

A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS

RICARDO RESENDE DE ARAÚJO

Advogado da União na Procuradoria da União do Piauí.

Ex-promotor de justiça e Professor Universitário.

Sumário: Introdução – 1. A Jurisdição Constitucional – 1.1 Considerações preliminares – 1.2 Sistemas de controle de constitucionalidade – 1.3 Critérios e modo de exercício do controle jurisdicional – 1.4 Sistema de brasileiro de controle de constitucionalidade – 2. O Procedimento da Declaração incidental nos Tribunais – 3. A Cláusula de Reserva de Plenário – 3.1 O sentido real do art. 97 – 3.2 Competência das câmaras – 3.3 Significado prático do termo *maioria* – 3.4 Sistemas de Controle de Constitucionalidade – 4. O Recurso das Decisões – 5. Conclusões – 6. Bibliografia

Introdução

O Controle de constitucionalidade, tal como é concebido hoje, representa o resultado de um processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento até sua consolidação nos moldes atuais, tal como é adotado no Brasil. Todo este processo evolutivo guarda uma estreita relação com o precedente oriundo do direito americano, extraído do célebre caso *Madison vs. Marbury*, quando o Juiz Marshall concebeu que o Poder Judiciário poderia deixar de aplicar uma Lei se esta fosse desconforme com a Constituição.

Assim, iniciaremos este trabalho com breve panorama histórico dessa

concepção, o contexto histórico que propiciou surgimento do Controle de Constitucionalidade das Leis, além de breves características e da introdução no ordenamento jurídico brasileiro, até o momento da consolidação definitiva no nosso constitucionalismo.

A partir daí, vamos focalizar, com detida análise, o Controle incidental de Constitucionalidade e o procedimento de sua declaração nos Tribunais, bem como, qual(is) recurso(s) pode(m) ser utilizados no sistema recursal pátrio, que representam a finalidade deste modesto estudo, além de outros aspectos reputados pertinentes e valiosos para o fim colimado.

1. A Jurisdição Constitucional

1.1 Considerações preliminares

Antes de tecermos maiores esclarecimentos sobre a matéria, faremos a transcrição parcial do voto do Juiz Marschal, exarado no caso *Marbury vs. Madison*, em julgamento realizado na Suprema Corte Americana nos idos do ano de 1803, quando o brilhante magistrado americano houve por bem asseverar o seguinte:

“... é dever do Poder Judiciário declarar o direito. De modo que, se uma lei colide com a Constituição, se ambas, a lei e a Constituição, se aplicam a uma determinada causa, o tribunal há de decidir essa causa, ou de conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição ou de acordo com a Constituição, ignorando a Lei; em suma, à Corte compete determinar qual dessas regras se aplica no caso litigioso, pois nisso consiste a essência mesmo do dever judiciário...”

Foi este, o engenhoso precedente que deu azo ao nascimento de uma nova forma de dirimir os conflitos existentes entre as normas e a Constituição, em que a premissa maior é sempre resolver o conflito em favor da Constituição Federal; isto é válido nos sistemas em que existe uma certa rigidez constitu-

cional, como o atual sistema jurídico brasileiro .

1.2 Sistemas de Controle de Constitucionalidade

Para defender esta supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a própria Constituição estabelece técnica especial, que a teoria do direito constitucional denomina controle de constitucionalidade das leis, que, na verdade, hoje, é apenas um aspecto relevante da *Jurisdição Constitucional*.

Assim, conforme hoje é amplamente consabido, existem três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto.

Neste particular, José Afonso da Silva¹ leciona o seguinte,

“O controle político é que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa no século passado; por um órgão especial, como *Presidium do Soviete Supremo da ex-União Soviética* (Constituição da Urss, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* da Vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63).

“O controle jurisdicional generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*: São Paulo: Ed. Malheiros, 1998

da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.”

Aqui, é oportuno abrir um parêntese para focalizar o precedente judicial adrede citado, da Suprema Corte Americana, pela sua influência nesta modalidade Controle.

E, finalmente, o último sistema também descrito pelo citado professor,

“O Controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como corre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob controle jurisdicional.”

1.3 Critérios e modos de exercício do controle jurisdicional

Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle da constitucionalidade: o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa) e o controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada). Verifica-se o primeiro, quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, quando seu exercício só é deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.

O controle jurisdicional subordina-se ao princípio geral de que não há juízo sem autor (*nemo iudex sine actore*), que é rigorosamente seguido no sistema brasileiro, como geralmente ocorre nos países que adotam o critério de controle difuso. Admite-se, nos sistemas de critério concentrado, o controle por iniciativa do juiz (*Richterklage* dos alemães, ou por elevação da causa, na indicação de Bidart Campos) e por iniciativa popular (*Popularklage*, ação popular). Com essas observações, podemos resumir que se reconhecem no Direito Constitucional Comparado três modos de exercício do controle de constitucionalidade:

- a) por via de exceção, ou incidental, segundo o qual cabe ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele;
- b) por via de ação direta de inconstitucionalidade, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo (ação popular);
- c) por iniciativa do juiz dentro de um processo-forma composto pelos dois pólos conflitantes.

Vê-se, desde logo, que o exercício por via de exceção é próprio do controle difuso e os outros, do controle concentrado.

1.4 Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

Nosso sistema é jurisdicional, instituído pela Constituição de 1891, sob influência do constitucionalismo norte-americano, conforme já frisamos alhures, acolhera o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas Constituições sucessivas até a vigente.

As Constituições posteriores à de 1891, contudo, foram introduzindo novos elementos, de sorte que, aos poucos, o sistema se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do método concentrado, sem, no entanto, aproximar-se do europeu. A Constituição de 1934, mantendo os regras do critério difuso, em seu artigo 176, *a* e *b*, trouxe três inovações importantes: a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 7º, I, *a*, *b*); a regra de que, só por maioria absoluta de votos dos seus membros, os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva.

Essas três inovações se incorporaram definitivamente no Direito Constitucional brasileiro.

Já a Constituição de 1988, por sua vez, introduziu duas novidades: previu a inconstitucionalidade por

omissão (art. 103, §2º) e ampliou a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art. 103), incluindo novos legitimados *ex vi* do citado artigo.

Contudo, a Constituição manteve a regra segundo a qual

“somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros dos respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do Poder Público.” (redação atual do art. 97 da CF), medida salutar introduzida entre nós no art. 179 da Constituição de 1934.

A importância deste ponto será abordada com a necessária detenção, logo adiante, dentro dos propósitos deste estudo.

2. O Procedimento de Declaração incidental nos Tribunais

A argüição de inconstitucionalidade é levantada no curso do processo e constitui questão prejudicial ao julgamento da causa. Assim, a questão ficará sobrestada até a solução definitiva do incidente. Tanto as partes como o Ministério Público poderão suscitar-lo. Após a argüição, o relator submete a questão perante a câmara, turma ou outro órgão fracionário competente para o seu julgamento – normalmente a questão é alusiva a recurso. Se

for rejeitada a alegação, prosseguirá o andamento do feito, mas, se a câmara entender que procede o incidente suscitado, remeterá o processo para o pleno conhecer a questão, que é o competente em face do art. 97 da Constituição de 1988. Em apertada síntese, é isso que ocorre.

3. A Cláusula de Reserva de Plenário

Esta cláusula não é novo fruto da Constituição de 1988; pelo contrário, nossa Constituição atual houve por bem seguir as anteriores, para manter esta exigência de caráter procedimental.

Ao contrário do que comumente se afirma, a Constituição não fixou o *quorum* dos tribunais para o julgamento de matéria reputada inconstitucional, quando a Corte estiver exercitando o controle de caso concreto, ou o incidental, conforme já foi salientado alhures. Assim, desde o Estatuto de 1934 que apenas se condiciona o pronunciamento conclusivo pela inconstitucionalidade mediante a participação da maioria dos membros dos tribunais.

Elucidando esta matéria com inegável brilhantismo, Lúcio Bittencourt² já ponderava com muito

acerto, que a maioria nada que tinha a ver com o *quorum*, porque este,

“segundo a definição vulgar, perfeitamente coincidente com o sentido técnico, significa o número de pessoas cujo concurso ativo ou inativo é indispensável ao funcionamento válido de alguma assembléia. A Constituição não determina o número de Juízes que devem estar presentes, nem exige o comparecimento da totalidade destes, mas, apenas, condiciona a eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade ao pronunciamento da maioria dos membros do tribunal...”

Fica, dessa forma, a questão do *quorum* dependente da regência das leis de organização judiciária, assim como do que dispuserem os regimentos internos dos tribunais.

Neste ponto, ainda mais uma vez, o direito Brasileiro seguiu a orientação do *big brother*, se é que nós latinos podemos chamar os americanos de grande irmão. Entendo que não, mas é este o espírito deste trabalho. Destarte, nos Estados Unidos, os tribunais, têm assentado fazer depender o julgamento das controvérsias constitucionais da presença de todos os membros do tribunal, ou seja o *full bench*. Caso contrário, o julgamento é sempre adiado até que esteja presente a totalidade dos membros

² BITTENCOURT, LÚCIO. *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed., Rio: Forense, 1968.

da Corte, merecendo essa orientação o louvor de Cooley,³ que a considera uma precaução prudente e adequada em face da delicadeza e importância do assunto:

“very prudent and proper precaution to be observed before entering upon questions so delicate and important.”

Essa é, porém, como adverte ainda o mesmo Cooley, – uma simples regra de conveniência e não uma obrigação constitucional, embora geralmente aceita e observada, mas cada tribunal a estabelece e regula, de acordo com sua própria discricção – *in its own discretion*, nos ensina mais uma vez Colley.

Assim, mesmo no Supremo Tribunal Federal, nos processos em que houve arguição incidental de inconstitucionalidade perante uma das Turmas, e considerando o teor do art. 97, seria necessário pronta remessa ao pleno?

Podemos responder que depende da questão controvertida. Contudo, à luz do art. 97, somente o Plenário poderia decidir sobre a arguição. Esta não poderia ser apreciada pela Câmara ou Turma. Porém, se a questão prejudicial é irrelevante, de manifesta improcedência, é desnecessária audiência da plenária, podendo se prescindir do

exame da prejudicial de inconstitucionalidade. Assim, por não ser indispensável à solução da controvérsia, é de boa técnica superar-se essa questão.

Tanto é assim que o STF, ao julgar a Apelação Cível, em 13.10.42, discutiu *precisamente* acerca da obrigatoriedade ou não da remessa ao Tribunal Pleno para que esse decidisse a questão prejudicial. Na época, foi argumentado que a questão não poderia ficar somente ao nuto da Turma, mas prevaleceu a tese de que a falta de consistência da arguição e o julgamento da causa independente do aspecto da constitucionalidade, envergaria tónus suficiente para superar a arguição.

Obviamente, caso haja procedentes do Plenário, tanto no sentido favorável à arguição de inconstitucionalidade como no sentido contrário. Neste caso, a Turma ou Câmara não deverá remeter o processo para o pleno, pois bastará aplicar a decisão anterior do STF ou do próprio Tribunal, que haja julgado a matéria ora debatida. Nelson Nery Júnior⁴ reputa esta medida como de salutar economia processual. Contudo, o aludido mestre ressalva que órgão fracionário deverá submeter a questão ao pleno quando houver potencialidade de modificação da decisão

³ COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the constitutional limitations*. 6. ed., 1890. p. 195.

⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed., RT, p. 926-927.

anterior, como nas hipóteses de fundamento novo, ingresso de um novo membro na Corte etc.

Portanto, é curial concluir-se, frente ao que já foi exposto, que o Supremo Tribunal Federal poderá julgar matéria constitucional com a presença de pelos menos oito ministros efetivos, sendo que o ato ou o preceito legal só poderá ser julgado inconstitucional, se houver a manifestação expressa de seis ministros neste sentido (Regimento Interno, art. 174). Proclamada a inconstitucionalidade ou não, atingida a maioria de seis ministros, a ação será julgada improcedente. Esta ponderações, obviamente, se dirigem ao controle concentrado.

Assim, a eficácia das decisões em controle abstrato no STF fazem coisa julgada e são dotadas de eficácia *erga omnes* (RISTF, art. 175 e 178). Ao contrário, as decisões que, num caso concreto, declaram incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei têm eficácia exclusiva *inter partes*. Entretanto, desde 1934, existe a possibilidade de outorgar-se força de lei a essas decisões mediante a suspensão de sua execução pelo senado federal. Esta fórmula, que é reputada obsoleta por Gilmar Ferreira Mendes,⁵ sobretudo em razão do peculiar significado atribuído ao controle abstrato, foi mantida pela Constituição de 1988. Assim, deve o

Tribunal, após o trânsito em julgado da decisão, informar ao Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade, a fim de que se suspenda a execução da Lei.

3.1 O sentido real do artigo 97

Esse artigo da nossa Constituição, já transcrito anteriormente, não tem outro significado senão o de condicionar a eficácia da decisão declaratória da inconstitucionalidade ao voto – nem mesmo a presença, mas ao voto da maioria dos membros do tribunal. O referido preceito não é nem mesmo uma regra de funcionamento, nem uma norma de competência, mas estabelece uma condição de eficácia.

Deste entendimento que foi cunhado pelo eminente constitucionalista Lúcio Bittencourt, decorrem várias conseqüências importantes ao sistema de controle de constitucionalidade adotado entre nós, principalmente o de reputar nula a decisão tomada sem o voto da maioria dos membros do Tribunal no controle incidental de inconstitucionalidade.

3.2 Competência das câmaras ou turmas para conhecer a controvérsia

Desta feita, conseqüência importante é a concernente à competência das câmaras ou turmas de um Tribunal para conhecer da contro-

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 43.

vérsia de cerne constitucional. Portanto, a simples argüição de inconstitucionalidade não desloca o julgamento da causa para o tribunal pleno, podendo, perfeitamente, essa argüição ser apreciada pelas câmaras. Aliás, tem sido reiteradamente entendido e foi, com propriedade, na época, à luz da Constituição de 1946, explicado pelo desembargador Frederico Sussekind, em lapidar acórdão do então Tribunal de Apelação do Distrito Federal.⁶ Vejamos o julgado:

“As câmaras podem julgar constitucional uma lei... Se a alegação não merece mais detido exame ou se não tem procedência, a decisão é proferida pela própria câmara ”...

E tem mais:

“A Constituição não proíbe que as câmaras julguem constitucional uma lei; o que veda é que a declarem inconstitucional.”

3.3 O significado prático do termo *maioria*

Vale salientar, outrossim, no que tange ainda ao art. 97, que a Constituição atual, a exemplo da de 1946, não se contenta com a simples maioria ocasional, mas faz depender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade do voto da

maioria absoluta da totalidade do número de juízes do tribunal. O que a Constituição exige não é a maioria absoluta dos presentes – como diz Pontes de Miranda⁷ – “mas a maioria absoluta de votos contra a lei.” Não é a “maioria acidental ou relativa” mas, da totalidade do número legal de Juízes.

4. O Recurso das Decisões dos Tribunais

Pois bem, conforme já exposto anteriormente, depois que é suscitada a prejudicial ou a preliminar de inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público em julgamento da Câmara ou Turma, essa questão será levada ao Tribunal Pleno para decidir sobre ela (art. 481 CPC). Rejeitada a preliminar ou a prejudicial, os autos retornarão à Câmara ou Turma para o exame do mérito e aplicação do direito à espécie. Neste ponto, suscita-se dúvida quanto ao cabimento de recurso. Assim a parte deveria atacar a decisão do pleno que decidiu a prejudicial de inconstitucionalidade ou a decisão da Câmara que analisou o mérito da causa?

O problema pode apresentar várias facetas, porquanto, em determinados Tribunais, o Regimento Interno pode prever o julgamento

⁶ *Arquivo Judiciário*. Vol. 43, p. 51.

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio: 1947. Vol. IV, p. 186.

do feito pelo plenário, após a rejeição da argüição de inconstitucionalidade, à semelhança do preceituado no Regimento Interno STF, no qual às questões submetidas ao Tribunal Pleno, que envolvam matéria constitucional, superada a inconstitucionalidade, aplica-se o direito à espécie. Roberto Rosas⁸ entende que esta solução é mais acertada em face da vacilação outrora existente quanto à interposição do recurso.

Na verdade, a questão está resolvida pela súmula 513 do STF:

“A decisão que enseja interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de Constitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turma) que completar o julgamento do feito.”

Na mesma linha, Nelson Nery Junior⁹ colaciona o seguinte julgado:

“Não se conhece do RE interposto contra acórdão que se funda em declaração de inconstitucionalidade de diploma legal feita pelo plenário de Tribunal *a quo*.” (STF 186/234)

E, em seguida, traz as seguintes ponderações:

“O acórdão do plenário que resolve questão incidente de in-

constitucionalidade é irrecurível. No incidente nada se julga, apenas se afirma a constitucionalidade ou não da norma questionada. Somente do acórdão que julga ou resolve o caso concreto perante a câmara ou turma, aplicando a tese afirmada pelo plenário, é que poderá eventualmente caber recurso. O sistema é assemelhado ao da uniformização de Jurisprudência.”

Na esteira deste entendimento, ainda temos a Súmula 293 do STF:

“São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos Tribunais.”

Além disso, a Súmula 455 afirma o seguinte:

“Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto a matéria constitucional.”

Conclusões

Ante o que foi exposto, podemos inferir os seguintes aspectos:

- a) O Brasil adotou o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade;
- b) A declaração incidental de inconstitucionalidade se dá

⁸ ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. 3. ed. RT, p. 81.

⁹ Obra já citada na nota 03.

- no critério difuso de exercício da Jurisdição constitucional;
- c) A arguição incidental é levantada no curso do processo e constitui questão prejudicial ao andamento da causa;
- d) Nos Tribunais, após receber a arguição incidental, o Relator a levará para consideração da Turma, Câmara ou Órgão fracionário, que poderá rejeitá-la de plano, quando esta for manifestamente improcedente ou quando houver fortes precedentes do plenário da Corte refutando tal alegação;
- e) Os Tribunais só podem, *ex vi* do art. 97 da Constituição, que cuida da cláusula de reserva de plenário, declarar a inconstitucionalidade incidental mediante o voto favorável da maioria absoluta dos membros da Corte, sendo que o efeito desta decisão é *inter partes*;
- f) As decisões dos Tribunais que reconhecem a constitucionalidade são irrecuráveis; o que desafia o recurso é o Acórdão da Câmara que resolveu o caso concreto (Súmulas 293, 455 e 513 do STF).

Bibliografia

- Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the constitutional limitations*. 6. ed., 1890.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed., São Paulo: RT.
- ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: RT.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: 1947.
- BITTENCOURT, Lucio. *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.