

QUESTÃO CONSTITUCIONAL INCIDENTAL NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E 2015

THE JUDICIAL REVIEW SET OUT IN THE 1973 CIVIL PROCEDURE CODE AND THE NEW 2015 CIVIL PROCEDURE CODE

Simone da Rocha Custódio

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especializanda em Advocacia Pública e Direito do Estado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procuradora Municipal de Porto Alegre.

Luciane Favaretto Timmers

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Municipal - Advocacia Pública pela Escola Superior de Direito Municipal (ESDM) e Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora Universitária da PUCRS. Procuradora Municipal de Porto Alegre.

Resumo: A proposta deste artigo é analisar os regramentos sobre o Controle de Constitucionalidade constantes do Código de Processo Civil de 1973 e do novo Código de Processo Civil, de 2015, para apontar eventuais modificações, bem como alte-

rações processuais com possíveis reflexos no atual Sistema de Controle. Para contextualização do assunto, iniciar-se-á com breve conceito sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, no modelo difuso. Prosseguir-se-á com referências

específicas aos dispositivos processuais civis dos dois Códigos para, em seguida, por necessário, adentrar na denominada cláusula de reserva de plenário prevista no art.97 da Constituição Federal e na Súmula Vinculante 10 do STF.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Novo Código de Processo Civil; Cláusula de Reserva de Plenário

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the regulations on the Judicial Review set out in the 1973 Civil Procedure Code and on the

new 2015 Civil Procedure Code to point out the modifications and procedural changes with possible effects on the current Judicial Review. It begins with a brief concept of the Brazilian system of judicial review, the decentralized model. Then, the specific references to civil procedural provisions of the two Codes are examined and the so-called plenary reserve clause described in art.97 of the Constitution and in the Precedent nº 10 of the Brazilian Supreme Court.

Palavras-chave: Judicial Review; New Civil Procedure Code; Plenary Reserve Clause

1. Introdução - 2. Controle jurisdicional de constitucionalidade - Modelo difuso - 2.1. Declaração de inconstitucionalidade no Código de Processo Civil de 1973 - 2.2 Incidente de arguição de inconstitucionalidade e inovações relacionadas ao tema do controle no Código de Processo Civil de 2015 - 2.3 Cláusula de reserva de plenário - 3. Considerações finais - 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

A diferenciação de procedimentos, bem como do alcance e dos efeitos das decisões judiciais proferidas em sede de controle difuso por juízes e tribunais, ainda causa certo desconforto, porquanto, ao mesmo tempo em que “solucionam” o caso concreto (tutela jurisdicional ao indivíduo), derramamno ordenamento jurídico infraconstitucional “gotas insolúveis” que lá ficarão destacadas, até que (e se) o conteúdo diferencial que as colocam nes-

sa condição seja dissolvido. Quando nos deparamos com tais ocorrências fica fácil identificar tratamentos anti-isonômicos, a colaborar com a presença da insegurança jurídica.

Importante registrar que não se pretende apresentar crítica desconstrutiva ao método de controle, pela via difusa, mas sim avaliar os reflexos ainda causados no Direito, *lato sensu*, por conta das insuficientes adequações promovidas até o momento, bem como perspectivas frente ao novo Código de Processo Civil.

O momento de transição para a nova legislação processual aguçou o estudo do tema, na busca de novidades que possam conduzir na direção das almejadas segurança jurídica e isonomia, em prol da unicidade do Direito e do bem comum.

2. Controle jurisdicional de constitucionalidade - Modelo difuso

Considerando-se a natural *imperfeição* dos homens e, por sua vez, de suas criações, incluindo-se as leis, bem como o próprio dinamismo da sociedade, não sealaria em controle posterior ou repressivo pelo Judiciário acaso não se admitisse a possibilidade de existirem no ordenamento jurídico leis vigentes, porém, nulas ou inexecutáveis.

O professor André Ramos Tavares refere a distinção entre “juiz conforme a lei e juiz da lei” no Capítulo I, sob o título “Juizes Desconfiados”, de sua obra **Paradigmas do Judicialismo Constitucional** (2012, p.19-20), alertando que “o exercício clássico das funções judiciais (juiz segundo a lei) pressupõe um estado de Direito formal e uma separação (divisão funcional) de Poderes, como observou Calamandrei. Mas o exercício da função de controle da lei pressupõe algo mais, pois essa postura judicial só pode se estabelecer no marco do Estado Constitucional de Direito, e não de qualquer Estado”.

O controle de constitucionalidade das leis surgiu nos Estados Unidos, sem previsão expressa na Constituição Federal estadunidense. Foi por meio de construção lógico-jurídica do sistema que o juiz Marshall, ao decidir sobre o caso *Marbury versus Madison*, demonstrou que se ao Judiciário cabe “dizer o que é o direito, é a ele que compete indagar da constitucionalidade de uma lei” (FERREIRA, 2013, p.64).

Sobre a origem do sistema nos Estados Unidos vale referir que, diferentemente do que aconteceu na França, onde a desconfiança e o *medo do arbítrio judicial* vivido antes da revolução levou à limitação da atividade do judiciário, a herança inglesa do *common law*, onde juízes progressistas preocupavam-se em proteger o indivíduo contra abusos do poder governamental, permitiu aos americanos criar um direito livre de medo e com confiança no judiciário (MARINONI, 2015, p.885 a 888).

O controle judiciário de constitucionalidade no Brasil é, em princípio, de caráter difuso, produzindo efeito *inter partes*. Qualquer juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Nos Tribunais, por sua vez, somente pela maioria absoluta de seus membros (FERREIRA, 2013, p. 70). Trata-se do controle (concreto-difuso de origem norte-americana) exercido a partir da propositura de ação judicial que não tem por objeto principal a verificação de constitucionalidade da lei, porém, o direito subjetivo a ser tutelado fica na dependência do reconhecimento da inconstitucionalidade.

Como pressupostos à existência de sistema de controle de constitucionalidade, alguns elementos são essenciais: Constituição Escrita (codificada ou não-codificada); rigidez constitucional; existência de Órgão Controlador. Constituição escrita corresponde à visibilidade das normas em texto documentado, que permita exatidão e segurança de seu conteúdo (SIMÃO, 2014, p.92-109).

A rigidez de uma constituição (escrita) está diretamente vinculada aos formalismos legais necessários para sua modificação. A partir dessa *rigidez* pode-se concluir que os mandamentos e os princípios constantes da Constituição “rígida” de um Estado, embora não “imutáveis”, são supremos. Trata-se da “lei maior” do Estado. Todas as outras a ela se subordinam e não podem contrariá-la. A Constituição rígida é Suprema. Tal supremacia decorre de sua origem, pois fruto do denominado “Poder Constituinte (poder fonte de todos os demais, que constitui o Estado)” (FERREIRA, 2013, p.50-51).

O professor JORGE MIRANDA ao tratar do tema da separação dos poderes, em artigo intitulado “Divisão do Poder e Partidos Políticos” refere, por sua importância, dois postulados base: o primeiro a de que “nenhum Estado existe sem um mínimo de limitação do poder pelo Direito - porque é sempre o Direito que o constitui e legitima e porque a própria lei decretada pelos governantes obriga-os enquanto estiver em vigor e pode adquirir dinamismo próprio que o ultrapassa”; o segundo vem no sentido de que “contra o poder só o poder”, exaltando a permanente atualidade de Montesquieu. Leciona: “só existe liberdade onde o poder aparece distribuído por vários centros ou sujeitos” (In: TAVARES, LEITE e SARLET, 2010, p.27).

No sistema brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem sua origem como intérprete maior da Constituição Federal. O controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei Federal 221, de 1894, que permitiu juízes e tribunais apreciarem a validade da legislação, podendo deixar de aplicá-la aos casos concretos, se consideradas manifestamente inconstitucionais (MORAES, 2013, p. 203).

No controle judicial difuso não há declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, mas sim afastamento da lei tida por inconstitucional, pelo juiz ou por Tribunal. A verificação da alega da inconstitucionalidade é apreciada como matéria prejudicial ao julgamento do pedido principal. “A

pretensão principal fica condicionada à solução sobre a constitucionalidade da norma impugnada" (SIMÃO, 2014, p.121).

No Brasil o Ministro Luis Roberto Barroso enfatiza: "(...) a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional" (BARROSO, 2013, p.409-410).

Muito embora, efetivamente, a jurisdição constitucional seja exercida de forma ampla, existe substancial diferença entre o controle de constitucionalidade realizado pelos Juízes de primeiro grau e pelos Tribunais.

Nos Tribunais a "declaração" de inconstitucionalidade somente é válida quando apreciada e julgada por todos os seus membros, ao passo que na instância singular é permitido reconhecer a inconstitucionalidade individualmente.

Constitui curiosidade no Sistema que, em princípio, causa estranheza, porquanto admitir-se que a aplicação de lei considerada inconstitucional possa ser afastada por força de decisão proferida por um único juiz e, de outro lado, exigir-se que nos Tribunais somente quando a integralidade de seus membros assim decidir, não parece coerente. Todavia, tal curiosidade é muito bem esclarecida pelo professor Araken de Assis, que assim explica: "Sucede que o entendimento oposto conduziria a consequências altamente indesejáveis, obrigando o órgão judiciário de primeiro grau a desrespeitar a Constituição e aplicar leis inconstitucionais. Por tais razões, cristalizou-se a tese de que juízes monocráticos apreciam, irrestritamente, questões constitucionais, e, de outro lado, a repercussão intensa do pronunciamento dos tribunais impôs o quórum qualificado" (ARAKEN, 2007, p.325 e 326).

A questão constitucional apreciada incidentalmente deve ser concluída de forma a viabilizar o julgamento do ponto principal levado ao judiciário.

Trata-se de questão prejudicial, indispensável à análise do mérito da demanda.

O tema constitucional suscitado não se confunde com o objeto do processo, este sim o cerne do litígio entre as partes. A inconstitucionalidade arguida no curso de causa judicial comum é prejudicial à resolução da demanda, cuja apreciação configura pressuposto à tutela jurisdicional. A questão constitucional é introduzida no processo e no *raciocínio do julgador*, de forma incidental (MARINONI, 2015, p. 935).

Importante salientar que a decisão no controle incidental não integra a parte dispositiva da sentença, não sendo, portanto, alcançada pela coisa julgada. A previsão legal é do art.469, III, do Código de Processo Civil de 1973, que expressa a negativa de coisa julgada na hipótese de apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

2.1. Declaração de inconstitucionalidade no Código de Processo Civil de 1973

No Código Processual Civil ainda vigente a matéria está regradada no Livro I, Título XI - Dos Processos nos Tribunais, Capítulo II - Da Declaração de Inconstitucionalidade - artigos 480 a 482.

De início, necessário referir que o atual Código de Processo Civil sofreu desde 1973 várias modificações, em especial a partir da Constituição Democrática de 1988. Desde então, não foram poucas as alterações legislativas, muitas delas com evidente propósito de “desafogar” o judiciário e, penso, de buscar as tão-sonhadas celeridade e efetividade na prestação jurisdicional.

A inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público pode ser alegada pelas partes, pelo Ministério Público e por quaisquer dos julgadores da causa ou do recurso, *ex officio*. No controle incidental o exame de constitucionalidade de leis locais (estaduais ou municipais) ou de leis fede-

rais frente à Constituição Federal também é feito pelo órgão judiciário de justiça comum (ARAKEN, 2007, p.326 e 327).

Dentre as alterações sofridas pelo texto processual destaca-se, em relação ao ponto ora abordado, a Lei 9756/98, por meio da qual foi incluído parágrafo único ao artigo 481 do Código de Processo Civil, no sentido de excepcionar a obrigatória submissão da questão constitucional suscitada ao Plenário ou ao Órgão Especial do Tribunal, quando já houver pronunciamentos destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Assim dispõe o texto legal:

“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 arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Não se tratando da exceção posta no parágrafo único do art.481, a submissão ao plenário ou ao órgão especial da questão constitucional suscitada é cogente, restando nula a decisão de órgão fracionário que reconhecer a inconstitucionalidade, por violação ao art.97 da Constituição Federal e ao art.481 do Código de Processo Civil. O órgão fracionário analisa a constitucionalidade, em juízo prévio, com vistas, apenas, ao encaminhamento da questão ao Plenário ou ao Órgão Especial. Quando admitido o incidente de constitucionalidade o processo fica suspenso até a decisão do Plenário ou do Órgão Especial. Depois de decidido o incidente, o julgamento do processo principal deve ser retomado pelo órgão fracionário, o qual ficará vinculado à decisão tomada pelo Pleno ou Órgão Especial (MARINONI e MITIDIERO, 2014, p.501-505).

A inclusão do parágrafo único ao artigo 481 do Código de Processo Civil, em 1998, por meio da Lei 9.756, veio na linha de vinculação das decisões aos precedentes judiciais, já que não há faculdade ao órgão fracionário, na hipótese de já existente pronunciamento do respectivo tribunal ou do pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional. Nesse caso, os órgãos fracionários não deverão submeter a questão, nos claros termos do dispositivo.

O exame da arguição de inconstitucionalidade pelo Tribunal envolve interesse público relevante, devendo contar com a intervenção do Ministério Público, a ser, obrigatoriamente, ouvido (art. 481, *caput*).

O órgão fracionário está juridicamente vinculado à decisão do Plenário ou do Órgão Especial. Esses não poderão julgar novamente a questão já apreciada e julgada. Somente quando a manutenção do julgamento mostrar-se um equívoco, "seja porque os valores sociais e morais se alteraram, seja porque a evolução da sociedade e do direito mostraram que a decisão primitiva não mais deve prevalecer". Com exceção do cabimento de embargos de declaração, a decisão do Pleno ou do Órgão Fracionário acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo questionado é irrecorrível (MARINONI e MITIDIERO, 2014, p.501-505).

A matéria é objeto da Súmula 513 do Supremo Tribunal Federal:

“A DECISÃO QUE ENSEJA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO OU EXTRAORDINÁRIO NÃO É A DO PLENÁRIO, QUE RESOLVE O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE, MAS A DO ÓRGÃO (CÂMARAS, GRUPOS OU TURMAS) QUE COMPLETA O JULGAMENTO DO FEITO”.

A importância do julgamento da questão constitucional, em controle di-

fuso, foi enaltecida mediante inclusão de parágrafos ao art.482 do Código de Processo Civil, por meio da Lei 9.868/99 (dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal) a permitir a participação de diversos órgãos, pessoas e representantes da sociedade no processo de arguição de inconstitucionalidade. Todavia, os efeitos da decisão que declarar a inconstitucionalidade permanecem restritos ao âmbito do respectivo tribunal.

O Ministro Teori Zavaski alerta que as reformas ocorridas a partir de 1994 no Código de Processo Civil marcam o movimento em direção “à força subordinante dos precedentes judiciais” (Rcl 4335 - ACRE - STF , 2014,p.152)

Sobre as modificações relacionadas ao Controle de Constitucionalidade, tomamos como exemplos os artigos 741 e 475-L que tratam, respectivamente, da execução contra a fazenda pública e do cumprimento da sentença. As reformas iniciadas em 2001 e concluídas em 2005, por meio da Lei 11.232, refletidas nesses dois dispositivos, expressam a inexigibilidade de títulos judiciais fundados em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

As alterações promovidas no diploma processual caminharam no sentido do crescente reconhecimento do alcance dos efeitos da decisão em exame incidental da questão constitucional, para além das partes envolvidas no processo principal, origem do controle, para “blindar” e consagrar como supremas e abrangentes todas as decisões proferidas pela Corte Superior do País.

Para o Ministro Gilmar Mendes, “O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de in-

constitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei 9756, de 17.12.1998)” (Rcl 4335 - ACRE - STF, 2014,p.50).

2.2 Incidente de arguição de inconstitucionalidade e inovações relacionadas ao tema do controle no Código de Processo Civil de 2015

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trata da “declaração” de inconstitucionalidade na Parte Especial, livro III - Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais, Título I - Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais, Capítulo IV - Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade - via artigos 948 a 950.

No título do Capítulo já encontramos novidade, com a modificação do seu texto, que não mais refere “declaração”. Tal termo foi substituído por “incidente de arguição”, por evidente inapropriação do termo anterior, posto que não há efetiva declaração de inconstitucionalidade na decisão que afasta a aplicação da norma julgada desconforme à Constituição.

O artigo 948 do diploma processual de 2015 assim dispõe:

“Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo”.

Pela leitura do dispositivo, verifica-se que já há novidade: uma de caráter pedagógico, ao referir a forma de controle “difuso”; e outra de natureza principiológica, ao expressar a necessidade de ouvir também das partes, além do Ministério Público, antes do conhecimento do processo.

Note-se que não houve mudança significativa em relação ao texto do vigente art.480 do Código de Processo Civil de 1973, que na visão do professor Araken de Assis “diz menos do que o devido, pois nem o grupo de câmaras nem a seção cível podem pronunciar a inconstitucionalidade, e diz imperfeitamente, porque nem sempre o relator provoca a apreciação da matéria” (ARAKEN, 2007, p. 328).

De qualquer sorte, não aproveitada a oportunidade de melhora na redação do texto do artigo 948 do novo Código de Processo Civil, a interpretação a ser dada permanece aquela apontada pelos estudiosos do tema, qual seja: a análise da questão constitucional pelo órgão fracionário (o relator deve submeter a questão ao colegiado da câmara ou do grupo) é feita em juízo prévio, necessária para envio da questão prejudicial ao Pleno ou ao Órgão Especial (MARINONI e MITIDIERO, 2014, p.502).

Na redação do art. 949 foi excluída menção à lavratura do acórdão após o acolhimento da arguição de inconstitucionalidade. Todavia, o termo vai ratificado no art.950 e, de qualquer forma, sendo julgamento de colegiado proferido por tribunal trata-se de “acórdão”, conforme conceito expresso no próprio Código de Processo Civil (art. 204 do novo código que, a propósito, completa a redação do art.163 do código atual). Aqui importante lembrar

a verdadeira função do órgão fracionário naquele momento: “deliberar sobre submeter, ou não, a inconstitucionalidade ao tribunal pleno (art.481, *caput*, segunda parte, *in fine*). Nenhum vínculo predece a votação nas etapas subsequentes do julgamento. Às vezes, o integrante do órgão fracionário inclina-se por acolher a arguição, mas no órgão competente, que também integra, rejeita o vício” (ARAKEN, 2007, p.330).

Em relação ao art.950, equivalente ao art.482 do Código de Processo Civil de 1973, a única alteração que se observa diz respeito à exclusão do Ministério Público da relação das pessoas mencionadas no §1.º, a manifestar-se naquele momento, no incidente. O dispositivo tratou de suprimir duplicidade atualmente existente. Também aqui o professor Araken de Assis já alertava ao referir que “Após a distribuição, no órgão competente, impõe-se colher o parecer escrito do Procurador-Geral da Justiça, atendendo, outra vez, à cláusula do art.480” (ARAKEN, 2007, p.331).

Por pertinente ao tema, evolução importante no novo Código de Processo Civil foi localizada na positivação da hipótese de reconhecimento direto da existência de repercussão geral quando o recurso impugnar acórdão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art.97 da Constituição Federal. Tal acréscimo encontra-se no inc.III do §3.º do art.1035 do Código de Processo Civil a entrar em vigor, que assim dispõe:

“Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso

impugnar acórdão que:

(...)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”.

O novo Código de Processo Civil também inova ao expressar as formas de controle de constitucionalidade, nos artigos 525, §12, e 535, §5.º, que permitem ao executado por quantia certa e à Fazenda Pública impugnar a execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Alteração significativa, pela força com que chega ao novo Código de Processo Civil, diz respeito à obrigatoria uniformização da jurisprudência pelos tribunais e observância pelos juízes de primeiro grau e pelos tribunais locais dos precedentes judiciais dos Tribunais Superiores.

A valorização dos precedentes, já identificada por meio de alterações introduzidas no Código de Processo Civil de 1973, em especial a partir de 1998, ganha destaque no Novo Diploma Processual, consoante termos dos artigos 926 a 928 (Disposições Gerais sobre os Processos nos Tribunais) e artigo 947 (Incidente de Assunção de Competência).

A uniformização da jurisprudência, de forma a mantê-la estável, íntegra e coerente, minimiza os casos de julgamentos antagônicos proferidos em relação a idênticas situações, dando vazão e efetiva aplicação aos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e da isonomia, os quais vêm expressos no §4.º do art. 927.

2.3 Cláusula de reserva de plenário

Não se pode tratar do tema do controle de constitucionalidade, via meio difuso, sem referir, mesmo que em poucas linhas, a denominada cláusula de reserva de plenário, também conhecida como *fullbench*, advinda do comando constitucional expresso no art.97, o qual estabelece que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos respectivos órgãos especiais Tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A matéria encontra-se sedimentada, por meio da Súmula Vinculante 10 do STF, com o seguinte enunciado:

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.

De precedente para edição da Súmula Vinculante 10, extrai-se que:

“Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal, em consequência, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no artigo 97 da Constituição da República. Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão meramente fracio-

nário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno. EQUIVALÊNCIA, PARA OS FINS DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO, ENTRE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E O JULGAMENTO, QUE, SEM PROCLAMÁ-LA EXPLICITAMENTE, RECUSA APLICABILIDADE A ATO DO PODER PÚBLICO, SOB ALEGAÇÃO DE CONFLITO COM CRITÉRIOS RESULTANTES DO TEXTO CONSTITUCIONAL. Equivale à própria declaração de inconstitucionalidade a decisão de Tribunal, que, sem proclamá-la, explícita e formalmente, deixa de aplicar, afastando-lhe a incidência, determinado ato estatal subjacente à controvérsia jurídica, para resolvê-la sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional” (AI 472897 AgR, de Relatoria do Min. CELSO DE MELLO, DJ 26-10-2007).

Nesse contexto, restou resolvida controvérsia sobre a decisão que “declara”, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Todavia, vale reforçar: somente no âmbito dos Tribunais.

3. Considerações finais

Uma sociedade organizada reclama a produção de regras compatíveis com as normas, os princípios e os valores consagrados na Constituição Federal, Lei Suprema do Estado, em especial para solução pacífica das controvérsias. Não há divergência quanto à fundamental importância da existên-

cia de mecanismos a permitir proteção dos valores supremos, eleitos pelo povo em um Estado Democrático de Direito, em projetos de leis (controle preventivo) ou em relação aos comandos legais editados (controle repressivo) que destoa desses valores.

Sem dúvida, a instituição de mecanismos de controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos jurídicos constituiu imensurável avanço do Estado. O que ainda causa certo desconforto são as diferentes formas e consequências jurídicas, sociais e políticas decorrentes da utilização dessa importante “ferramenta”.

Toma-se, por exemplo, caso em que juiz de primeiro grau decide afastando a aplicação de lei que, por si só (e aqui não se trata de crítica ao Sistema, pois a existência de amarras nessa fase viria em desfavor da proteção do indivíduo) considere inconstitucional e em ação semelhante outro juiz decide de forma diversa, por entendê-la constitucional. Nessa hipótese, a questão poderia restar tratada de forma isonômica nos tribunais, porquanto somente podem afastar a aplicação da lei ou do ato por decisão do plenário, que a partir de então constitui-se em observância obrigatória.

Todavia, não estando a decisão judicial que afasta a aplicação de lei ou ato, tidos por inconstitucionais, submetida a recurso necessário as ações poderão transitar em julgado com desfechos diametralmente opostos em relação à aplicação ou ao afastamento da lei invocada como fundamento dos pedidos. E mais: não tendo a decisão o poder de retirar do mundo jurídico lei ou ato considerados inconstitucionais, seguem a ser aplicados até que, e se, alterados ou revogados.

Muito embora conceitualmente seja enfatizada a diferenciação entre os efeitos das decisões em controle concentrado e difuso, quais sejam: o primeiro tem efeito *erga omnes* e o segundo *inter partes*, não é difícil perceber que também as decisões em casos concretos, que afastam a aplicação de lei

ou ato por considerá-los inconstitucionais ultrapassam as fronteiras das partes.

A valorização dos precedentes no novo Código de Processo Civil caminhou nesse sentido em relação às decisões dos tribunais. Trata-se de efetiva evolução no caminho da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia, princípios positivados no § 4.º do art.927 no *novel* Diploma.

A introdução de modificações processuais, no sentido de reconhecer-se obrigatória a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso necessário, sem efeito suspensivo) para trânsito em julgado das decisões judiciais que, por *via difusa*, negarem validade (material) à lei, poderia tornar esse método mais harmônico com o Estado de Direito. A ampliação dos casos de admissão da ação declaratória de constitucionalidade também poderá colaborar nesse sentido.

Entretanto, quando se deseja desafogar o judiciário, em especial os tribunais superiores, não será essa alternativa a solucionar os conflitos. De qualquer sorte, a inclusão no novo Código de Processo Civil de hipótese de reconhecimento direto da existência de repercussão geral quando o recurso impugnar acórdão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, na forma do art.97 da CF, constitui significativo avanço ao sistema de controle de constitucionalidade pela via difusa.

O modelo de constitucionalidade adotado pelo Brasil vem sofrendo modificações, alinhando-se e amoldando-se aos novos conceitos e princípios valorizados pela sociedade brasileira, contrabalançando os pesos de um e de outro (concentrado e difuso), de forma que, nos dias atuais, estão a aproximar-se, com a balança a pender para o controle difuso, ou, nas diversas terminologias utilizadas pela doutrina: monista, descentralizado, cumulado, concreto ou por via de exceção.

A valorização dos precedentes no direito brasileiro, referendados por di-

versos dispositivos constantes do novo Código de Processo Civil, vem ao encontro da consolidação do modelo difuso de controle de constitucionalidade.

No que tange aos reflexos dos julgamentos proferidos em sede de controle difuso pelos tribunais, tem-se que os novos regramentos processuais, na medida em que impõem o respeito aos precedentes, acabam por extravasar os efeitos dessa decisão para além das partes da ação em que discutida e julgada a questão constitucional incidental.

Identifica-se nesse contexto que a função jurisdicional do Estado, que tem como principal atribuição tutelar os direitos fundamentais da pessoa, dentre eles o direito à *decisão justa*, deverá ser prestada de forma mais harmônica à Sociedade. Essa responsabilidade está presente no novo Código de Processo Civil com mais força, na medida em que respeitar as soluções dadas a idênticos conflitos pelo judiciário, logicamente honrando a concreitude do caso, não se trata de faculdade, mas dever do julgador. A predominância do resultado da prestação jurisdicional alcançada à coletividade em relação à atuação jurisdicional para tutela do indivíduo parece restar enaltecida no novo diploma processual.

4. Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 1.^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4.^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 39.^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil: comentado artigo*

por artigo/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 6.^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 3.^a ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional/* Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMÃO, Calil. *Elementos do Sistema de Controle de Constitucionalidade*. 2.^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. 1.^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.