como a instrução através de audiências públicas e participação de pessoas que pudessem trazer esclarecimentos sobre o tema e até o poder de, além de declarar a inconstitucionalidade, protelar ou diferir os efeitos da sua decisão, como decorre do disposto no art. 27: *Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

Afirme-se que é extremamente importante a aplicação dos efeitos de modulação da norma na argüição de inconstitucionalidade em face dos efeitos da decisão do Pleno sobre outras causas que não a originária em que foi suscitado o incidente. A própria prática judicial demonstra a necessidade de tal modulação em casos tributários e fiscais, ou até mesmo na interpretação de normas do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor.

8. Esvaziamento da norma decorrente do disposto no art. 52, X, da Constituição

Até mesmo as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no reconhecimento incidental de inconstitucionalidade, estavam obrigadas a submeter o tema ao Pleno, que deveria comunicar o resultado à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal para os fins delineados hoje no art. 52, X, da Constituição (Regimento Interno, art. 178; tal norma é geralmente reproduzida nos regimentos internos dos Tribunais de Justiça, inclusive para fins de comunicação à Assembléia Legislativa).³⁰

Em conseqüência, também no Supremo Tribunal Federal – cuja função precípua é a guarda da Constituição – não têm as Turmas, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o poder de reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade, embora possam, como todos os demais órgãos fracionários de tribunais e até cada juiz, em decisão monocrática, reconhecer a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Assim é por que, como já referido, a situação ordinária é a constitucionalidade do ato normativo do Poder Público, a qual se presume; o excepcional, cuja existência não se presume, é a inconstitucionalidade, que só pode ser reconhecida pela maioria absoluta do Tribunal ou do respectivo Órgão Especial.

Diversamente, no controle concentrado de constitucionalidade, como na ação direta de inconstitucionalidade ou sua equivalente estadual, a representação

³⁰ Antes mesmo da vigência da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que alterou os procedimentos recursais e, inclusive, o procedimento da arguição de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade, já deixava de proceder à comunicação referida no art. 52, X, da Constituição, e no art. 178 do seu Regimento Interno. A Lei nº 9.756/98 veio reforçar a desnecessidade da comunicação, pois o órgão fracionário de Tribunal fica vinculado ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo respectivo Pleno, como decorre do disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Contudo, tal decisão não desfruta das características de súmula vinculante e, por isso, não vincula os demais órgãos do Poder Judiciário nem a Administração Pública, salvo quanto aos membros dos Tribunais que se vêem obstados de suscitar a arguição, como decorre do parágrafo único do art. 481 da lei processual. A comunicação do art. 52, X, da Constituição caiu em desuso justamente porque o órgão legislativo não tem como ser compelido a editar a resolução, a despeito da decisão judiciária, à qual não se vincula por ser órgão político, pertencente a outro Poder. O saudoso mestre Celso Ribeiro Bastos muito se opôs a tal costume, que, no entanto, acabou por esvaziar o

de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e até mesmo em certas decisões da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a decisão por si só, independentemente de comunicação ao órgão legislativo, tem efeitos *erga omnes*, por sua natureza evidentemente legislativa.

Desde a representação de inconstitucionalidade julgada em março de 1977, ainda na ordem constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal não mais comunica ao Senado Federal as decisões, cautelares ou definitivas, proferidas no controle concentrado; desde 1996, não mais procede à comunicação ao Senado Federal em se tratando também de controle incidental.

Da mesma forma, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental) tem o relator poder de monocraticamente indeferir a liminar que pretende a suspensão dos efeitos do ato normativo do Poder Público por inconstitucionalidade, pois aí está prestigiando a norma impugnada e a sua presunção de validade na ordem constitucional.

Como o Excelso Pretório é tribunal com poucos integrantes, dispõe o seu Regimento Interno, no art. 177, que *o Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa*, e o verbete 72 de sua Súmula que *no julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário*.

Nos tribunais com maior número de membros, norma regimental geralmente atribui ao Plenário ou ao respectivo Órgão Especial tão-somente o julgamento da questão de inconstitucionalidade, e, resolvida a argüição, lavrando-se o respectivo acórdão, devolve-se ao órgão fracionário o julgamento das demais questões da causa.

Nesse aspecto, diz a Súmula 513 da Suprema Corte que: *A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que*

comando do art. 52, X, da Lei das Leis, dispositivo que hoje figura no texto constitucional como um corpo inanimado.

resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.

9. Controvérsia sobre a questão de constitucionalidade como pressuposto de admissibilidade do incidente

Desde logo, ressalte-se que o procedimento previsto nos arts. 480 a 482 da lei processual civil somente é cabível quando houver necessidade do reconhecimento incidental da inconstitucionalidade para o julgamento da causa.

Se for possível julgar a causa sem examinar a questão de inconstitucionalidade, este deve ser o caminho adotado pelo órgão fracionário.

Em dois momentos há o exame do requisito de necessidade de se adentrar na questão de constitucionalidade para o julgamento da causa como pressuposto para a deflagração e para a resolução do incidente:

- a) no órgão fracionário, quando se debate sobre a remessa dos autos ao Pleno, suspendendo-se o julgamento; e
- b) no Pleno, como pressuposto de admissibilidade do incidente.

A argüição de inconstitucionalidade constitui procedimento excepcional e somente deve ser utilizada quando houver absoluta necessidade do exame da questão de constitucionalidade: tal decorre da prefalada presunção de validade dos atos públicos.

A verificação da exigência de apreciação da questão de inconstitucionalidade para o deslinde da causa constitui para o Pleno um imperativo para o conhecimento do incidente de inconstitucionalidade, verdadeiro pressuposto de admissibilidade e que pelo Pleno não pode ser postergado.

O juízo prévio de delibação do incidente compreende, desta forma, uma apreciação, ainda que em cognição sumária e não-exauriente, da probabilidade de julgamento da causa sem colocar em confronto com a Constituição a norma impugnada. Tal competência funcional do Pleno não significa, em absoluto, que

esteja ele invadindo as atribuições do órgão fracionário, mas, simplesmente, resolvendo se está realmente deflagrada a sua competência funcional para o incidente. .

10. Cláusula de reserva de plenário – inerente às ações de controle concentrado em face da competência funcional do Pleno

O procedimento de argüição de inconstitucionalidade somente se aplica para o controle incidental e, assim, não se aplica às ações de inconstitucionalidade ou às representações de inconstitucionalidade processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça dos Estados (Constituição Federal, arts. 102, I, “a”; 125, § 2º), estas previstas na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e, nos termos de sua orientação, nos regimentos internos dos Tribunais.

E assim é por que tais ações originárias são processadas e julgadas pelo Pleno ou Órgão Especial em competência funcional decorrente da sua natureza de controle concentrado de constitucionalidade.

O mencionado procedimento é aplicado independentemente do objeto da comparação da lei ou do ato impugnado, com a Constituição federal ou estadual, pois o art. 480 refere-se genericamente a “argüida a inconstitucionalidade...”.³¹

De qualquer forma, o denominado *princípio*³² *da reserva de plenário*, que se extrai do disposto no art. 97 da Constituição, é aplicável em qualquer

³¹ Controverte-se sobre o cabimento da argüição de inconstitucionalidade cujo objeto seja a comparação de lei ou ato normativo municipal em face da respectiva Lei Orgânica. Inclusive pela denominação deste Estatuto Municipal, que a Constituição da República não quis denominar de Constituição, considera-se que não usufrui de *status* suficiente para merecer as honras do incidente, tratando-se de mero controle de legalidade, passível de ser realizado pelo órgão fracionário por não incidir nas normas do art. 97 da Constituição. Diverso é o entendimento quanto à Lei Orgânica do Distrito Federal que, a despeito da denominação, reproduz normas de conteúdo estadual, valendo lembrar, neste aspecto, o ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto de que *o Distrito Federal é mais do que um Município e menos do que um Estado-membro*.

³² Na técnica constitucional, na verdade, a norma que se extrai do art. 97 não constitui um princípio, mas uma regra ou preceito. Na esteira do ensinamento de autores estrangeiros e nacionais, quanto ao conteúdo e extensão, a norma pode constituir princípio e regra ou preceito: o princípio tem normatividade mais abrangente, como se vê no caput do art. 37 da Constituição, e foi conceituado

reconhecimento de inconstitucionalidade pelos tribunais, servindo o roteiro dado pelos arts. 480 a 482 da lei processual como procedimento para o reconhecimento incidental – posto o tema de constitucionalidade como questão prévia ao julgamento da causa.

Já quanto ao denominado controle concentrado, em que a questão de constitucionalidade é a questão principal da lide, seu procedimento decorre das disposições da Lei nº 9.868/99 e dos regimentos internos da Suprema Corte e dos Tribunais de Justiça, estes quanto às representações de inconstitucionalidade ou ADIs estaduais, como são denominadas em alguns Estados-membros.

Nessa modalidade de controle, a atividade dos tribunais reveste-se de evidente caráter legislativo, operando por si só com efeitos *erga omnes*, quer quando suspendem a eficácia da norma impugnada (como na ação direta de inconstitucionalidade, na representação de inconstitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental), quer quando agregam à norma sob exame na ação declaratória de constitucionalidade a eficácia de se tornar imune ao controle incidental.

O art. 99 da Constituição garante a autonomia do Poder Judiciário – e não dos tribunais – e não pode agitar malferimento da autonomia funcional dos juízes aqueles que somente decidem em colegiado e estão submetidos ao princípio majoritário para a apuração dos votos na formação da vontade coletiva: votos individuais ou minoritários não impõem a vontade da maioria.

Aliás, se o Tribunal, por seu órgão fracionário ou mesmo pelo Pleno, ignorar a norma proibitiva contida no parágrafo único do art. 481, estará desafiando a reclamação em decorrência da Súmula vinculante nº 10, e também os recursos especial e extraordinário.

pelo Desembargador Oswaldo Aranha Bandeira de Mello como a diretriz fundamental de um sistema, esta a ordenação das partes no todo; a regra ou preceito é mais concreta e individualizada, como, por exemplo, o que está no art. 52, I, sobre a competência do Senado. No caso, a norma que se pode extrair do disposto no art. 97 da Carta da República, sobre a competência funcional do Pleno ou do Órgão Especial, constitui regra ou preceito e não princípio como já se acostumaram a denominar a jurisprudência e a doutrina.

Nesse último aspecto, sobre a natureza jurídica e o alcance da reclamação, basta se consultar o extenso acórdão que decidiu a Reclamação nº 383-3, de São Paulo, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, em que até em sede de jurisdição constitucional concentrada foi admitido, por unanimidade, tal remédio assegurado menos da autoridade da mais Alta Corte de Justiça e mais do princípio da unicidade do Poder Judiciário nacional.

A Súmula vinculante nº 10 tem extraordinária importância no controle da constitucionalidade, pois prestigia e enfatiza o sistema processual preconizado pelo art. 97 da Constituição e junte os órgãos fracionários a tal modelo.

Evita que o órgão fracionário se omita em suscitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade, com a remessa ao Pleno ou Órgão Especial e também impede que ele decida a causa sem validar e tornar eficaz o ato normativo do Poder Público, dizendo que a norma é constitucional, mas sem aplicar os seus efeitos no caso em julgamento.

Dispõe o art. 126 do Código de Processo Civil, com redação mais atualizada que o vetusto art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

O sistema ou família jurídica da Europa continental, o *Civil Law*, que herdamos da colonização espanhola e portuguesa, vincula o juiz primeiramente à norma decorrente da lei genérica e abstrata, e, inexistente esta, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.

Se o órgão fracionário nega efeitos ao ato normativo do Poder Público, afirmando-o compatível com as normas constitucionais, mas sem atender aos seus comandos, incidirá no suporte fático da Súmula vinculante nº 10.

Poderão os interessados nem mesmo aguardar o trânsito em julgado ou o momento de interposição dos recursos para a Suprema Corte, bastando ingressar com a reclamação.

Enfim, continuem os juízes monocráticos, na motivada apreciação dos temas constitucionais que se vejam obrigados a enfrentar no julgamento das causas a que lhe são submetidas, deixando de aplicar, nos casos concretos, as leis e os atos normativos que, a seu ver, sejam incompatíveis com a Constituição.

Mas os tribunais, independentemente de alteração das disposições regimentais, agora estão jungidos aos seus precedentes, e principalmente, aos da Suprema Corte, nas questões constitucionais.

Tais precedentes, se atendido o quórum qualificado referido no art. 97 da Constituição, ganham verdadeiro conteúdo normativo, mais uma vez demonstrando que hoje se mostra vazia e ultrapassada a rígida separação de poderes e funções estatais que o antigo magistrado Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, enxergou como fundamento suficiente para acabar com o absolutismo real.

A Súmula vinculante nº 10 veio em momento adequado, combatendo prática que se mostra comum nos órgãos fracionários dos Tribunais, embora em confronto com a cláusula de reserva do plenário.

11. Efeitos do descumprimento da súmula vinculante

Dispõe o art. 7º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Vale observar que, conforme o § 2º, acolhida a representação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial

impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Note-se: a Corte Constitucional não substituirá a decisão impugnada, decidindo a causa na sua inteireza, limitando-se somente a anular ou invalidar a mesma, mandando que outra seja proferida. Tal posicionamento decorre da evidente impossibilidade material de se debruçar a Corte Maior sobre temas outros que não o que deflagra, de regra, a sua competência funcional, que é a questão de constitucionalidade.

A lei regente da súmula vinculante prevê a reclamação como instrumento repressor. Tal procedimento é previsto nos arts. 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, podendo a referida ação ser julgada pelo Colegiado (Turma ou Pleno) ou antecipada e monocraticamente pelo Relator quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Excelso Pretório (Regimento Interno, art. 161, parágrafo único).

Em se tratando a reclamação de ação autônoma de impugnação, dispensa que a decisão reclamada seja impugnada por recurso extraordinário ou ordinário (Constituição Federal, art. 102, II e III).

Assim, o interessado peticionará diretamente ao Supremo Tribunal Federal levando cópias da ação originária e pedindo a sua cassação por ofensa à Súmula vinculante nº 10.

Se influentes os elementos fáticos demonstrados pelo reclamante e incidente o disposto no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno, poderá o Relator dispensar as informações do órgão fracionário que desatender ao preceito constitucional e, mesmo sem ouvir o Ministério Público, acolher fundamentadamente a reclamação, anulando a decisão impugnada e mandando que outra seja proferida.

12. Conclusão

O controle da constitucionalidade em nosso país oferece desenvolvimento ímpar no Direito Constitucional Comparado, pois estamos

conseguindo, embora em erráticos passos, uma simbiose que se mostra notável e eficiente entre os sistemas que herdamos dos Estados Unidos e da Europa continental.

A arguição de inconstitucionalidade, procedimento denominado de “declaração de inconstitucionalidade” pelo Código de Processo Civil de 1973, previsto nos arts. 480 a 482, com a redação que lhes conferiu lei extravagante há mais de 10 anos, oferece características que representam uma elogiável *ponte de ouro* entre os sistemas que herdamos, resultado, assim, de um lado, do empirismo estadunidense, e, de outro, do racionalismo continental-europeu.

Ai a razão do sucesso, que desde logo se desconfia, quanto ao papel do procedimento da arguição de inconstitucionalidade no Estado Democrático de Direito, síntese da concreção do Direito, o qual se revela não nos textos constitucionais e legais, mas na vivência quotidiana dos seus operadores, no julgamento de cada caso concreto, na resolução dos conflitos.

Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 15 de agosto de 2008.