

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ANDREI TOSHIO HAYASHI

**CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO:
O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS**

**CURITIBA
2015**

ANDREI TOSHIO HAYASHI

**CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO:
O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof.^a Cibele Fernandes Dias.

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDREI TOSHIO HAYASHI

CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO:
O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

RESUMO

O presente trabalho procurou examinar a cláusula de reserva de plenário na doutrina e jurisprudência pátrias, conferindo ênfase à aplicação do princípio no controle difuso de constitucionalidade. Podendo ser denominada de regra do *full bench*, *full court* ou *en banc*, a origem do instituto remonta a construções jurisprudenciais norte-americanas do século XIX, desenvolvendo-se no Brasil e culminando com a primeira previsão constitucional em 1934. Hoje exposta na redação do artigo 97 da atual Constituição Federal, o qual exige a maioria absoluta dos votos dos membros ou dos membros do órgão especial de um tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, a regra da reserva de plenário é regulada pelos artigos 480 a 482 do atual Código de Processo Civil e artigos 948 a 950 do futuro Código de Processo Civil, os quais determinam o procedimento para a instauração e julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade. Ao preconizar a necessidade de um *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade nos órgãos jurisdicionais colegiados, vê-se o fundamento democrático da cláusula, que também privilegia a presunção de constitucionalidade das leis ou atos normativos do poder público. Com efeito, a regra do *full bench* torna legítima a atuação das cortes quando, por meio do plenário ou do órgão especial, fulminam a validade de algum dispositivo legal por razão de inconstitucionalidade, sendo importante a análise das exceções à aplicação do instituto e a comparação com o controle difuso de constitucionalidade exercido pelos juízes singulares, sem olvidar de que a cláusula também se aplica em sede do controle concentrado de constitucionalidade. Quanto à efetivação da cláusula de reserva de plenário pela jurisprudência, a edição da Súmula Vinculante nº 10 apresentou-se como um posicionamento relevante do Supremo Tribunal Federal no tocante à matéria, reforçando a imprescindibilidade de se remeter a prejudicial de inconstitucionalidade, se acolhida a arguição, à discussão do plenário ou órgão especial para que o acórdão do órgão fracionário não seja eivado de nulidade. Ainda no que tange aos debates na jurisprudência, quando há a aplicação das técnicas decisórias de nulidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição, é questionável, contudo, a indispensabilidade da cisão funcional entre plenário/órgão especial e órgãos fracionários.

Palavras-Chave: direito constitucional – controle de constitucionalidade - cláusula de reserva de plenário – incidente de arguição

LISTA DE ABREVIATURAS E/OU SIGLAS

ADC – Ação Declaração de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 BASES TEÓRICAS DA CLÁUSULA <i>FULL BENCH</i>.....	9
2.1 ORIGEM HISTÓRICA, JUSTIFICATIVA E DESENVOLVIMENTO.....	9
2.2 O INSTITUTO NA CF DE 1988 E NO CPC DE 1973	14
2.3 EXCEÇÕES À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO E A COMPARAÇÃO COM O CONTROLE EXERCIDO PELO JUIZ SINGULAR.....	26
2.4 A REGRA DO <i>FULL COURT</i> NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	34
3. A JURISPRUDÊNCIA E A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.....	38
3.1 A SÚMULA VINCULANTE Nº 10.....	38
3.2 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DA JURISDIÇÃO EFETIVA.....	44
3.3 TÉCNICAS DECISÓRIAS E (DES)NECESSIDADE DO JULGAMENTO <i>EN</i> <i>BANC</i>	49
4 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia possui como objeto de estudo um tradicional instituto do direito constitucional pátrio e que gera muitos debates no mundo jurídico, qual seja, a cláusula de reserva de plenário. Especificamente, a ideia central do trabalho é de conferir ênfase à aplicação da regra no âmbito do controle difuso de constitucionalidade realizado pelos tribunais, aliando doutrina e jurisprudência.

Não se pode negar que um adequado entendimento sobre o controle de constitucionalidade implica uma defesa mais consistente do texto constitucional, o qual, desnecessário justificar, se apresenta como o verdadeiro pacto político-social da nossa sociedade.

Nesse cenário, compreender as principais nuances da reserva de plenário, o qual prescreve que somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público torna-se legítima, revela-se essencial.

Para buscar êxito neste objetivo, sem, contudo, ter a utópica pretensão de esgotar o tema, o trabalho foi dividido em dois capítulos: o primeiro centrado nas bases teóricas do instituto e o segundo voltado a questões inerentes à jurisprudência. Não há, porém, um fechamento hermético dos capítulos entre doutrina de um lado e jurisprudência do outro, mas apenas a intenção de, em cada uma das partes, focalizar uma faceta da temática.

No primeiro capítulo, fez-se, inicialmente, um breve delineamento histórico da regra do *full bench*. Inaugurada em solo brasileiro com base em construções jurisprudenciais norte-americanas do século XIX, a Constituição de 1934 veiculou de modo preambular a cláusula de reserva de plenário no país. Acompanhando as justificativas utilizadas nos Estados Unidos para fundamentar juridicamente a necessidade de um *quorum* diferenciado na apreciação de questões constitucionais, o desenvolvimento do instituto no Brasil também passou pela necessidade de adaptação à realidade das cortes nacionais à medida do decurso do tempo.

Após, a regra foi detalhada sob o prisma da Constituição Federal de 1988 e de sua regulação infraconstitucional, notadamente o Código de Processo Civil de 1973. Para não haver uma mera descrição do *modus operandi* da cláusula de reserva de plenário, à exposição da disciplina infraconstitucional do instituto foram

acrescidos diversos posicionamentos doutrinários a fim de demonstrar as diversas nuances que circundam a aplicação da regra do *full bench*, bem como foram trazidos alguns aportes sobre o trato da matéria no Novo Código de Processo Civil.

Ainda, discorreu-se sobre as exceções à reserva de plenário e realizou-se uma comparação entre o controle de constitucionalidade exercido no âmbito dos tribunais e aquele exercido pelos juízes singulares. A primeira parte do trabalho foi finalizada com a explicação do funcionamento da cláusula na esfera do controle concentrado de constitucionalidade, eis que também neste se faz necessário o *quorum* de maioria absoluta para fulminar a validade de um determinado dispositivo.

No segundo capítulo, escolheu-se a Súmula Vinculante nº 10 para inaugurar a análise do julgamento *en banc* à luz da jurisprudência. Com efeito, o referido enunciado sumular enfatiza a imperatividade da remessa da questão constitucional ao plenário ou órgão especial, subtraindo dos órgãos fracionários a possibilidade de não aplicação de uma lei ou ato normativo não inquinados de inconstitucionais pelo órgão competente para tanto.

Neste ponto, fez-se um breve exame da importância do controle difuso de constitucionalidade em um país que não efetivou as promessas da Modernidade. Sendo todo ato jurisdicional um ato de jurisdição constitucional, toda aplicação do direito deve estar pautada na Constituição, a despeito do entendimento individual do intérprete ou de um equivocado posicionamento de realce da legislação infraconstitucional.

Findou-se o derradeiro capítulo trazendo à tona um debate contemporâneo e essencial para uma análise aprofundada do objeto de estudo deste trabalho. A utilização das técnicas decisórias da interpretação conforme à Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto demandam que, juridicamente, se demonstre a necessidade ou não de respeito à regra do *full court*. Baseadas na separação entre texto e norma, vários doutrinadores debruçaram-se sobre esse questionamento e as posições que daí exurgem são ora convergentes, ora conflitantes.

2 BASES TEÓRICAS DA CLÁUSULA *FULL BENCH*

2.1 ORIGEM HISTÓRICA, JUSTIFICATIVA E DESENVOLVIMENTO

No atual modelo de Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional apresenta-se, na maior parte do mundo ocidental, como uma verdadeira condição de possibilidade da existência do primeiro.¹ A Constituição, como pilar da vida política e social da nação, impescinde de um sistema de justiça que a torne eficaz, não sendo por outra razão que, desde o caso *Marbury v. Madison*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, a doutrina do *judicial review* encontre respaldo no que veio a se denominar de princípio da supremacia da Constituição. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “foi desenvolvido raciocínio que deu origem à tese (...) de que todo juiz tem poder e dever de negar validade à lei que, mostrando-se indispensável para a solução do litígio, afrontar a Constituição”².

De fato, o afastamento de uma lei ou ato normativo produzido pelo Legislativo que esteja em desconformidade com a Constituição, esta considerada não apenas como texto, mas também como norma, constitui, hoje, um pilar da forma federativa e uma ferramenta que, concomitante ao objetivo de manutenção da ordem constitucional, busca propiciar avanços em todos os campos abarcados pela Carta Maior (político, social, econômico, tributário, etc).

Em solo pátrio, o controle de constitucionalidade possui nuances peculiares, adotando matizes austríaco (controle concentrado de constitucionalidade) e estadunidense (controle difuso de constitucionalidade), pelo que a doutrina convencionou categorizar o controle efetuado no Brasil de misto.³ No que toca ao controle difuso, isto é, aquele que permite que “no curso de qualquer ação, seja arguida/suscitada a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo, em âmbito

¹ Não se olvide que, em países como a Inglaterra e a Nova Zelândia, existem estados democráticos de direito sem a utilização do controle judicial de constitucionalidade. Conforme se verá em uma breve passagem deste trabalho, há consistente base teórica na obra de Jeremy Waldron para sustentar a abolição do citado instituto.

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 726.

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 526.

municipal, estadual ou federal”⁴, a cláusula de reserva de plenário apresenta-se como uma norma de competência (ressalvada a posição de Lúcio Bittencourt, para quem a cláusula seria apenas uma condição de eficácia da declaração de inconstitucionalidade⁵) a tornar legítima a declaração de inconstitucionalidade no âmbito de órgãos colegiados do Poder Judiciário⁶ (além dos tribunais estaduais e federais, também o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Supremo Tribunal Federal, eis que as cortes superiores realizam o controle difuso de constitucionalidade).

Desde este momento, é conveniente enfatizar que há uma diferença relevante entre o controle difuso realizado pelos juízes de primeiro grau e pelos tribunais, a qual será mais bem aprofundada no decorrer do trabalho. É de ficar elucidado, do mesmo modo, que a cláusula de reserva de plenário opera nos tribunais estaduais e federais, além dos tribunais superiores, pelo que é possível utilizar a denominação englobante de “órgãos jurisdicionais colegiados”.

A complexidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, todavia, não permite que algumas afirmações sejam feitas de maneira simplória. Há de se afirmar que a cláusula de reserva de plenário também incide no controle concentrado/abstrato de constitucionalidade⁷, assertiva que, em que pese não ser objeto imediato deste trabalho, será minudenciada diante da sua excepcional relevância para a correta compreensão da matéria.

A regra da reserva de plenário foi importada de construções jurisprudenciais norte-americanas datadas do século XIX, balizadas pela tese de que, ao se adentrar em discussões constitucionais, o *quorum* para julgamento deveria ser o da totalidade dos juízes componentes da corte. É por este motivo que a reserva de plenário é conhecida como cláusula *full bench*, *full court* ou *en banc*.⁸

Verifica-se que, desde o aparecimento desta orientação supralegal (*rule of propriety*), a grande intenção dos juízes era o de preservar a produção legislativa oriunda do Congresso. Ao estabelecer que os debates acerca do eventual

⁴ STRECK, Lenio Luiz. Idem, *ibidem*.

⁵ BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 45-46.

⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 534-535.

⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 19-20.

afastamento de uma lei em decorrência de sua possível inconstitucionalidade deveriam ocorrer com a presença da integralidade dos juízes, dificultou-se sobremaneira o caminho para que uma lei fosse afastada do ordenamento por incompatibilidade com a Constituição. Citando Henry Campbell Black, José Levi Mello do Amaral Júnior aduz que a regra do *full bench* possui natureza prudencial, e justifica-se em razão de possível diferença de julgamento entre um colegiado menor e o colegiado integral, além do que “as cortes tendem a adiar o julgamento de questões importantes até que se tenha o plenário cheio”⁹.

Não obstante a ausência de positivação, constitucional ou legal, da regra do *full bench*, mesmo a Suprema Corte dos Estados Unidos, desde o início do século XIX, passou a respeitar a orientação em prol do plenário completo sempre que permitidas as circunstâncias fáticas, corroborando a essencialidade da maioria absoluta dos juízes para declarar a inconstitucionalidade de determinada lei.¹⁰

Conforme já se adiantou, o Brasil importou o modelo do controle difuso de constitucionalidade estadunidense, obviamente com algumas modificações, após o advento da República. No entanto, tal como no país norte-americano, inexistia positivação legal ou constitucional e sim mera recomendação, o que se modificou, a nível infraconstitucional, com a edição do Decreto nº 938/1902 e, a nível constitucional, somente com a promulgação da Constituição de 1934.¹¹

Eis o que preconizava o artigo 179 da mencionada Carta:

Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunales declarar a inconstitucionalidade de lei ou de acto do poder público.

Observa-se da leitura do dispositivo, que o modelo estadunidense, além de importado, foi incrementado, vez que a Constituição de 1934 exigia a análise da questão constitucional por todos os juízes integrantes de determinado tribunal, só sendo legítima a declaração de inconstitucionalidade pelo voto da maioria absoluta. O *full bench* ou *full court*, portanto, foi cumprido etimologicamente à risca em um momento inicial.¹²

⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Idem, p. 20.

¹⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Idem, p. 21-22.

¹¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Idem, p. 25-27.

¹² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Idem, p. 28.

As justificativas da positivação da regra do *full court*, no Brasil, foram semelhantes às do sistema norte-americano: a restrição ao Poder Judiciário quando do exame de questões singulares para a vida política nacional, nas quais em regra se inserem as matérias de índole constitucional, e a preservação da produção legislativa, que se presume constitucional.¹³

Há de se enfatizar que “o postulado em exame cumpre, também, relevante papel entre os necessários à *segurança jurídica* enquanto direito e garantia fundamental”¹⁴, visto que, se a questão constitucional for decidida uma única vez por um colegiado maior dentro do tribunal, a tendência de uniformização jurisprudencial é cristalina. Esta premissa em particular informa a redação do artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que será objeto de investigação futura.

A presunção de constitucionalidade das leis decorre não apenas do controle de constitucionalidade prévio inerente ao processo legislativo, tal como regulamentado, por exemplo, na Constituição Federal de 1988.¹⁵ Essa presunção sempre existiu porque a mera aplicação da lei pelo Poder Judiciário já induz que ela é constitucional, tendo-se o julgamento *en banc* quando se objetiva a extirpação da lei em decorrência de sua inconstitucionalidade.

Nesse aspecto, precisas as palavras de Marcelo Caetano:

A exigência da maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto (...). Sendo atingida a majestade da lei a qual, em princípio, beneficia de precaução de estar de acordo com a Constituição, é necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável e não brote de qualquer escassa maioria, porventura de um voto só. Essa exigência, por outro lado, acautela contra uma futura variação de jurisprudência no mesmo Tribunal.¹⁶

Convém transcrever ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

¹³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Idem*, *ibidem*.

¹⁴ PEREIRA, José Edgard Penna Amorim. *Desafios da Reserva de Plenário*. In: MACIEL, Adhemar Ferreira, et. al. (coord.). **Estudos de Direito Constitucional**: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 119.

¹⁵ Veja-se, por exemplo, a redação do artigo 66, parágrafo 1º: Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

¹⁶ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 417.

HABEAS CORPUS. PACIENTES DENUNCIADOS POR POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ART. 12 DA LEI 10.826/03. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRETENZA INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO PENAL PORQUE SERIA DESPROPORCIONAL. **AFASTAMENTO DA TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE, DE PLANO, PELA CÂMARA. NÃO INFRINGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO.** ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. PRETENZA NÃO CONFIGURAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA AFASTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. **1. A declaração da inconstitucionalidade, inclusive em via incidental, cabe ao órgão competente que, no Paraná, é o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, de conformidade com o art. 83, VI, f, do RITJPR. 2. Entendendo não se caracterizar a pretensa inconstitucionalidade, pode e deve o órgão fracionário (no caso, a Câmara) firmar a constitucionalidade do dispositivo questionado e prosseguir desde logo no julgamento do feito. 3. "...a câmara, turma, seção ou outro órgão fracionário do tribunal não pode declarar a inconstitucionalidade, mas pode reconhecer a constitucionalidade da norma, hipótese na qual deverá prosseguir no julgamento, sem necessidade de encaminhar a questão constitucional ao plenário." (Luis Roberto BARROZO, "O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", 2ª ed., 2006, Ed. Saraiva, p. 85) (...)**¹⁷

O quadro alterou-se em um ponto particular com a promulgação da Constituição de 1946. Vista a necessidade de flexibilidade do instituto, o artigo 200 passou a dispor o seguinte:

Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público.

Ao não exigir mais os votos de todos os juízes integrantes de um determinado tribunal, mas somente um número de votos tal que configurassem a maioria absoluta em favor da declaração de inconstitucionalidade, a regra do *full bench* tornou-se mais próxima da cláusula de reserva de plenário como ela se apresenta hodiernamente.¹⁸ Com efeito, forçoso dizer que, se essa modificação não fosse feita com a promulgação da Constituição de 1946, ela certamente viria ulteriormente em razão do aumento do número de processos e da dificuldade de operacionalização da antiga regra constante na Constituição de 1934.

No seio da Constituição de 1967, não fora veiculada nenhuma alteração significativa quanto à regra do *full court*. No entanto, a Emenda Constitucional nº 7,

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus n. 444815-7. Relator(a): Lilian Romero, 2ª Câmara Criminal, julgado em 22/11/2007.

¹⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 33-34.

datada de 1977, trouxe uma mudança essencial para a compreensão do objeto de estudo deste trabalho. Com a mencionada emenda, se antes as declarações de inconstitucionalidade, em qualquer tribunal, dependiam de sessões plenárias, agora, nos tribunais de maior porte, ou seja, com número superior a 25 (vinte e cinco) desembargadores, passou a existir um órgão especial, constituído “para o exercício das atribuições, administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno” (artigo 144, V, da Constituição de 1946, com redação trazida pela EC nº 7/77).¹⁹ O dispositivo foi mantido na Constituição de 1988, especificamente no artigo 93, XI²⁰.

Do mesmo modo que a modificação trazida pela Constituição de 1946, o advento dos órgãos especiais justificou-se para melhor operacionalização dos principais tribunais do país, o que não significa, contudo, um esvaziamento da regra do *full bench*.

2.2 O INSTITUTO NA CF DE 1988 E NO CPC DE 1973

A Constituição de 1988, ao regular a cláusula de reserva de plenário, abarcou as principais transformações feitas ao longo da história constitucional pátria, e, em seu artigo 97, assim expõe:

Art. 97. 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.

Segundo José Edgard Penna Amorim Pereira, o conceito de “lei ou ato normativo do poder público” é amplo, englobando as emendas à Constituição Federal, a Constituição Estadual e suas emendas, os decretos, as resoluções

¹⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Idem*, p. 34.

²⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

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 antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;

parlamentares, as leis complementares, ordinárias e delegadas, as medidas provisórias, as resoluções, além de outros atos normativos.²¹

A nível infraconstitucional, o Código de Processo Civil regula o instituto nos artigos 480 a 482²², detalhando o procedimento e algumas exceções à regra do *full bench* no Brasil. Conforme se verá adiante, o novo CPC manteve praticamente o mesmo texto, somente alterando a numeração dos artigos.

Na sistemática vigente, o órgão fracionário dos Tribunais, seja ele câmara, turma, grupo ou seção, ao vislumbrar uma questão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, deve conferir vistas ao Ministério Público. Veja-se que a discussão sobre a inconstitucionalidade pode derivar da alegação das partes do processo, do Ministério Público e, por certo, de ofício, sendo esta última hipótese oriunda do dever inerente a todos os juízes de proceder ao controle difuso de constitucionalidade quando se depararem com possíveis inconstitucionalidades.²³

Então, o relator deve submeter a questão constitucional à turma ou câmara, a qual poderá rejeitar a alegação de inconstitucionalidade, prosseguindo no julgamento do caso concreto, ou acolher a alegação, lavrando o respectivo acórdão e remetendo a análise da questão para o plenário ou órgão especial do tribunal.

Relembre-se que, no controle difuso de constitucionalidade, e o incidente de arguição de inconstitucionalidade não escapa à regra, a questão constitucional deve ser prejudicial à resolução da lide (“o controle difuso tem, na sua *ratio*, sempre uma

²¹ PEREIRA, José Edgard Penna Amorim. Desafios da Reserva de Plenário. In: MACIEL, Adhemar Ferreira, et. al. (coord.). Obra citada, p. 118.

²² 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.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

²³ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 529.

questão prejudicial”²⁴), isto é, o julgamento do processo deve depender do enfrentamento da questão constitucional. Hipoteticamente, ainda que a questão constitucional seja controversa e necessite do pronunciamento do plenário ou do órgão especial para ser dirimida, se o julgamento sobre a questão não for essencial para o processamento do recurso ou ação originária do tribunal, não há que se falar em envio para julgamento *en banc*.

Adentrando em particularidades do processo civil, é importante ressaltar que “a prejudicialidade da norma é relativa à decisão, seja ela de natureza material ou processual ou tenha caráter final ou incidente, e não apenas ao julgamento final do mérito”²⁵.

O pronunciamento colegiado do órgão fracionário remetendo a análise da arguição de inconstitucionalidade para o plenário ou órgão especial, naqueles tribunais com mais de 25 desembargadores, suspende o julgamento do caso concreto²⁶, sendo, ademais, irrecurável²⁷. Além do efeito suspensivo em relação ao caso concreto, é da prática dos tribunais a suspensão de todos os processos que tratem da prejudicial de inconstitucionalidade, ainda que inexista disposição constitucional ou legal determinando o sobrestamento destes feitos. Isso ocorre em razão do imperativo de cautela a evitar decisões díspares envolvendo matéria idêntica, e também pelo *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal, que determina a suspensão dos processos em trâmite no país quando há pendência de julgamento de questões constitucionais concernentes a eles.²⁸

Se, entretanto, o órgão fracionário rejeitar o pedido de remessa ao plenário ou órgão especial do tribunal para exame da aventada inconstitucionalidade, o acórdão a ser proferido quando do julgamento do recurso ou ação originária pode ser objeto de impugnação, no qual fica englobada a decisão que rejeitou a remessa da questão constitucional.²⁹

Diante desse breve resumo do procedimento, constata-se que, como já se asseverou, o entendimento pela constitucionalidade da lei ou ato normativo prescinde de julgamento *en banc*, enquanto a declaração de inconstitucionalidade não pode ser feita pelo órgão fracionário em vista da necessidade de atendimento a

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Idem*, p. 527.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Obra citada*, p. 812.

²⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Obra citada*, p. 45.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Obra citada*, p. 830.

²⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Obra citada*, p. 45.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Obra citada*, p. 830.

um *quorum* especial. Frise-se que o órgão fracionário, ao acolher a alegação de inconstitucionalidade, está a afirmar um estado de dúvida constitucional, e não propriamente a inconstitucionalidade, vez que isto lhe seria defeso. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “este estado de dúvida deve ser objetivo, fundado, devendo ser adequadamente explicitado pelo órgão fracionário”³⁰.

A ausência de sólida fundamentação para remeter a discussão da questão constitucional ao plenário ou órgão especial pode, inclusive, consubstanciar um óbice ao conhecimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, conforme já decidiu o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL - CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO - ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUSCITAÇÃO PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO SEM MOTIVAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO DO INCIDENTE COM RETORNO DOS AUTOS AO ÓRGÃO SUSCITANTE - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - COMPETÊNCIA ATRIBUÍDA A SEÇÃO CÍVEL - ARTIGO 84, I, DO REGIMENTO INTERNO. ARGÜIÇÃO NÃO CONHECIDA COM DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS AO ÓRGÃO DE ORIGEM.³¹

No corpo do mencionado acórdão, os desembargadores entenderam que “não se há de conhecer de incidente sem que haja pronunciamento objetivo e incisivo sobre a ausência de adequação constitucional da lei impugnada e sem ser exposto expressamente quais as normas constitucionais cujas disposições se entendem afrontadas”. Portanto, é imprescindível a adequada motivação para se acolher a arguição e enviar o processo ao plenário ou órgão especial, o que restringe a questão a ser analisada e obedece ao mandamento constitucional do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Na hipótese, infelizmente presente na jurisprudência pátria, do órgão fracionário do tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, isto é, não remeter a questão constitucional para o plenário ou órgão especial e julgar o mérito do caso concreto, haverá nítida violação do artigo 97 da Constituição Federal e dos artigos 480 e seguintes do Código de Processo Civil. Desde já, todavia, convém destacar que se a questão constitucional já tiver sido decidida pelo plenário ou órgão especial do tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Idem, p. 821.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 351115-1/01. Relator(a): Sérgio Rodrigues, Órgão Especial, julgado em 19/11/2007.

(exceções previstas no artigo 481, parágrafo único, do CPC, e que serão apreciadas à frente), não há que se falar em violação à cláusula de reserva de plenário.

Em se tratando do primeiro caso, isto é, de violação à regra do *full bench*, José Levi Mello do Amaral Júnior elenca sete medidas processuais que a parte prejudicada pode utilizar para impugnar a decisão proferida pelo órgão fracionário: (a) embargos de declaração, para sanar a omissão (artigo 535, II, CPC) do acórdão do órgão fracionário que não determinou a instalação do incidente de arguição de inconstitucionalidade perante o plenário ou órgão especial do tribunal; (b) embargos infringentes, no caso de acórdão do órgão fracionário que, por maioria de votos, tenha declarado inconstitucional lei ou ato normativo do poder público sem a remessa da *quaestio* ao plenário ou órgão especial do tribunal; este recurso, presentes as circunstâncias autorizadoras da sua interposição, se revela essencial para a obediência à Súmula nº 281 do Supremo Tribunal Federal³²; (c) recurso extraordinário, nos termos do artigo 102, III, a, da Constituição Federal (quando a decisão recorrida contraria dispositivo da CF), especificamente por violação ao artigo 97, no qual se pugnará pela anulação do acórdão recorrido, com o comando de remessa da prejudicial de inconstitucionalidade para o plenário ou órgão especial do tribunal, e, somente então, o retorno dos autos ao órgão fracionário para que o mérito do caso concreto seja apreciado; (d) recurso especial, nos termos do artigo 105, III, a, da Constituição Federal (quando a decisão recorrida contraria lei federal, ou nega-lhe vigência), especificamente por violação ao artigo 481 do Código de Processo Civil, no qual haverá requerimento idêntico ao realizado em sede de recurso extraordinário; (e) ação rescisória, nos termos do artigo 485, V, do Código de Processo Civil (quando a decisão recorrida viola literal disposição de lei), a qual pode ser utilizada caso a mácula do pronunciamento do órgão fracionário, qual seja, a violação ao artigo 97 da CF e ao artigo 481 do CPC ante a não remessa da questão constitucional ao plenário ou órgão especial da corte, não possa mais ser impugnado mediante recurso extraordinário, medida que é a mais recomendável, ou mesmo recurso especial, em face do decurso do prazo legal ou outro óbice; (f) mandado de segurança, em caso de urgência e extrema necessidade; (g) suspensão de tutela, de competência do presidente do tribunal ao qual o órgão fracionário responsável pelo acórdão violador da cláusula de reserva de plenário

³² “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

estiver subordinado, eis que, segundo o STF, a desobediência à regra do *full court* consubstancia grave lesão à ordem pública.³³

A estas medidas pode ser adicionada a possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional, prevista no artigo 102, I, alínea 'I', da Constituição Federal, que objetiva a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e a garantia da autoridade de suas decisões, bem como, nos termos do artigo 103-A, §3º, da Constituição Federal, que enseja a cassação de decisão judicial que contrariar súmula vinculante. Cabe adiantar que, no caso da cláusula da reserva de plenário, existe uma súmula vinculante que será pormenorizada no capítulo ulterior.

Veja-se recente julgado do Pretório Excelso em sede de agravo regimental em reclamação:

EMENTA Agravo regimental em reclamação. Súmula vinculante nº 10. Violação configurada. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que afasta a incidência de norma por fundamento constitucional. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. Ao dar provimento ao recurso especial, por decisão de órgão fracionário, o e. STJ afastou a incidência do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil por fundamento constitucional, sem a necessária submissão da matéria à cláusula de reserva de plenário, em afronta à autoridade do STF e à eficácia da Súmula Vinculante nº 10. 2. Agravo regimental não provido.³⁴

Interessante apontar que, no novo CPC, será possível propor reclamação ao próprio Tribunal de Justiça com fundamento no artigo 988, inciso I, o qual preconiza que “caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para preservar a competência do tribunal”.

Assim, quando um órgão fracionário declarar diretamente a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo sem submeter a questão ao Pleno ou ao Órgão Especial, ter-se-á uma situação de usurpação de sua competência. Exemplificativamente, se uma Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná declarar diretamente, em um caso concreto, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo – não havendo precedente do STF ou do Órgão Especial da Corte – estará usurpando a competência do Órgão Especial do TJ/PR, o que possibilitará, diante do novo CPC, a propositura de reclamação dirigida ao próprio tribunal paranaense. Esta nova hipótese de reclamação consubstancia uma

³³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 58-69.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg na Reclamação n. 8037/AL. Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013.

novidade do Novo Código de Processo Civil, visto que a Constituição Federal somente trata da reclamação para a preservação de competência do STF (102, I, I, CF) e do STJ (105, I, f, CF).

Portanto, existem várias alternativas na legislação constitucional e processual civil quando o órgão fracionário, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo sem o envio da questão constitucional ao plenário ou órgão especial, viola o artigo 97 da Constituição Federal. As Súmulas 293³⁵ e 455³⁶ do Supremo Tribunal Federal referem-se a situações diversas, ou seja, quando inexistente desobediência ao julgamento *en banc*, sendo plenamente aceitável, porém deve ser necessariamente rechaçada, qualquer confusão.

Em caso de acolhimento da arguição de inconstitucionalidade (não há, reitere-se, declaração de inconstitucionalidade), será designada a data do julgamento no plenário ou órgão especial, respeitada a indispensável remessa de cópia do acórdão do órgão fracionário a todos os juízes integrantes (artigo 482, *caput*, do CPC). Antes do julgamento da *quaestio*, podem ser ouvidos diversos agentes, no que o procedimento se aproxima daquele estabelecido no controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, notadamente o *amicus curiae*.

Especificamente, podem se manifestar, além das partes litigantes do caso concreto, o Ministério Público (observa-se aqui a cisão entre a decisão do órgão fracionário e a decisão do plenário ou órgão especial, visto que o MP pode se manifestar em ambos – no primeiro, aliás, a manifestação é indispensável), as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato normativo questionado, os legitimados ativos do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade (desde que por escrito, nos termos do artigo 482, §2º, CPC) e, ainda, outros órgãos e entidades que relator do incidente de arguição de inconstitucionalidade no plenário ou órgão especial entender admissíveis considerando as peculiaridades da questão a ser enfrentada. Imperioso consentir que “a pluralidade da sociedade e a otimização da democracia (...) redundam na ampla possibilidade de manifestação no incidente (...), [constituindo] eco da ideia de construção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”³⁷.

³⁵ “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais.”

³⁶ “Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto a matéria constitucional.”

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 831.

No julgamento, se for obtida a maioria absoluta dos votos no plenário ou órgão especial em prol da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público, haverá a declaração da inconstitucionalidade da referida lei ou ato normativo. Do contrário, se não for obtida a maioria absoluta, e aqui está o âmago da cláusula de reserva de plenário, reconhece-se a constitucionalidade, que já era, relembre-se, presumida.

A decisão que reconhecer como procedente a dúvida apontada pelo órgão fracionário deverá ser respeitada inexoravelmente no caso concreto onde foi veiculada a arguição. Pontes de Miranda já afirmava que “qualquer que seja a oposição dos juízes, da turma, câmaras ou grupo de câmaras, em discordância com o julgado do plenário, o que se tem de respeitar é o acórdão, que pronunciou ou não a inconstitucionalidade”³⁸. José Carlos Barbosa Moreira acrescenta que a manifestação do plenário ou órgão especial “incorpora-se ao julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável”³⁹.

Ainda, a declaração de inconstitucionalidade apresenta-se como um *leading case* a orientar os casos análogos, presentes e futuros, a serem examinados pelos juízes de primeiro grau subordinados à corte e pelos órgãos fracionários daquele tribunal, sendo que, por isso, se fala também em eficácia vinculante *intra muros*^{40 41}. A decisão do plenário ou do órgão especial é irrecorrível, salvo se a impugnação tratar de omissão, contradição ou obscuridade, quando será possível a interposição de embargos de declaração.⁴²

Poder-se-ia asseverar que, se o julgamento no plenário ou órgão especial não fosse unânime, caberia a interposição de embargos infringentes. Todavia, ante a expressa redação do artigo 530 do Código de Processo Civil (“Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória (...)), esta hipótese não merece guarida. Outro sólido argumento para a não admissibilidade do recurso em face da decisão do plenário ou órgão especial é que “em se tratando de manifestação plenária, não teria sentido a interposição de

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 86.

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 54.

⁴⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 47.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 826.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Idem, p. 832.

embargos infringentes, porquanto estes se prestam a levar questões decididas por maioria à decisão de um colegiado maior⁴³, sendo que não existe colegiado com competência mais ampla dentro de um tribunal pátrio do que o pleno ou o órgão especial.

Eventual recurso ordinário ou extraordinário deve ser interposto em face do acórdão proferido pelo órgão fracionário que examinar o caso concreto, e não em face do pronunciamento do plenário ou órgão especial. Inclusive, há entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, de que “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”⁴⁴.

Assim, em consonância com a redação das Súmulas n. 293 e 513 do STF, não há que se falar em recurso contra a decisão (i) do órgão fracionário de submeter o incidente de arguição de inconstitucionalidade ao Pleno/Órgão Especial e (ii) do Pleno/Órgão Especial sobre a questão constitucional, salvo, nesta última hipótese, a possibilidade de interposição de embargos de declaração. Isto se dá exclusivamente pelo fato de serem decisões parciais, sendo que os recursos cabíveis poderão ser interpostos contra a decisão do órgão fracionário que julgar o caso concreto.

Este procedimento, com pequenas diferenças de redação, foi mantido integralmente no Novo Código de Processo Civil, mais especificamente nos artigos 948 a 950⁴⁵, o que demonstra que a comunidade jurídica não vê motivos

⁴³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 74.

⁴⁴ Trata-se da Súmula nº 513 do Pretório Excelso.

⁴⁵ 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.

Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

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.

Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.

§ 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos.

suficientemente consistentes para se alterar as regras em curso relativas ao controle difuso de constitucionalidade no âmbito dos tribunais.

Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, sobre o objeto de julgamento da sessão do plenário ou do órgão especial, isto é, se equivaleria a um julgamento abstrato tal como realizado no controle concentrado de constitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, ou se demandaria uma análise em conjunto com as nuances do caso concreto.

Para o processualista Humberto Theodoro Júnior, “o julgamento é puramente de direito, em torno da questão controvertida. Não há devolução da matéria de fato, nem de outras questões de direito não atingidas pela arguição”⁴⁶.

Veja-se, porém, o que assevera Luiz Guilherme Marinoni:

O Pleno ou Órgão Especial apenas podem tratar da questão de constitucionalidade, estando proibidos de decidir sobre questões a ela paralelas, postas no recurso a ser julgado pelo órgão fracionário. Isto não quer dizer, é claro, que o julgamento da questão de constitucionalidade não constitua controle concreto de constitucionalidade, ou seja, controle de constitucionalidade influenciado pelas particularidades do caso concreto a ser decidido.⁴⁷

Parece que o debate remonta ao estudo da abertura da causa de pedir quando se trata de controle de constitucionalidade. É incontroverso que, no controle concentrado/abstrato, não há que se falar em restrição à causa de pedir invocada na manifestação de algum dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal. *Mutatis mutandis*, isso também se aplica ao controle difuso realizado no âmbito dos tribunais, vez que, ainda que o plenário ou órgão especial estejam adstritos à questão constitucional remetida pelo órgão fracionário, Amaral Júnior expõe que “argumentos outros que não os invocados pelas partes para a deflagração do exame de uma possível inconstitucionalidade podem – e se for o caso, devem – ser enfrentados pelos julgadores”⁴⁸.

Assim, quando Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o pronunciamento do plenário ou órgão especial pode ser influenciado pelas singularidades do caso concreto a ser julgado pelo órgão fracionário, parece estar se referindo à

§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 627.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 832.

⁴⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 46.

possibilidade de utilização de teses jurídicas distintas às que levantadas pela parte arguente da inconstitucionalidade, considerando as nuances da lide. Deste ponto de vista, o julgamento não seria puramente de direito sem a devolução da matéria de fato ou de outras questões de direito, ainda que se esteja analisando o debate por um único ângulo.

Não obstante, de fato há argumentos consideráveis a corroborar o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior. Isso porque a decisão que resolve o incidente de arguição de inconstitucionalidade consubstancia, na prática, uma declaração de inconstitucionalidade em tese, tal como realizado no controle concentrado/abstrato de constitucionalidade.

Explica-se.

Há uma cisão funcional⁴⁹ entre o órgão fracionário e o plenário ou órgão especial do tribunal, sendo que a esses últimos cabe ‘somente’ o julgamento da questão prejudicial de (in)constitucionalidade, enquanto ao primeiro cabe, respeitando a decisão do segundo, o julgamento de mérito do caso.

Aduzindo que a decisão do plenário ou órgão especial não é tomada à luz do caso concreto, mas tão-somente da Constituição, que a manifestação pela constitucionalidade ou não de determinada lei ou ato normativo “repercute (...) sobre todos os demais feitos que envolvam a mesma *quaestio iuris* constitucional”⁵⁰, e, por fim, que não há partes no incidente levado ao plenário ou órgão especial, José Levi Mello do Amaral Júnior externaliza que o incidente de arguição de inconstitucionalidade é “quase autônomo em relação ao feito que o originou”⁵¹.

Outra obra a ser enfatizada, mas agora de um jurista que encampa a tese de plena autonomia do incidente de arguição em relação ao caso concreto, é a de Hugo de Brito Machado, para quem “mesmo em se tratando do controle difuso, ou por via de exceção, a declaração de inconstitucionalidade é sempre uma decisão autônoma”⁵².

Embora tais teses sejam consistentes e defensáveis, não há de se perder de vista que o incidente de arguição de inconstitucionalidade decidido pelos órgãos

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 167.

⁵⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 47.

⁵¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Idem, p. 46.

⁵² Disponível em: <http://qiscombr.winconnection.net:8084/hugomachado/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc_id=2> Acesso em: 15/09/2015.

jurisdicionais colegiados não se confunde com o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. No segundo, tem-se uma característica ímpar que é a eficácia *erga omnes* e, por exemplo, a impossibilidade de desistência (artigo 5º da Lei nº 9.868/99) diante da necessidade de efetivação da Constituição. No incidente de arguição de inconstitucionalidade, e isso somente para citar uma das diferenças, a desistência é plenamente admitida⁵³, o que denota a sobreposição do interesse da parte, que em regra é particular, em detrimento do interesse da coletividade de ver sanada a ventilada incompatibilidade de uma lei ou ato normativo frente à Carta Política da República.

Seja qual for o posicionamento adotado, resta consolidado que o acórdão a examinar a prejudicial de inconstitucionalidade deve cingir-se ao objeto remetido pelo órgão fracionário, dele não podendo escapar. Ainda, não há que se falar em coisa julgada no acórdão proferido pelo plenário ou órgão especial, visto que só há coisa julgada quando do acórdão proferido pelo órgão fracionário, o qual contém, no seu teor e respectiva conclusão, o resultado do incidente de arguição de inconstitucionalidade:

Não há que se cogitar aqui de *auctoritas rei iudicatae*. O Código expressamente limita a extensão objetiva da coisa julgada ao julgamento da lide (art. 468) e exclui desse âmbito 'a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo' (art. 469, n. III). Numa única hipótese torna-se idônea a solução de prejudicial para adquirir a autoridade de coisa julgada: na de vir a ser objeto de ação declaratória incidente (arts. 5º e 470); esta, contudo, apenas se admite para a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica (art. 5º), jamais para a da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou de outro ato do poder público.⁵⁴

Assim, não há coisa julgada da questão constitucional por tratar-se de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, a qual deverá, obrigatoriamente, constar da fundamentação da decisão do órgão fracionário que julga o caso concreto e jamais do dispositivo, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal ou do respectivo tribunal para realizar o controle abstrato de constitucionalidade. Frise-se que, no caso concreto, a questão constitucional debatida no incidente de arguição de inconstitucionalidade e decidida pelo Pleno ou Órgão Especial constitui questão prejudicial/incidental e nunca principal.

⁵³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Idem*, p. 52.

⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Obra citada*, p. 51.

Ainda que inexista coisa julgada na manifestação colegiada que decide o incidente de arguição de inconstitucionalidade, os efeitos vinculantes *inter partes* e *intra muros* derivam do regramento constitucional (artigo 97) e infraconstitucional do instituto (artigos 480 a 482 do CPC).

2.3 EXCEÇÕES À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO E A COMPARAÇÃO COM O CONTROLE EXERCIDO PELO JUIZ SINGULAR

O artigo 481, parágrafo único, do CPC (redação acrescentada pela Lei nº 9.756/98), dispõe que não será submetida ao plenário ou ao órgão especial a questão constitucional que já houver sido objeto de pronunciamento do próprio plenário ou órgão especial do tribunal ou do plenário do Supremo Tribunal Federal, seja este último em controle difuso ou concentrado⁵⁵.

Para a correta aplicação desse dispositivo, “é necessário sempre que se trate de uma mesma lei, sendo absolutamente vedada a aplicação da ‘analogia constitucional’”⁵⁶, isto é, não é possível alegar que o plenário ou órgão especial do tribunal já analisou a (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo cujo teor é idêntico ou parecido ao do dispositivo tido por inconstitucional no caso concreto, ou que o pleno do Supremo Tribunal Federal tem entendimento pela (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo análogo àquela(e) discutido na lide. É imprescindível que a lei e o dispositivo já analisados pelo plenário ou órgão especial da corte ou pelo plenário do STF sejam exatamente idênticos àquele debatido no caso concreto. Se for minimamente distinto, a não instalação do incidente de arguição de inconstitucionalidade constitui descumprimento da regra do *full bench* prevista no artigo 97 da Carta Maior.

Outro ponto extremamente relevante é de que o parâmetro pelo qual foi feito o controle de constitucionalidade, seja pelo plenário ou órgão especial do tribunal ou pelo plenário do Pretório Excelso, também deve ser idêntico. Especificamente, se a análise da questão constitucional foi realizada tomando como base outra

⁵⁵ Ainda que seja irrelevante o dispositivo em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, eis que o julgamento do STF já possui eficácia vinculante e *erga omnes*.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 533.

Constituição, o pronunciamento não pode servir para a aplicação do artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil.⁵⁷

Ainda que se considere que o controle foi feito a partir de um dispositivo constitucional que contenha redação idêntica em ambas as Constituições (antiga, a partir da qual foi feita o controle, e atual), não haveria que se falar em exceção à regra do *full court*. É que a promulgação de nova Constituição consubstancia uma alteração paradigmática do núcleo político-jurídico da nação, não se resumindo ao advento de um novo texto, mas também de uma nova norma e de outra principiologia. Nesse cenário, a remessa ao plenário ou órgão especial para o exame da prejudicial de inconstitucionalidade é medida impositiva que, além de cumprir o princípio da reserva de plenário, guarda respeito ao olhar *sui generis* inerente a cada Constituição.⁵⁸

Prima facie, essas exceções à regra do *full court* privilegiam os princípios da economia processual e da celeridade, conferindo segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados. Não se nega que, ao exigir a remessa da questão ao plenário ou órgão especial, “a reserva de plenário, enquanto condição de eficácia do julgamento de inconstitucionalidade feito pelo órgão fracionário, configura, indubitavelmente, um fator desafiador da desejada rapidez na tramitação dos processos judiciais”⁵⁹.

Por tais fundamentos, o STF já afirmou a constitucionalidade do artigo 481, parágrafo único, do CPC, consoante os julgados a seguir colacionados:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DE NORMA FEDERAL. CAUSA DECIDIDA SOB CRITÉRIOS DIVERSOS ALEGADAMENTE EXTRAÍDOS DA CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005, ARTS. 3º E 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (LEI 5.172/1966), ART. 106, I. RETROAÇÃO DE NORMA AUTO-INTITULADA INTERPRETATIVA. "Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição" (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999). Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Idem, p. 537.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Idem, ibidem.

⁵⁹ PEREIRA, José Edgard Penna Amorim. Desafios da Reserva de Plenário. In: MACIEL, Adhemar Ferreira, et. al. (coord.). Obra citada, p. 119.

extraordinário conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça.⁶⁰

EMENTA: I. Recurso extraordinário: limitação temática às questões suscitadas na interposição. O juízo de conhecimento do recurso extraordinário, como é da sua natureza, circunscreve-se às questões suscitadas na sua interposição: não aventada nesta a nulidade do acórdão recorrido, que teria declarado a inconstitucionalidade dele, sem observância do art. 97 da Constituição, é impossível conhecer do recurso para declarar o vício não alegado. II. Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. III. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97): inaplicabilidade, no caso, da exceção prevista no art. 481, parágrafo único, do C.Pr.Civil (red. da L. 9.756/98). 1. O artigo 481, parágrafo único, introduzido no Código de Processo Civil pela L. 9.756/98 - que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão - alinhou-se à construção jurisprudencial já então consolidada no Supremo Tribunal, que se fundara explicitamente na função outorgada à Corte de árbitro definitivo da constitucionalidade das leis. 2. A regra, por isso mesmo, só incide quando a decisão do órgão fracionário de outro tribunal se ajusta à decisão anterior do plenário do Supremo Tribunal. 3. Manifesta é a sua impertinência a hipóteses, como a do caso, em que a Turma da Corte de segundo grau vai de encontro ao julgado do STF, para declarar inconstitucional o dispositivo de lei que aqui se julgara válido perante a Constituição.⁶¹

Todavia, poder-se-ia argumentar de forma diversa.

Lenio Luiz Streck, analisando as exceções listadas no parágrafo único do artigo 481 do CPC, defende que apenas a anterior manifestação do pleno do STF sobre a questão constitucional permitiria o não cumprimento do artigo 97 da Constituição Federal. Isso porque “ao se admitir que decisões dos próprios tribunais (...) constituam condição suficiente para a dispensa do incidente, estar-se-á ‘consolidando’ interpretação constitucional que pode não ser a do STF”⁶², podendo ocasionar ruídos sistemáticos desnecessários e que poderiam ser evitados com a extirpação desta exceção à regra do *full bench*.

Contudo, o supracitado jurista não deixa de expor uma vantagem da vinculação *intra muros*: a oxigenação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que pode não ser aplicada em razão de *leading case* oriundo de plenário ou órgão especial de determinado tribunal decidindo questão constitucional de forma

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 482090/SP. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE n. 433806/SP. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 08/03/2005.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 531.

distinta do Pretório Excelso.⁶³ Ainda que a orientação do tribunal possa ser modificada em sede de reclamação constitucional ou de recurso extraordinário, não se pode menosprezar que o embate de posições jurisprudenciais, ainda mais quando respaldadas pelo sistema, vem a acrescentar argumentos jurídicos que, certamente, quando da decisão do Supremo em reclamação ou recurso extraordinário, devem ser considerados, melhorando a qualidade decisória e a *accountability*.

Sob outro prisma, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery sustentam que, mesmo que já exista manifestação do plenário ou do órgão especial sobre a questão constitucional arguida por uma das partes no processo em trâmite no órgão fracionário, “não há vedação de que o órgão fracionário submeta a questão ao plenário ou órgão especial, notadamente quando houver fundamento novo ou modificação na composição do plenário ou órgão especial”⁶⁴.

Todavia, é importante ressaltar que, se o STF já decidiu, em sede de ADI, ADC, ADPF ou em uma Súmula Vinculante, que determinada lei ou ato normativo é constitucional, existe um precedente com efeito vinculante que declarou a constitucionalidade da lei. Assim, se nesta situação o órgão fracionário de um Tribunal submeter a arguição de inconstitucionalidade desta lei ou ato normativo ao Pleno/Órgão Especial, poder-se-ia dizer que estaria desacatando a autoridade da decisão do STF, colocando em dúvida o que já está albergado pelo manto da presunção absoluta de constitucionalidade.

De outro lado, se o STF já decidiu, com efeito vinculante, que uma determinada lei ou ato normativo é inconstitucional, isto significa que tal lei ou ato normativo já foi expulso do mundo jurídico. Nesta situação, o órgão fracionário deveria, sob pena de desacato à decisão do STF, declarar diretamente que a lei é inconstitucional. Caso submeta o incidente ao Plenário/Órgão Especial, novamente colocará em dúvida o que já foi decidido pelo Pretório Excelso. Nestas hipóteses, seria plenamente cabível a utilização do instrumento da reclamação para garantir a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni atesta que “a alteração da composição do órgão julgador não é suficiente para a revogação do precedente”.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Idem*, p. 532.

⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil comentado e legislação civil extravagante em vigor**. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 937.

Para o jurista, o *overruling* somente é legítimo quando “se tem consciência de que a manutenção do precedente constitui a eternização de um erro ou de uma injustiça”⁶⁵. Embasando-se nestes termos, vê-se que a exceção prevista no artigo 481, parágrafo único, do CPC, tende a solidificar decisões do plenário ou do órgão especial, ainda mais quando estas forem mantidas em sede recursal no Supremo Tribunal Federal.

É cabível, também, o questionamento acerca da diferença entre o controle difuso de constitucionalidade exercido pelos juízes de primeiro grau e o controle difuso efetuado pelos magistrados (juízes e desembargadores) vinculados a um tribunal.

Em sua obra, Lenio Luiz Streck faz essa distinção do seguinte modo: face à redação do artigo 97 da Constituição Federal, somente aos tribunais caberia a declaração de inconstitucionalidade, limitando-se o juiz singular a deixar de aplicar uma lei ou ato normativo que considere inconstitucional.

Veja-se o que preconiza o referido jurista:

Note-se que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei, apenas deixa de aplicá-la, isso porque somente na forma do art. 97 da CF é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade. Essa questão pode suscitar discussões, em face da confusão que pode ser feita entre “declarar” e “deixar de aplicar”. Tecnicamente – e o direito é alográfico, porque as palavras têm significado próprio –, não se trata da mesma coisa. Nem poderia. A declaração da inconstitucionalidade é reservada aos plenários (*full bench*).⁶⁶

Há julgado do Superior Tribunal de Justiça que corrobora a linha teórica desenvolvida por Streck, qual seja, o REsp nº 89.297/MG:

(...) se o juiz tem a prerrogativa de deixar de aplicar uma lei, os órgãos fracionários não, porque estes devem suscitar o respectivo incidente (art. 97, CF), salvo se já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (CPC, art. 481, parágrafo único). Recurso especial conhecido e provido.⁶⁷

Porém, o entendimento da doutrina e jurisprudência predominantes é de que o juiz singular pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e, assim, deixar de aplicar o dispositivo legal. Apesar da estranheza da situação, eis que o juiz

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 826.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 527.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 89.297. Relator(a): Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 06/12/1999.

de primeiro grau teria mais poderes que o juiz de segundo grau, a compreensão da maioria dos juristas é de que o magistrado, ao não aplicar a lei, deve declará-la inconstitucional, competência que não é atribuída aos magistrados vinculados a órgãos fracionários dos tribunais em razão da vedação prevista no artigo 97 da Constituição Federal.

Cabe colacionar entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre este aspecto:

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. Não usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei municipal, proferida por juiz singular em ação civil pública. Especialmente quando não demonstrado que o objeto do pedido era tão-somente a inconstitucionalidade da lei. Agravo regimental desprovido.⁶⁸

Em idêntica linha de raciocínio, veja-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - APELAÇÃO CÍVEL - ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 97 DA CF E 480 E 481 DO CPC - ACÓRDÃO QUE APRECIOU A QUESTÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO E NOS TERMOS POSTOS PELAS PARTES - OMISSÃO INEXISTENTE - EMBARGOS REJEITADOS.

1. O controle de constitucionalidade previsto no artigo 97 da Constituição Federal não proíbe que o juízo monocrático o realize, mas apenas, em se tratando de Tribunal, exige-se a reserva de plenário.

2. Não há que se falar em ofensa aos arts. 480 e 481 do Código de Processo Civil, pois no recurso de Apelação interposto não houve a arguição da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

3. Estando devidamente fundamentada a posição acolhida pela Câmara, de forma clara e coerente, discordando do entendimento adotado deve o embargante interpor o recurso cabível, não podendo os declaratórios discutir novamente o mérito da questão.⁶⁹

Importante transcrever trechos de autoria de constitucionalistas que hoje compõem o quadro de ministros do Supremo Tribunal Federal:

A exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais, introduzida pela Carta de 1934

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no Agravo de Instrumento n. 476058/MG. Relator(a): Min. Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 14/12/2006.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos de Declaração Cível n. 268538-3/01. Relator(a): Paulo Roberto Vasconcelos, 17ª Câmara Cível, julgado em 22/02/2005.

(art. 179) e reproduzida nas subseqüentes (CF de 1937, art. 96; CF de 1946, art. 200; CF de 1967/69, art. 116; CF de 1988, art. 97), ensejou polêmica sobre a possibilidade de o juiz singular pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade. Prevaleceu, todavia, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional.⁷⁰

Na mesma senda, Luís Roberto Barroso, ao examinar a polêmica, detalha que “singularmente, a faculdade do juízo monocrático de primeiro grau de negar aplicação à norma que repute inconstitucional é desempenhada com mais plenitude e singeleza que a competência dos tribunais para a mesma providência”⁷¹.

Para reforçar, Ronaldo Poletti é taxativo quando, ao analisar a suposta diferença entre o controle exercido pelo juiz singular e pelos tribunais, sustenta que “a declaração de inconstitucionalidade, quer pelo juiz singular, pelos tribunais, ou pelo Supremo Tribunal Federal, tem a mesma natureza e decorre de idêntica fundamentação”⁷².

Nesta discussão, em que pesem os méritos da posição majoritária, a declaração de inconstitucionalidade pelo juiz singular, pela linha teórica até aqui desenvolvida, teria como um dos seus efeitos a vinculação para casos em trâmite perante os demais juízes singulares e nos próprios tribunais que tratassem da mesma questão constitucional. No atual sistema, ante a ausência de qualquer disposição constitucional ou legal neste sentido, essa afetação não ocorre e a declaração de inconstitucionalidade feita pelo juiz singular importa apenas para aquele determinado processo.⁷³

Com exceção de poucos autores (pode-se citar, além de Lenio Luiz Streck, Paulo de Tarso Brandão⁷⁴), a doutrina não tem se debruçado sobre essa questão de vital importância para um melhor entendimento sobre o controle difuso de constitucionalidade no Brasil. A título de exemplo, se o juiz singular declara a inconstitucionalidade no caso concreto, essa decisão teria efeitos *ex tunc* ou o magistrado poderia proceder a modulação de efeitos, tal como realizado no Supremo Tribunal Federal? Ainda, há de se questionar a legitimidade democrática de um só juiz, ainda que devidamente aprovado em concorrido concurso público e

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1698.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, p. 162.

⁷² POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 198.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 527.

⁷⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001.

adequadamente investido, declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo elaborado pelos representantes da sociedade no Congresso Nacional, Assembleia Legislativa ou Câmara de Vereadores.^{75 76}

A questão do respaldo democrático é de suma importância, por exemplo, para se entender o princípio da reserva de plenário, eis que a declaração de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais depende de um procedimento dificultoso e de um *quorum* especial para fulminar a validade de determinada lei ou ato normativo do poder público:

(...) é notável o *fundamento democrático* inerente à Constituição da República vigente que informa o postulado, quer pela exigência de “quorum” qualificado do Poder Judiciário para afirmar a inconstitucionalidade de atos normativos “lato sensu” produzidos, em maior escala, pelos Poderes Legislativo e Executivo, quer pelo reconhecimento do valor da opinião da maioria dos agentes públicos a que se atribuiu competência para dar a palavra final em matéria de supremacia constitucional.⁷⁷

É incoerente, por isso, que o juiz singular possa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de forma incidental, sem a necessidade de atendimento a qualquer procedimento, para resolução do caso concreto.

Assim, o raciocínio encampado por Lenio Luiz Streck possui, a princípio, maior consistência, vez que elimina esses problemas decorrentes da tese de que o juiz pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou normativo diante do caso concreto. Observe-se, ainda que se adote esse posicionamento, que o juiz singular ainda possui “mais poderes” que um juiz/desembargador vinculado a um tribunal, eis que pode deixar de aplicar uma lei ou ato normativo por considerá-los inconstitucionais, o que não pode ser feito pelos órgãos fracionários das cortes nacionais.

Se, entretanto, considerarmos o princípio do duplo grau de jurisdição, não se pode negar que a decisão do juiz singular que deixa de aplicar a lei será submetida, cumpridas as regras do sistema recursal, à análise do tribunal, quando, então, a questão constitucional será submetida ao julgamento *en banc*. Esse “maior poder” do juiz singular, por conseguinte, desmancha diante da estrutura impugnativa que

⁷⁵ Não se ignora a existência de atos normativos do poder público oriundos de fontes distintas, tais como as Medidas Provisórias. A afirmação foi para exemplificar o questionamento sobre a legitimidade democrática do juiz singular ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 527.

⁷⁷ PEREIRA, José Edgard Penna Amorim. Desafios da Reserva de Plenário. In: MACIEL, Adhemar Ferreira, et. al. (coord.). Obra citada, p. 119.

vige no país, a qual permite, inclusive, a suspensão dos efeitos da decisão *a quo*, seja ela uma liminar ou uma sentença, até o pronunciamento em definitivo do tribunal.

Também não se pode afirmar, ingenuamente, que o juiz singular pode deixar de aplicar uma lei ou ato normativo do poder público de modo discricionário. É que, ao deixar de aplicar um dispositivo, o juiz deve fundamentar juridicamente a incompatibilidade formal ou material da regra em face da Constituição Federal. É o que se denomina de ônus argumentativo, o qual está intimamente conectado com a necessidade de *accountability* e de legitimidade democrática do ato jurisdicional (artigo 93, IX, da Constituição Federal), tendo-se que o magistrado não pode se valer de argumentos de política para deixar de aplicar uma lei ou ato normativo, mas sim de princípios constitucionais.⁷⁸

2.4 A REGRA DO *FULL COURT* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A ideia central do controle jurisdicional de constitucionalidade é conferir ao Judiciário o poder de revisar atos/decisões dos três poderes que não observem a Constituição Federal, objetivando a sua defesa frente a violações decorrentes de maiorias eventuais no Legislativo/Executivo ou de atos judiciais. Não sendo dada a nenhuma esfera pública ou privada a contrariedade à Constituição, o controle blinda o pacto político-social materializado pelo texto constitucional.

Como se afirmou no início deste capítulo, o controle de constitucionalidade no Brasil é misto, isto é, apresenta-se tanto como concentrado/abstrato ou como difuso/concreto. No controle abstrato, o Poder Judiciário é provocado (notadamente o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, I, da CF, mas também os tribunais estaduais) para decretar a inconstitucionalidade em tese de determinada lei ou ato normativo do poder público, inexistindo qualquer vinculação a casos concretos. O processo é objetivo, não existindo um sujeito interessado em particular,

⁷⁸ O parágrafo é subsidiado pela obra de Lenio Luiz Streck, em especial a obra “Verdade e Consenso” (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014), e Ronald Dworkin. Este último distingue *principles* e *policies*, defendendo que o juiz deve se ater aos argumentos de princípio.

vez que toda a sociedade deseja que a Constituição seja guardada e respeitada, e ocorre a partir das chamadas ações constitucionais.

Dentre essas ações, podem-se citar como principais, no âmbito do STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Já no concernente aos tribunais estaduais, interessante mencionar a Representação de Inconstitucionalidade (artigo 125, §2º, da CF).

Para a propositura dessas mencionadas ações, há um rol de legitimados previsto na Constituição Federal, especificamente no artigo 103⁷⁹. Além da legitimidade, é imprescindível, de acordo com construção jurisprudencial, especificamente no caso dos legitimados especiais (Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional), que haja pertinência temática entre o ente legitimado e a questão constitucional suscitada.⁸⁰ Vê-se, portanto, que há uma restrição constitucional e uma jurisprudência defensiva em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, o qual, por conseguinte, não é acessível a boa parte dos jurisdicionados.

A decisão em sede de controle concentrado tem efeitos vinculantes e *erga omnes*, afetando todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal, sendo que o dispositivo transita em julgado. Ainda, há o que se denomina de transcendência dos motivos determinantes, tendo-se que a fundamentação da ação julgada em abstrato vai influir em processos futuros a serem analisados.⁸¹ Para finalizar esse breve resumo, os efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade são *ex tunc*, isto é, a nulidade ocorre desde a publicação da lei ou ato normativo. Embora as regras

⁷⁹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁸⁰ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233.

⁸¹ Art. 102, §2º, da CF; Art. 28, §único, da Lei n.º 9868/99 e Art. 10, §3º, da Lei n.º 9882/99.

sejam essas, há possibilidade prevista na legislação de modulação dos efeitos em sede de controle concentrado (artigo 27 da Lei n.º 9868/99⁸² e artigo 11 da Lei n.º 9882/99⁸³) para, por exemplo, restringir os efeitos ou imputar efeitos *ex nunc*. O descumprimento de decisão em controle concentrado do STF enseja a interposição de reclamação constitucional, nos termos do artigo 102, I, da CF.⁸⁴

Para contraposição, no controle difuso de constitucionalidade, de acordo com o que já se aduziu, todos os juízes e órgãos do Judiciário possuem o poder de fiscalizar a contrariedade da lei ou ato normativo em relação à Constituição, que seja prejudicial à resolução da lide. Todo ato judicial, portanto, é um ato de jurisdição constitucional, sendo que todos os jurisdicionados, quando partes em um processo, podem arguir a inconstitucionalidade, havendo uma abertura democrática extremamente relevante (frise-se que o controle difuso também pode ser chamado de aberto). A discussão constitucional aparece em um litígio judicial e, por isso, existem partes e direitos subjetivos em jogo, que serão diretamente afetadas pela decisão da *quaestio iuris* constitucional.

Em sede de controle concreto, a decisão tem efeitos *inter partes*, isto é, para aquela relação jurídica a ser julgada, e *ex tunc*. Por se tratar de uma questão incidental, e não o pedido principal da ação, tal como no controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade não transita em julgado, posto que se incorpora à fundamentação do *decisum*.⁸⁵

Seria possível entender, ante a redação do artigo 97 da Constituição Federal, que a cláusula de reserva de plenário cinge-se ao controle difuso de constitucionalidade. No entanto, a regra do *full bench* também incide no controle abstrato realizado no âmbito do STF e dos tribunais estaduais⁸⁶. Isso porque, para a declaração de inconstitucionalidade nas ações constitucionais, há

⁸² 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.

⁸³ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

⁸⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Obra citada*, p. 227-228.

⁸⁵ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Idem*, p. 197-198.

⁸⁶ Não se olvida, também, que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também pode exercer o controle concentrado de constitucionalidade tendo como parâmetro a Lei Orgânica do Distrito Federal.

imprescindibilidade de maioria absoluta dos votos, seja do Plenário do Pretório Excelso ou do plenário ou órgão especial dos tribunais de justiça estaduais.

Leia-se o ensinamento de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Convém destacar, a propósito, que o art. 97 da Constituição da República consolida regra geral, válida tanto para a via difusa como para a concentrada, pela qual os tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de outro ato normativo pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial. É o chamado princípio da reserva de plenário.⁸⁷

A Lei n. 9868/99, diploma que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, é elucidativa:

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Verifica-se que as mesmas justificativas que embasam a regra da reserva de plenário no controle difuso constituem os pilares da aplicação da regra do *full court* no controle concentrado: a natureza prudencial da regra do *full bench* ante a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, a legitimação democrática da maioria absoluta dos votos e o imperativo de segurança jurídica estão fortemente presentes. A exigência de *quorum* qualificado é essencial no controle concentrado, ainda que os órgãos competentes para a análise das ações constitucionais específicas sejam restritos (plenário do Supremo Tribunal Federal e plenário ou órgão especial dos tribunais estaduais).

⁸⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David ; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

3. A JURISPRUDÊNCIA E A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

3.1 A SÚMULA VINCULANTE Nº 10

A aplicação da cláusula de reserva de plenário, mesmo diante da previsão constitucional do artigo 97 (destaque-se que o instituto é previsto na Constituição desde 1934) e das disposições a nível infraconstitucional (CPC) desde 1973, era (ainda é, mas em menor frequência) preterida em muitos casos examinados em juízo.

Isso porque os magistrados vinculados a órgãos fracionários, não poucas vezes, contornavam a discussão constitucional e simplesmente não aplicavam a lei ou ato normativo, invocando outros argumentos para resolver a lide. No entanto, a não aplicação, em regra, tinha como pressuposto a adoção do entendimento da inconstitucionalidade do dispositivo legal, o que só não era expressamente declarado para não infringir a previsão constitucional da reserva de plenário.⁸⁸

Parcela significativa dos tribunais entendia que, nesses casos, não havia violação à regra do *full bench*, sendo importante expor alguns exemplos:

AÇÃO RESCISÓRIA. FUNDAMENTO EM INCOMPETÊNCIA DA TURMA JULGADORA E VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. PROCEDÊNCIA PELO SEGUNDO FUNDAMENTO. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO SISTEMA PÁTRIO É FEITO PELO JUDICIÁRIO DE DUAS FORMAS: O CONTROLE DIRETO OU CONCENTRADO E O CONTROLE INCIDENTAL OU DIFUSO. O CONTROLE DIRETO É DA EXCLUSIVA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ART. 102, I, "A", E 103, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) E DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA NOS ESTADOS E NO DISTRITO FEDERAL (ART. 125, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL), DIZENDO RESPEITO À LEI EM TESE. NESTA FORMA DE CONTROLE, O VÍCIO DA INCONSTITUCIONALIDADE É DECLARADO DIRETAMENTE, COM EFEITO ERGA OMNES. A ESSA FORMA DE CONTROLE É QUE DIZ RESPEITO O ART. 97, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS OCORRE QUANDO QUALQUER ÓRGÃO JUDICIAL (MONOCRÁTICO OU COLEGIADO), PARA DECIDIR A CAUSA, TENHA DE EXAMINAR, PREVIAMENTE, A QUESTÃO DE SER OU NÃO CONSTITUCIONAL A NORMA LEGAL QUE TENHA INCIDÊNCIA NA DEMANDA. POR ESSE EXAME, QUE INDEPENDE DE ARGÜIÇÃO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE, NÃO DECLARA O ÓRGÃO JUDICIAL A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI. SIMPLEMENTE DEIXA DE APLICÁ-LA, EM FACE DO CASO CONCRETO, POR CONSIDERÁ-LA

⁸⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 78.

INCONSTITUCIONAL. HÁ DIFERENÇA ENTRE DECLARAR-SE QUE A LEI É INCONSTITUCIONAL (CONTROLE DIRETO, COM EFEITO ERGA OMNES) E DEIXAR-SE DE APLICAR A LEI POR SE A CONSIDERAR INCONSTITUCIONAL (CONTROLE DIFUSO, COM EFEITO APENAS NO CASO JULGADO). (...) ⁸⁹

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. 1. Impõe-se o desacolhimento dos Embargos Declaratórios por não caracterizada alguma das hipóteses trazidas pelo artigo 535, do CPC, ou se estiver presente qualquer nulidade ou erro material. 2. Não há contradição na afirmação de que o Ministro Didney Sanches suspendeu a eficácia no art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36/2001 como argumento paralelo para afastar a capitalização dos juros. 3. Não há violação ao princípio da reserva de plenário se não há declaração expressa da inconstitucionalidade do produto legislativo, mas tão somente o seu afastamento com base em princípios consumeristas. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS.⁹⁰ (Embargos de Declaração Nº 70024976052, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dorval Bráulio Marques, Julgado em 31/07/2008)

Ação civil pública. Declaração de inconstitucionalidade. Possibilidade. Legitimidade passiva. Danos ao meio ambiente. Responsabilidade objetiva. Construção irregular em área pública. Demolição. Indenização. 1. Admite-se, em sede de ação civil pública, como simples prejudicial da postulação principal, declaração incidente de inconstitucionalidade, sobretudo quando a inconstitucionalidade, na verdade, deveria apenas constituir causa de pedir.⁹¹

Antes da edição da Súmula Vinculante nº 10, José Levi Mello do Amaral Júnior já afirmava, nos idos de 2002, que “não têm razão julgados que pretendem diferenciar, de um lado, a negativa de aplicação de lei ou ato normativo, e, de outro, a declaração de inconstitucionalidade desse ou daquela”⁹².

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal não aceitou esse mascaramento da declaração de inconstitucionalidade⁹³, aduzindo acertadamente que “não se pode pretender (...) que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica *incider tantum* quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional”⁹⁴.

Os julgados supracolacionados corroboram um imaginário da comunidade jurídica ainda não adaptado ao novo paradigma estabelecido pela Constituição

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Rescisória n. 50896. Relator(a): Valter Xavier, 1ª Câmara Cível, julgado em 02/09/1998.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração Cível n. 70024976052. Relator(a): Dorval Bráulio Marques, 14ª Câmara Cível, julgado em 31/07/2008.

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 134.600. Relator(a): Jair Soares, 2ª Turma Cível, julgado em 14/03/2001.

⁹² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 78.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 533.

⁹⁴ BRASIL, STF, RE 179170-5/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJe 30.10.1998.

Federal promulgada em 1988. Sendo todo ato judicial um ato de jurisdição constitucional, só se deve aplicar as leis ou atos normativos se estes estiverem em conformidade com a Constituição. Em situação inversa, também não se pode separar a não aplicação de lei ou ato normativo por razões de inconstitucionalidade e a declaração de inconstitucionalidade, posto que a primeira conduta pressupõe a segunda.

Neste ponto, o pensamento contrário, isto é, pela possibilidade de não aplicação da lei ou ato normativo sem a declaração de inconstitucionalidade pelo plenário ou órgão especial, materializaria o esvaziamento da cláusula de reserva de plenário. Por conseguinte, deve-se rechaçar qualquer conclusão que não impute a nulidade dos pronunciamentos colegiados supracitados, concretizando-se o respeito à previsão constitucional do julgamento *en banc*:

Trata-se, dessa forma, de garantia de exame *per saltum* de qualquer inconstitucionalidade detectada no âmbito dos tribunais. (...) Afinal, se qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, é necessário que haja um efetivo controle sobre essa aferição da parametricidade constitucional. E esse controle deve ser feito no modo *full bench*, objeto do art. 97.⁹⁵

É importante salientar que as razões da não aplicação da lei ou ato normativo pelo órgão fracionário podem ser, do ponto de vista jurídico, plenamente aceitáveis e até mesmo corretas. Assim, não se discute o conteúdo material – os motivos – pelo qual o órgão reputou inconstitucional e não procedeu a aplicação do texto legal, vez que o descumprimento da forma de julgamento da prejudicial de inconstitucionalidade é vício insanável e que eiva de nulidade o acórdão a ser proferido.⁹⁶

Atento a essa questão, o Supremo Tribunal Federal foi sedimentando, ao longo do tempo, o entendimento de que o afastamento, pleno ou parcial, da aplicação da lei ou ato normativo, sem a cisão funcional entre o órgão fracionário e o plenário ou órgão especial, representa uma violação ao texto constitucional.

Além do Recurso Extraordinário nº 179.170-5/CE, de relatoria do Min. Moreira Alves e publicado em 30.10.1998, já citado anteriormente, o Pretório Excelso, em sede do Recurso Extraordinário nº 240.096-2/RJ, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence e publicado em 21.05.1999, asseverou, ante a declaração de

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1334.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 541-543.

inconstitucionalidade *incider tantum* em acórdão oriundo de turma do TRF da 2ª Região, sem o atendimento da regra do *full court*, que o controle difuso de constitucionalidade no âmbito dos tribunais necessita de *quórum* especial e que há esvaziamento do “preceito do art. 97 CF, toda a vez que se afastar a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição”.

Veja-se como ficou a ementa do acórdão, o qual deu provimento ao recurso extraordinário para cassar a decisão recorrida:

EMENTA: I. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quorum qualificado (Constituição, art. 99): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências. II. Controle de constitucionalidade; reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.⁹⁷

Além do reforço à já detalhada afirmação de que o princípio da reserva de plenário incide no controle concentrado de constitucionalidade, é imperioso observar que já em 1999 a 1ª Turma do STF tinha posicionamento unânime em relação à matéria, a resguardar a intenção do constituinte originário de conferir legitimidade democrática e segurança jurídica a partir da aplicação do artigo 97.

Passados oito anos, a Corte Superior foi instada novamente a se manifestar sobre o tema. No Recurso Extraordinário nº 482.090-1/SP, interposto pela União em face de LABTEC – Laboratório Foto-Digital e Comércio LTDA, um acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça havia afastado a aplicação da segunda parte do artigo 4º da Lei Complementar nº 118/05, sem remeter a questão ao Pleno para que, anteriormente, examinasse a inconstitucionalidade do dispositivo. Para a recorrente, “o referido dispositivo legal somente poderia ter sua aplicação afastada pelo C. STJ mediante sua declaração de inconstitucionalidade, o que exige a observância do princípio da reserva de plenário previsto no art. 97 da CF”.

Desta vez, a 2ª Turma, em relatoria do Min. Joaquim Barbosa, deliberou, primeiramente, pela afetação do julgamento da causa ao Plenário do Supremo Tribunal Federal. Na sessão do Pleno, o relator firmou taxativamente que o acórdão

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 240096-2/RJ. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 30/03/1999.

do STJ, “ao deixar de aplicar os dispositivos em questão por risco de violação da segurança jurídica (princípio constitucional), é inequívoco que declarou-lhes implícita e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial”. Desta maneira, e invocando o julgado da primeira turma já analisado neste trabalho (RE nº 240.096-2/RJ), concluiu que o acórdão atacado desrespeitou a regra da reserva de Plenário, sendo indispensável a devolução dos autos ao STJ para a remessa da *quaestio iuris* ao Pleno. Confira-se a ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DE NORMA FEDERAL. CAUSA DECIDIDA SOB CRITÉRIOS DIVERSOS ALEGADAMENTE EXTRAÍDOS DA CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005, ARTS. 3º E 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (LEI 5.172/1966), ART. 106, I. RETROAÇÃO DE NORMA AUTO-INTITULADA INTERPRETATIVA. "Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição" (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999). Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso extraordinário conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça.⁹⁸

No mesmo dia em que foi julgado o RE 482.090-1/SP, qual seja, dia 18/06/2008, ocorreu o debate para a aprovação da Súmula Vinculante nº 10. Informada pelos julgados apreciados acima, a redação apresentada foi a seguinte: “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”.

Com a edição desta súmula vinculante (figura jurídica trazida pela EC nº 45/2004), se os tribunais incidirem em violação à regra do *full bench*, além da possibilidade de interposição de recurso extraordinário, as partes prejudicadas possuem a faculdade de propor reclamação constitucional, nos termos do artigo 103-A, §3º, da Constituição Federal, o que reforça a exigência de respeito à cláusula de reserva de plenário.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 482090-1/SP. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008.

A posição do STF e a posterior edição da súmula vinculante representaram um norte a orientar as decisões dos órgãos colegiados do país. Eis um exemplo oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - DECISÃO COLEGIADA QUE PRONUNCIA A INCONSTITUCIONALIDADE DE ATO NORMATIVO - INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE OPERAÇÕES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO (ART. 97 DA CF/88) E DA SÚMULA Nº 10, DE CARÁTER VINCULANTE, DO STF - JULGAMENTO ANULADO COM DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO NO AGUARDAMENTO DA SOLUÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JÁ INSTAURADO PERANTE O ÓRGÃO ESPECIAL E QUE VERSA SOBRE MATÉRIA IDÊNTICA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. **Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independentemente de arguição expressa. Essa linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição (BARROSO, Luís Roberto - O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Saraiva, 2ª ed., 2006, p. 84). Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência no todo ou em parte. (Súmula Vinculante nº 10 do STF).**⁹⁹

Ainda que seja inegável a relevância da súmula vinculante brevemente examinada, não deixa de surpreender o fato de que o STF, ante as manobras jurídicas e retóricas que vinham sendo perpetradas nos tribunais, tenha que ter editado uma súmula vinculante, que nada mais é do que uma tese representante de um posicionamento pacífico da Corte, para reforçar a necessidade de cumprimento da regra do *full bench*.

Há, até, certo sentido pedagógico na redação do verbete sumular, o que traduz a preocupação do Pretório Excelso de buscar a efetivação da literalidade do texto constitucional nas decisões judiciais, o que, *a priori*, poderia ser feito sem a intervenção da Corte Suprema. A despeito disso, a referida súmula apresenta-se como um tema nuclear no tratamento jurisprudencial da cláusula de reserva de plenário.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos de Declaração Cível n. 468858-4/01. Relator(a): Fernando Antonio Prazeres, 3ª Câmara Cível, julgado em 15/07/2008.

3.2 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DA JURISDIÇÃO EFETIVA

Com a promulgação da nova Constituição em 1988, a qual tem como uma de suas principais características a analiticidade, esperava-se que a comunidade jurídica a adotasse como fundadora de um paradigma inteiramente renovado, quebrando concepções de Direito que não atendessem ao “espírito” do texto constitucional.

No entanto, passados 27 anos de seu advento, há, no país, uma verdadeira crise de efetivação das regras e princípios constitucionais. Não é exagero dizer que isso se dá, em grande parte, por culpa dos operadores do Direito, que ainda se apegam injustificadamente a antigas e ultrapassadas concepções e matrizes teóricas.

Lenio Streck utiliza a expressão “baixa constitucionalidade”, afirmando que, no Brasil, existe um apego estéril à legislação infraconstitucional e à discricionariedade do intérprete (juiz), o qual, muitas vezes, deixa de prover uma resposta adequada à Constituição.

Uma das consequências desse fenômeno da baixa densidade constitucional, segundo o autor, é a relativamente parca utilização do controle difuso de constitucionalidade, o que, em decorrência, também leva a uma frequência menor do que a necessária de remessa de questões constitucionais ao plenário ou órgão especial dos tribunais pátrios.

Nesse cenário, a arguição de inconstitucionalidade, a qual deveria ser vista como um instrumento poderoso frente a eventuais incompatibilidades entre a legislação infraconstitucional e a Constituição Federal, é preterida pela aplicação indevida de dispositivos de lei ou de atos normativos que já não poderiam integrar uma fundamentação jurídica válida. Em sendo todo ato jurisdicional um ato de jurisdição constitucional, uma fundamentação pautada em leis ou atos normativos inconstitucionais faz exsurgir uma norma inconstitucional no caso concreto, portanto teoricamente inválida, retroalimentando o fenômeno da “baixa constitucionalidade”.

São precisas as palavras de Lenio Streck:

[...] muito embora o controle difuso de constitucionalidade esteja presente entre nós desde a Constituição de 1891, passados, pois, mais de 120 anos, ainda não se pode dizer – nem de longe – que os operadores jurídicos tenham se dado conta da importância desse instituto. [...] Ou seja, problemas que poderiam facilmente ser resolvidos através do controle difuso de constitucionalidade passaram a se constituir em anomalias do sistema, muitos dos quais até hoje sem solução.¹⁰⁰

A área penal é, notadamente, a que mais sofre com a falta das luzes da constitucionalização sobre as leis e atos normativos infraconstitucionais. Para citar um exemplo, corroborado por um dos expoentes contemporâneos do direito penal no país, podemos examinar o fenômeno a partir do paradoxo existente entre o artigo 155, §4º, IV e o artigo 157, §2º, II, ambos do Código Penal.

Especificamente, o primeiro dispositivo expõe que, se o sujeito pratica o crime de furto “mediante concurso de duas ou mais pessoas”, configura-se a forma qualificada do crime, sendo que as penas, mínima e máxima, são dobradas. No segundo dispositivo, tem-se que, se o sujeito pratica o crime de roubo com “o concurso de duas ou mais pessoas”, configura-se a forma majorada do crime, sendo que a pena aumenta-se de um terço até a metade.

Para efeitos de comparação, cabe transcrever os dispositivos supracitados:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...)

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

(...)

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

Não é preciso adentrar em particularidades do direito penal para perceber, de forma cristalina, que existe uma diferença injustificável, do ponto de vista da Constituição Federal, no que tange ao tratamento do concurso de pessoas no crime de furto e no crime de roubo. Isso porque, enquanto no furto a existência do

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 577-581.

concurso de pessoas dobra as penas mínima e máxima, no roubo o concurso de pessoas apenas majora a pena, sendo que o bem jurídico tutelado em ambos os crimes é o mesmo (patrimônio) e a maior reprimenda ao crime praticado mediante concurso de duas ou mais pessoas se justifica pelas mesmas razões, quais sejam, a maior chance de sucesso na empreitada criminosa, maior dificuldade de defesa da vítima e maior periculosidade do agente.¹⁰¹

Nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt, “o desprezo pelo controle de constitucionalidade – direto ou difuso – na seara criminal, no sistema brasileiro, beira as raias da imoralidade, na medida em que tem sido sistematicamente omitido”, o que é “inadmissível em um Estado Democrático de Direito”¹⁰².

Todavia, a prática no cotidiano forense nos demonstra que esses dispositivos são aplicados reiteradamente, com raros questionamentos e enfrentamentos por parte de membros do *parquet*, advogados, defensores públicos e juízes. Neste ponto, o controle difuso de constitucionalidade apresenta-se como um ferramental imprescindível (um autêntico poder-dever dos operadores) para expurgar do ordenamento jurídico aqueles dispositivos legais que não podem mais integrar o paradigma inaugurado pela CF/88, apesar de ficar esquecido e relegado a um segundo plano, como se estivesse ao dispor e sujeito à discricionariedade dos agentes que atuam na administração da justiça.

Há de se ter em vista que os juízes, por exemplo, não deveriam, como reiteradamente o fazem, suscitar a remessa da *quaestio* constitucional ao plenário ou órgão especial, ou, quando em primeiro grau, deixar de aplicar/declarar a inconstitucionalidade, sem a adoção de uma criteriolgia adequada. A constitucionalização da legislação infraconstitucional é uma imposição em um Estado Democrático de Direito, tendo-se que a não aplicação de uma normativa inconstitucional é um imperativo.

Neste tema, contudo, é necessário ressaltar que existe sólido posicionamento em sentido contrário ao adotado neste trabalho. Jeremy Waldron, em consistente obra, entende que o controle judicial de constitucionalidade deveria ser abolido. Para o autor, os elementos embasadores da interpretação judicial não autorizam a afirmação de que esta deve prevalecer sobre a decisão emanada do

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 3 – dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Idem*, p. 109.

Poder Legislativo. Isso porque “o majoritarianismo decorre de um relativo consenso quanto ao que é melhor em termos políticos para a comunidade como um todo, porque resulta de um sentimento comunal”¹⁰³, ao passo que uma decisão em sede de controle de constitucionalidade significaria uma imposição autoritária sobre determinado aspecto da vida comunitária.

Assim, falar que o Poder Judiciário assume um papel contramajoritário quando exerce o controle de constitucionalidade significaria dizer que o Poder Legislativo, o qual atua por meio de representantes eleitos pelo povo, seria inapto para tomar decisões adequadamente em assuntos constitucionais.¹⁰⁴ A qualificação de arbitrária para a decisão oriunda do seio legislativo, para o referido jurista, é descabida, justamente porque o processo decisório é mais amplo e não se restringe ao pensamento de um ou um grupo de juízes. Cabe transcrever um pequeno trecho do pensamento do jurista neozelandês:

A decisão majoritária não é apenas um processo decisório eficaz, é um processo respeitoso. Respeita os indivíduos de duas maneiras. Primeiro, respeita e considera seriamente a realidade das suas diferenças de opinião quanto à justiça e ao bem comum. A decisão majoritária não requer que a opinião de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso. (...) [Em segundo], o princípio majoritário sai-se melhor como princípio de igual respeito porque dá ao voto de cada indivíduo uma chance maior de determinar o resultado do que na proposta de loteria.¹⁰⁵

Waldron procura abstrair o conteúdo da decisão elaborada no controle judicial de constitucionalidade para tecer uma crítica ao instituto, pois é comum que o apoio ao controle venha atrelado ao teor de determinados pronunciamentos. Desse modo, o autor entende que o controle judicial de constitucionalidade deve ser abandonado no caso de a sociedade possuir quatro características, quais sejam, (i) o funcionamento razoável de instituições democráticas, o que engloba um Poder Legislativo adequadamente eleito, (ii) o funcionamento razoável de instituições judiciais, não eleitas, servindo à resolução de processos individuais, (iii) o comprometimento dos cidadãos com os direitos individuais e das minorias e (iv) a ocorrência de desacordos persistentes, substanciais e de boa-fé sobre o sentido desses direitos. Apresentados esses requisitos, seria imperativo que os dissensos

¹⁰³ DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2012, p. 141.

¹⁰⁴ DIAS, Cibele Fernandes. *Idem*, p. 142.

¹⁰⁵ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 192-194.

fossem dissolvidos dentro da arena parlamentar, a qual é instituída em bases representativas, justamente por ser a única com legitimidade democrática para formar consensos.¹⁰⁶

É neste contexto que o Judiciário não atenderia aos anseios democráticos quando exerce o controle judicial de constitucionalidade, notadamente por não respeitar a decisão majoritária exposta na lei. Significativo da posição de Waldron é a afirmação de que “os muitos, atuando em coletividade, podem ser melhores juízes do que os poucos bons, não apenas de questões de fato, de utilidade social, mas também, e da maneira mais importante, de questões de valor, de questões de princípio e da natureza da boa vida”¹⁰⁷.

Em que pese o entendimento de Jeremy Waldron não representar aquele adotado neste trabalho, é possível extrair uma lição de sua obra e incorporá-la no controle judicial de constitucionalidade, devendo-se, assim, defender o que se denomina de responsabilidade política dos juízes, pois “embora juízes estejam em posição menos adequada para elaborar argumentos de política do que representantes eleitos, há um espaço de garantias constitucionais a ser decidido a partir de argumentos de princípio”¹⁰⁸, sendo que “estes são capazes de fazer o juiz responsável por sua decisão, contornando assim sua falta de legitimidade democrática”¹⁰⁹.

No panorama atual, há uma insistente aposta no protagonismo dos juízes, conforme se observa pela aplicação cotidiana do princípio do livre convencimento motivado. Longe de assentar um juízo de valor definitivo sobre este fato, é importante afirmar, todavia, que não está sujeito ao arbítrio do julgador a aplicação ou não de uma norma inconstitucional. Com efeito, tanto os juízes de primeiro grau quanto os magistrados vinculados aos tribunais da república devem proceder ao controle difuso de constitucionalidade em face da invalidade da lei contrária à Constituição.

Na lição de Lenio Streck, somente em seis hipóteses o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei ou um ato normativo, quais sejam, (a) quando a lei for

¹⁰⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: **The Yale Law Journal**, 2006, n. 115, p. 1360.

¹⁰⁷ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 129.

¹⁰⁸ DIAS, Cibele Fernandes. Desafios do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: para um “dharma” da jurisdição constitucional. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 8, 2013, p. 8146.

¹⁰⁹ DIAS, Cibele Fernandes. Idem, *ibidem*.

inconstitucional, (b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; (c) quando for aplicada a interpretação conforme a Constituição; (d) quando for aplicada a nulidade parcial sem redução de texto; (e) quando for aplicada a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; (f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio.¹¹⁰

Percebe-se que, dentre essas seis hipóteses, há uma relação direta com o princípio da reserva de plenário quando o juiz deixa de aplicar uma lei por esta ser inconstitucional. Isso porque, se o magistrado estiver vinculado a um tribunal, é imprescindível a instalação do incidente de arguição de inconstitucionalidade. Nas hipóteses de interpretação conforme à Constituição e declaração de nulidade parcial sem redução de texto, conforme se verá adiante, esta relação com a regra do *full bench* não é cristalina, ficando dependente da premissa teórica adotada.

3.3 TÉCNICAS DECISÓRIAS E (DES)NECESSIDADE DO JULGAMENTO *EN BANC*

A temática do controle de constitucionalidade, quando examinado no concernente ao Poder Judiciário, não se resume à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um determinado dispositivo legal. Entre esses extremos, figuram as chamadas técnicas decisórias de controle de constitucionalidade, as quais desafiam a compreensão tradicional da jurisdição constitucional.

Especificamente, pode-se falar em interpretação conforme à Constituição, declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto, inconstitucionalidade progressiva, declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade e inconstitucionalidade por arrastamento.¹¹¹ Pode-se citar, ainda, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, recentemente debatida pelo Supremo Tribunal

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 347-348.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1045-1055.

Federal em sede da Medida Cautelar na ADPF 347, de relatoria do Min. Marco Aurélio.¹¹²

No âmbito deste trabalho, interessam essencialmente a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Notadamente, após uma breve explanação acerca desses instrumentos decisórios, verificar-se-á, na doutrina e na jurisprudência, a necessidade ou não da arguição de inconstitucionalidade (cláusula de reserva de plenário).

Para um melhor entendimento desses dois métodos decisórios, convém elucidar, ainda que superficialmente, a diferença entre texto e norma, visto que ela consubstancia a base tanto da interpretação conforme à Constituição quanto da declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

Segundo o jurista italiano Gustavo Zagrebelski, o texto seria a disposição legislativa em si, elaborada segundo as regras de produção do direito, fruto de símbolos linguísticos escritos. Já a norma seria o sentido extraído da disposição legislativa mediante um processo de interpretação, fazendo surgir a resultante que será aplicada no caso concreto.¹¹³

Quando se declara a inconstitucionalidade de um dispositivo, o texto é expurgado do ordenamento jurídico, sendo nulificado. No entanto, existem situações em que a proposição legal é mantida, afastando uma ou mais interpretações possíveis (declaração de nulidade parcial sem redução de texto), ou determinando a norma a ser extraída daquele enunciado impugnado judicialmente (interpretação conforme à Constituição).

A interpretação conforme à Constituição resguarda o resultado da produção legislativa ao manter o texto legal, mas, ao mesmo tempo, modifica a norma a ser extraída de um determinado dispositivo. Isso significa que esta técnica obsta a declaração de inconstitucionalidade do ato infraconstitucional, asseverando que há um sentido a ser aplicado, qual seja, aquele compatível com os ditames constitucionais.¹¹⁴

Para o constitucionalista Jorge Miranda, este método tem o intuito de “discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que [...] é o

¹¹² Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#author>> Acesso em: 25/09/2015.

¹¹³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 93-94.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1057.

sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental”¹¹⁵. Segundo Lúcio Bittencourt, entre uma interpretação da proposição legal que a coloque fora da esfera constitucional e uma interpretação que a coloque dentro desta esfera, é de se presumir que o legislador tenha optado por uma lei válida e, portanto, é necessária a adoção da segunda interpretação¹¹⁶.

Também um sintoma da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos¹¹⁷, a interpretação conforme à Constituição, quando utilizada, “declara que, mediante determinada interpretação, a norma é constitucional”^{118 119}, limitando-se as alternativas possíveis do texto legal, o qual queda adstrito, naquele caso, à interpretação adotada na decisão judicial.

Como corolário lógico, “se uma norma não abre oportunidade a interpretações diversas, exclui-se a possibilidade da interpretação conforme”¹²⁰. Isso evita que o intérprete afaste-se inadvertidamente do sentido do texto legal, assumindo de modo perigoso o lugar do legislador. É pacífico na jurisprudência do STF que um dos requisitos para o uso da técnica, por conseguinte, é a existência de polissemia ou plurissignificatividade¹²¹.

O outro requisito ventilado por Luiz Guilherme Marinoni, este mais propenso a críticas, é o de que a técnica não embase uma interpretação que se afaste da finalidade objetivada pelo legislador quando da edição do texto legal impugnado.¹²² Poder-se-ia refutar esta tese defendendo que a interpretação conforme à Constituição, quando feita de forma consistente, está conferindo prevalência à norma máxima do ordenamento jurídico e, por isto, não há que se perquirir o desejo do legislador infraconstitucional.

Ressalte-se que “quando, pela interpretação conforme, se fixa uma dada interpretação, o Tribunal não declara – nem poderia fazê-lo – a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo”¹²³, o que leva a

¹¹⁵ MIRANDA, Jorge *apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 99.

¹¹⁶ BITTENCOURT, Lúcio. Obra citada, p. 118-119.

¹¹⁷ Lúcio Bittencourt e Jorge Miranda possuem um pensamento distinto, alegando que a interpretação conforme não procura proteger a presunção de constitucionalidade das normas, mas sim a plena validade da lei enquanto não for declarada inconstitucional e o princípio da economia do ordenamento, respectivamente.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1057.

¹¹⁹ A “norma” utilizada no trecho precisa ser entendida em sentido “latu”.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1057.

¹²¹ Ver ADIn 3.510, Pleno, rel. Min. Ayres Britto, DJe 28.05.2010.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1058.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 606.

afirmação de que “os Tribunais ordinários, que também são competentes para a aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição”¹²⁴.

Gilmar Ferreira Mendes também é defensor desta posição, aduzindo que “a declaração de compatibilidade não corresponde nem a uma censura de outras interpretações nem à fixação de uma única interpretação como válida”¹²⁵. Esta consideração é importante porque esta técnica não busca definir o sentido unívoco do programa normativo, mas apenas aplicar uma norma abarcada pela Constituição.

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por sua vez, apresenta-se como uma técnica que, do mesmo modo que a interpretação conforme, também possui como base a diferença entre texto e norma. No entanto, ao se utilizar deste método decisório, o juiz afasta a aplicação da norma em uma determinada situação, preservando-a para aplicá-la quando a situação for distinta. Assim, a inconstitucionalidade “é da aplicação da norma na situação proposta, sendo, por isso, necessário preservar o texto diante da aplicabilidade da norma em situações diversas”¹²⁶.

A título de exemplificação, pode-se utilizar a declaração de nulidade parcial sem redução de texto quando se tratar de lei que criar um tributo. Isso porque, se essa lei for aplicada no mesmo exercício financeiro, poderá ser declarada a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto face ao princípio da anterioridade inerente ao direito tributário (art. 150, III, “b”, da CF), preservando-a, contudo, para ser aplicada quando a situação for diversa, isto é, quando se adentrar no exercício financeiro seguinte.

Se analisadas sem o devido cuidado teórico, as técnicas de interpretação conforme e de nulidade parcial sem redução de texto podem ser confundidas. Atento a isso, cabe afirmar que a declaração de nulidade parcial sem redução de texto diz respeito ao âmbito de aplicação da lei ou ato normativo, que resta reduzido, enquanto na interpretação conforme à Constituição não se trata de restrição do âmbito de aplicação, mas sim de modificação da interpretação do texto legal. Concluindo, na “declaração parcial de nulidade sem redução de texto’ é preservado

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Idem, ibidem.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 228.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1058.

o texto por ser aplicável em outra situação, enquanto na ‘interpretação conforme’ é definida interpretação para manter a validade do texto”¹²⁷.

Na doutrina, não há um posicionamento unívoco quanto à imprescindibilidade ou não da aplicação da cláusula de reserva de plenário nos casos de interpretação conforme à Constituição e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Para José Levi Mello do Amaral Júnior, apenas a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto enseja a observância da regra do *full bench*, enquanto a utilização da interpretação conforme à Constituição não depende da arguição de inconstitucionalidade e a consequente cisão funcional entre pleno ou órgão especial e os órgãos fracionários dos tribunais.

De acordo com o autor, na primeira das técnicas há um juízo de desvalor por parte do órgão julgador, isto é, o método da nulidade parcial sem redução de texto “implica efetiva censura de pelo menos uma hipótese de incidência do texto impugnado, [redundando] na procedência da arguição de inconstitucionalidade”¹²⁸. Do outro lado, a interpretação conforme, quando efetivada, resulta na improcedência da arguição de inconstitucionalidade, inexistindo juízo de desvalor do texto legal objurgado, mas sim um juízo afirmativo da constitucionalidade por meio de uma interpretação adequada.

Portanto, ao adotar como parâmetro a existência ou não de efetivo juízo de desvalor da norma, e verificando a presença deste juízo na nulidade parcial sem redução de texto, somente nos casos em que se utiliza esta técnica é que a cláusula de reserva de plenário deve ser observada, prescindindo-a os julgamentos que modificam a interpretação do texto legal para adequá-lo à Constituição Federal.

José Edgard Penna Amorim Pereira também argui o descabimento da regra do *full court* quando se utiliza a interpretação conforme. Para ele, “o fundamento para o não cabimento é o de que tal tipo de interpretação encerra um juízo afirmativo de constitucionalidade da lei ou ato normativo”¹²⁹, tendo-se o artigo 97 da CF deve incidir quando se tratar de juízo de inconstitucionalidade.

Para Luiz Guilherme Marinoni, entretanto, em ambas as hipóteses, seja na interpretação conforme à Constituição ou na declaração de nulidade parcial sem

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1059.

¹²⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 101.

¹²⁹ PEREIRA, José Edgard Penna Amorim. Desafios da Reserva de Plenário. In: MACIEL, Adhemar Ferreira, et. al. (coord.). Obra citada, p. 123.

redução de texto, é impositiva a aplicação da regra do *full court*. Para o jurista, quando o magistrado vinculado a um tribunal atua a partir das balizas oferecidas por estes métodos decisórios, ele, em que pese não declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, se ancora em técnicas de controle de constitucionalidade. Assim, “os mesmos motivos que excluem a possibilidade de o órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade de lei o impedem de empregar tais técnicas de controle de constitucionalidade”¹³⁰ sem a remessa ao Plenário ou ao Órgão Especial.

Constata-se que o autor parte da categoria na qual estão enquadradas a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, qual seja, como técnicas de controle de constitucionalidade, para concluir que a aplicação de cláusula de reserva de plenário é *conditio sine qua non* da aplicação de tais métodos no âmbito dos tribunais.

Já Lenio Luiz Streck encabeça um posicionamento distinto dos dois autores anteriormente citados. Para ele, em nenhum dos casos, seja na interpretação conforme à Constituição ou na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, há necessidade de remeter a questão ao Plenário ou Órgão Especial. Vê-se, aqui, que não há a abordagem segundo a existência ou não de um juízo de desvalor ou do enquadramento dos métodos decisórios como técnicas de controle de constitucionalidade, mas sim do fato de que em ambas as técnicas o objeto de atenção é a norma e não o texto legal, o qual é mantido integralmente.

Nas palavras do autor:

Trata-se, nestes dois casos, da relação “texto-norma”. Altera-se tão somente a norma e não o texto. Dito de outro modo: se no primeiro caso [interpretação conforme] se “salva” a lei, não teria sentido o incidente por não haver inconstitucionalidade. Já no segundo caso [declaração de nulidade parcial sem redução de texto], embora haja a exclusão de uma hipótese de aplicação, por ser inconstitucional, esta apenas ocorre no plano ideal, sem alteração expressa do texto, isto é, ocorre a construção de um sentido diferente de um mesmo texto. Por isso a dispensa do incidente e a não incidência da Súmula Vinculante 10.¹³¹

Note-se que o jurista compreende a desnecessidade da instalação do incidente de arguição de inconstitucionalidade quando se tratar de interpretação conforme à Constituição por um motivo similar ao de José Levi Mello do Amaral

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 824.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 544.

Júnior, qual seja, de que a utilização desta técnica não implica em juízo de inconstitucionalidade.

Contudo, no que tange à declaração de nulidade parcial sem redução de texto, Streck entende não ser possível a instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade para realizar uma abdução de sentido, isto é, com a alteração exclusiva da norma, tida por inconstitucional em relação a uma determinada situação (âmbito de aplicação), e a manutenção integral do texto.

Interessante que o jurista realiza uma crítica expressa ao entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, afirmando que “a tese de Marinoni enfraquece o controle difuso de constitucionalidade, [eis que] na relação ‘texto-norma’, a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto apenas alteram a norma”, tornando impossível ou, no mínimo, inadequado, exigir que o órgão fracionário remeta a questão prejudicial ao julgamento *en banc*.¹³²

Cláudio Colnago também sustenta que a provocação do Plenário é dispensável em relação às decisões interpretativas, pois a finalidade da cláusula do *full bench* é a de evitar o conflito entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Para o autor, como, nos casos de interpretação conforme à Constituição e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, o enunciado legislativo é mantido intacto e somente a norma é modificada, não há que se falar na aplicação do artigo 97 da Constituição Federal.¹³³

Fernando Appio é outro autor que encampa a tese de inaplicabilidade do artigo 97 da Carta Maior quando são utilizadas as técnicas decisórias ora em exame. Isso porque “na interpretação e na declaração parcial de nulidade [sem redução de texto], apenas a interpretação seria declarada inconstitucional”¹³⁴.

Na jurisprudência, além de não existir um posicionamento pacífico, a orientação dos tribunais não aparenta clareza. Em pesquisa no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no entanto, a compreensão majoritária é de que a interpretação conforme à Constituição prescinde da remessa ao Órgão Especial.

Cabe colacionar dois julgados a título de exemplos:

¹³² STRECK, Lenio Luiz. *Idem*, *ibidem*.

¹³³ COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação conforme a Constituição: Decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade.** São Paulo: Método, 2007, p. 197.

¹³⁴ APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição: Instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2002, p. 103.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO A SER SANADA. MENÇÃO DA TÉCNICA DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (FULL BENCH). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO PROVIDOS.¹³⁵

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO PELA INOBSERVÂNCIA DO ART. 97, DA CF/88 PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA ESTADUAL - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO QUE DISPENSA, QUANDO EXERCIDA NO ÂMBITO DO CONTROLE CONCRETO E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE, A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE PROCESSUAL ATINENTE AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO - TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DOS EMBARGOS - AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - DECISÃO QUE OBSERVOU OS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E ESTADUAIS ATINENTES À ESPÉCIE E JULGOU CONFORME O PRINCÍPIO DA IGUALDADE - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.¹³⁶

O Supremo Tribunal Federal já exarou entendimento neste sentido, asseverando, em um determinado caso, que a aplicação do princípio da reserva de plenário era desnecessária, vez que “o acórdão objurgado não exerceu o controle da compatibilidade vertical da lei em face da Constituição, mas deu, conforme seu juízo, uma interpretação consentânea com os princípios constitucionais”¹³⁷.

No que se refere à declaração de nulidade parcial sem redução de texto, não há tanta solidez no entendimento jurisprudencial. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, *prima facie*, aponta para a desnecessidade da remessa ao plenário ou ao órgão especial. Veja-se:

EMENTA: (...) Inexistência de ofensa ao artigo 97 da Constituição Federal. Com efeito, o acórdão recorrido não declarou a inconstitucionalidade do artigo 17, I, da Medida Provisória nº 32/89, convertida na Lei 7.730/89, mas, apenas, em respeito ao direito adquirido, o interpretou no sentido de que não se aplicava ele às cadernetas de poupança em que, antes da edição dela, já se iniciara o período de aquisição da correção monetária. Note-se que no controle difuso interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o artigo 97 da Constituição (...).¹³⁸

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos de Declaração Cível n. 1327492-9/01. Relator(a): Carlos Mansur Arida, 5ª Câmara Cível, julgado em 05/05/2015.

¹³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos de Declaração Cível n. 1128226-5/01. Relator(a): Antônio Renato Strapasson, 2ª Câmara Cível, julgado em 24/06/2014.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 574356/RS. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, julgado em 22/02/2006.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 184093. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 29/04/1997.

A maior dificuldade em encontrar casos em que se debata expressamente a questão da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é a de que muitos doutrinadores e magistrados equiparam o instituto com a interpretação conforme à Constituição. Colacione-se o escólio de Alexandre de Moraes:

Apesar da doutrina apontar as diferenças entre a interpretação conforme à Constituição – que consiste em técnica interpretativa – e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – que configura técnica de decisão judicial – entendemos que ambas as hipóteses se completam, de forma que diversas vezes para se atingir uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete deverá declarar a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem contudo alterá-lo gramaticalmente. [...] Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal (...) utiliza-se da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como instrumento decisório para atingir uma interpretação conforme a Constituição, de maneira a salvar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, sem contudo alterar seu texto.¹³⁹

A supracitada equiparação dos institutos poderia levar à conclusão de que, quando se utiliza a nulidade parcial sem redução de texto, o incidente de arguição de inconstitucionalidade seria desnecessário, tal como ocorre na interpretação conforme à Constituição. Todavia, a depender da premissa adotada, é possível defender de forma consistente que, nos casos de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, é devida a aplicação da cláusula de reserva de plenário. Neste ponto, portanto, não há uma definição da doutrina ou da jurisprudência, muito em razão da falta de um conceito unívoco acerca da técnica de nulidade parcial sem redução de texto e a sua (falta de) relação com a interpretação conforme.

Finalmente, quando se trata de direito intertemporal, isto é, da discussão sobre uma lei ou ato normativo anterior à Constituição que consubstancia o parâmetro de controle, não se fala em juízo de (in)constitucionalidade, mas sim de recepção. Isto significa que se um determinado texto legal não for recepcionado pela nova Constituição, tal como a CF de 1988, não há de se declarar a inconstitucionalidade, mas sim a “revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso)”¹⁴⁰.

Nesse sentido, por não haver exame de inconstitucionalidade, não há que se aventar a aplicação da regra do *full bench*, sendo possível ao órgão fracionário do

¹³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 14.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 560.

tribunal declarar a não recepção da lei ou ato normativo pré-constitucional com a finalidade de não concretizar o diploma legal.

O Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento sobre essa questão na ADI 2-1/DF. Veja-se:

EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE.

A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.¹⁴¹

No mesmo sentido, veja-se julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO - LIMINAR POR SIMPLES COMPROVAÇÃO DA MORA - NÃO RECEPÇÃO - LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ - VIOLAÇÃO DE RESERVA DE PLENÁRIO - NÃO OCORRÊNCIA. - A imposição da liminar de busca e apreensão, à vista da simples mora do devedor, viola o princípio do livre convencimento do julgador. - O afastamento da incidência do caput do art. 3.º do Decreto-lei não configura violação à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a norma, originariamente constitucional, não foi recepcionada pela Constituição em vigor, resolvendo-se o caso no plano do direito temporal, e não da inconstitucionalidade.¹⁴²

Para José Levi, “a solução praticada pelo Supremo Tribunal Federal é tecnicamente irrepreensível, [eis que] a declaração de inconstitucionalidade pressupõe norma existente, ao menos quando do seu confronto com o parâmetro de controle”¹⁴³. É importante salientar que a revogação do ato legislativo ou a declaração de sua inconstitucionalidade diferem nos efeitos temporais das decisões:

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2-1/DF. Relator(a): Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1997.

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0024.08.248622-6/001. Relator(a): Fabio Maia Viani, 18ª Câmara Cível, julgado em 10/02/2009.

¹⁴³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Obra citada, p. 92.

enquanto na primeira cessam os efeitos do diploma legal a partir da vigência da Constituição posterior, na segunda cessam os efeitos, em regra, de modo *ex tunc*, retroagindo à data de edição do enunciado normativo.¹⁴⁴

¹⁴⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Idem, ibidem.

4 CONCLUSÃO

O tratamento da cláusula de reserva de plenário, no Brasil, foi evoluindo de modo a se adaptar à crescente complexidade quanto ao funcionamento do Poder Judiciário pátrio. O nascimento do instituto em terras norte-americanas como construção pretoriana fez com que a importação doutrinária e a adequação ao contexto nacional considerassem as peculiaridades dos tribunais e de sua demanda. Se, no início, a regra do *full bench* foi trazida para o país de modo ‘puro’, significando que todos os membros do tribunal deveriam decidir acerca de uma alegada inconstitucionalidade, foi necessário flexibilizar o procedimento de aplicação da regra, ainda que os objetivos sejam praticamente semelhantes àqueles que foram pensados nos Estados Unidos: a proteção da produção legislativa e da presunção de constitucionalidade das leis.

É nesse cenário que o artigo 97 da Constituição Federal de 1988, regulado pelos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, disciplina, hodiernamente, o princípio da reserva de plenário. Ao enunciar 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”, a Constituição preconiza autêntico pilar do princípio da separação de poderes, condicionando a atividade do Poder Judiciário para eventuais declarações de inconstitucionalidade a um quorum qualificado, além de, nos tribunais de grande porte, delegar esta função a um órgão especial.

Diante da importância deste *modus operandi*, as exceções à aplicação do julgamento *en banc* devem ser examinadas criticamente, sendo que foram apontados os problemas de engessamento do sistema e possíveis contradições entre decisões de diferentes tribunais, ainda que o objetivo do regramento contido na legislação processual civil seja o da economia e o da celeridade no trâmite dos processos. Discorreu-se que o Novo Código de Processo Civil adota, com poucas diferenças de redação, o procedimento prescrito pelo atual CPC, expondo, contudo, a ideia de uma maior vinculação aos precedentes e prevendo, inclusive, a interposição de reclamação no caso de desrespeito a esses precedentes.

Se a cláusula de reserva de plenário restringe eventuais declarações de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais, fez-se a problematização do tema do controle de constitucionalidade exercido pelo juiz singular, afirmando-se que, ainda

que a posição majoritária seja de que o juiz pode (no sentido de poder-dever) declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo, por tal razão, mais poder que os próprios tribunais, respeitado entendimento doutrinário ressalva que o juiz singular apenas deixa de aplicar determinada lei ou ato normativo no caso concreto, não declarando, propriamente, a inconstitucionalidade.

Viu-se, também, como último tema do primeiro capítulo, que a regra do *full court* se aplica tanto ao controle difuso de constitucionalidade quanto ao controle concentrado de constitucionalidade. Com efeito, mesmo quando os tribunais de justiça estaduais e o Supremo Tribunal Federal atuam em sede de controle concentrado, faz-se imprescindível a obtenção de quorum qualificado, isto é, os votos da maioria absoluta dos respectivos membros para a declaração de inconstitucionalidade. Disso se extrai que a finalidade da cláusula de reserva de plenário é intrínseca ao próprio gênero controle judicial de constitucionalidade.

No cenário da jurisprudência, a Súmula Vinculante n. 10 desponta como o resultado de um amadurecimento na concretização da regra do *full bench* pelos juízes e tribunais brasileiros. A exigência de respeito à reserva de plenário não permite que o julgador, no âmbito dos tribunais, deixe de aplicar uma lei ou ato normativo, por considerá-la(o) inconstitucional, sem remeter a questão constitucional ao crivo do plenário ou do órgão especial. A referida súmula procurou evitar o esvaziamento de dispositivo pensado pelo Constituinte originário (art. 97), o que, por conseguinte, autoriza a afirmação de que o enunciado sumular, além do caráter constitucionalmente prescritivo (o descumprimento enseja a interposição de reclamação ao Pretório Excelso), detém um atributo pedagógico a encampar a base democrática representada pela reserva de plenário.

De fato, todo este debate remonta a indispensabilidade, no atual Estado Democrático de Direito, de se recorrer ao controle de constitucionalidade para, de modo simultâneo, preservar e concretizar a nossa Carta Política. Esse entendimento é corroborado por este trabalho, ainda que existam posições relevantes em sentido oposto. Ao se afirmar que toda legislação infraconstitucional deve ser examinada à luz da Constituição de 1988, a regra do *full court* desponta como um instrumental muito importante para que uma lei ou ato normativo contrários à Constituição não embasem a solução de casos jurídicos, pois todo ato judicial é um ato de jurisdição constitucional.

Finalmente, a utilização de técnicas decisórias em sede de controle judicial de constitucionalidade, notadamente a interpretação conforme à Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, as quais surgem da distinção que se faz entre texto e norma e se apresentam com uma relevância extraordinária na atividade judicante, não demanda *prima facie* a aplicação do julgamento *en banc*. Neste ponto, não há, ainda, uma resposta pacífica da jurisprudência e muito menos da doutrina, em que pese prevalecer, pelas breves e limitadas pesquisas empreendidas no âmbito deste trabalho monográfico, a conclusão de que não há necessidade de submeter a *quaestio iuris* constitucional ao plenário ou órgão especial dos tribunais.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: Instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 3 – dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 89.297. Relator(a): Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 06/12/1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 482090/SP. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE n. 433806/SP. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 08/03/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no Agravo de Instrumento n. 476058/MG. Relator(a): Min. Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 14/12/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 240096-2/RJ. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 30/03/1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 482090-1/SP. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 574356/RS. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, julgado em 22/02/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 184093. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 29/04/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2-1/DF. Relator(a): Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1997.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Rescisória n. 50896. Relator(a): Valter Xavier, 1ª Câmara Cível, julgado em 02/09/1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 134.600. Relator(a): Jair Soares, 2ª Turma Cível, julgado em 14/03/2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0024.08.248622-6/001. Relator(a): Fabio Maia Viani, 18ª Câmara Cível, julgado em 10/02/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus n. 444815-7. Relator(a): Lilian Romero, 2ª Câmara Criminal, julgado em 22/11/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 351115-1/01. Relator(a): Sérgio Rodrigues, Órgão Especial, julgado em 19/11/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos de Declaração Cível n. 268538-3/01. Relator(a): Paulo Roberto Vasconcelos, 17ª Câmara Cível, julgado em 22/02/2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos de Declaração Cível n. 468858-4/01. Relator(a): Fernando Antonio Prazeres, 3ª Câmara Cível, julgado em 15/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos de Declaração Cível n. 1327492-9/01. Relator(a): Carlos Mansur Arida, 5ª Câmara Cível, julgado em 05/05/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos de Declaração Cível n. 1128226-5/01. Relator(a): Antônio Renato Strapasson, 2ª Câmara Cível, julgado em 24/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração Cível n. 70024976052. Relator(a): Dorval Bráulio Marques, 14ª Câmara Cível, julgado em 31/07/2008.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação conforme a Constituição: Decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2007.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2012.

DIAS, Cibele Fernandes. Desafios do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: para um “dharma” da jurisdição constitucional. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 8, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil comentado e legislação civil extravagante em vigor**. São Paulo: Editora RT, 1999.

PEREIRA, José Edgard Penna Amorim. Desafios da Reserva de Plenário. In: MACIEL, Adhemar Ferreira, et. al. (coord.). **Estudos de Direito Constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: **The Yale Law Journal**, 2006, n. 115.