

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL

GILMAR FERREIRA MENDES*

1. Considerações preliminares

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência⁽¹⁾. A decisão, "que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito"⁽²⁾, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Daí, recorrer-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF 1967/1969, art. 42, VII)⁽³⁾.

A questão de constitucionalidade há de ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal⁽⁴⁾. Todavia, perante o tribunal, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada "pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial", disciplinado no art. 144, V, da Constituição de 1967/1969⁽⁵⁾.

A exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais, introduzida pela Carta de 1934 (art. 179) e reproduzida nas subseqüentes (CF de 1937, art. 96; CF de 1946, art. 200; CF de 1967/1969, art. 116; CF 1988, art. 97), deu ensejo a acesa polêmica sobre a possibilidade de o juiz singular pronunciar-se sobre a

inconstitucionalidade⁽⁶⁾. Prevaleceu, todavia, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional⁽⁷⁾.

2. Requisitos objetivos

Inexiste uma disciplina minudente da questão constitucional, no controle *incidenter tantum*.

O Decreto nº 848, de 1890, consagrou fórmula segundo a qual, "na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte". E a Lei de Organização da Justiça Federal estabeleceu, no art. 13, § 10, que "os juízes e tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais". Os Textos Magnos passaram a exigir, a partir de 1934, que a declaração de inconstitucionalidade, nos tribunais, somente haveria de ser proferida pelo voto da maioria absoluta dos juízes.

A questão constitucional mereceu pouca atenção do legislador. A exigência quanto à declaração de inconstitucionalidade dos atos manifestamente inconstitucionais não foi recebida pela legislação subseqüente, tendo-se assentado, entre nós, como regra de bom aviso, que recomenda ao juiz um mínimo de *self-restraint*⁽⁸⁾. Esse postulado conjuga-se, normalmente, com a máxima segundo a qual "o juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado"⁽⁹⁾. Sem infirmar a valia desse princípio como referencial de autolimitação para o juiz, deve-se reconhecer que o Supremo Tribunal Federal já não lhe empresta adesão, conforme se depreende do disposto no art. 176 do Regimento Interno. Anteriormente, já havia sustentado Lúcio Bittencourt que, "sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveni-

(1) Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1968, p. 36-7 e 46.

(2) Celso Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, p. 59; Alfredo Buzaid "Juicio de amparo" e mandado de segurança, *Revista de Direito Processual Civil*, 5:69.

(3) O ordenamento constitucional de 1988 manteve inalterada essa orientação (CF 1988, art. 52, X). A amplitude emprestada ao controle abstrato de normas e a adoção de novos institutos, como o mandado de injunção, permitem indagar se não seria mais coerente reconhecer eficácia *erga omnes* à pronúncia de inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Não há dúvida de que já não mais subsistem as razões que determinaram a adoção desse instituto pelo Direito Constitucional brasileiro.

(4) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 113.

(5) Esse princípio foi mantido na Constituição de 1988 (art. 97).

(6) Patrocínio (Minas Gerais). Juízo de Direito da Comarca. *Inconstitucionalidade das leis...*, por Martins de Oliveira, RF, 65:170; Vicente Chermont Miranda, *Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular*, RF, 92:582; Alcides de Mendonça Lima, *Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis*, RF, 123:347 e 352.

(7) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 36-8; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Teoria das constituições rígidas*, 2ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1980, p. 161-2.

(8) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 115-16; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do controle da constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 81-4; cf., também, a crítica de José de Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 591.

(9) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 116-18.

ente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese"⁽¹⁰⁾.

O Código de Processo Civil de 1939 não contém disciplina específica sobre o controle de constitucionalidade.

A Lei Processual de 1973 introduziu, nos arts. 480 a 482, breve disciplina do controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, exercido por órgãos fracionários dos tribunais⁽¹¹⁾. Argüida, a qualquer tempo, a questão, o relator deverá submetê-la à Turma ou à Câmara competente para julgar o processo, após a audiência do órgão do Ministério Público (art. 480). Rejeitada a questão, terá prosseguimento o feito; acolhida, há de ser lavrado o acórdão a fim de ser submetida ao Tribunal Pleno (art. 481).

A argüição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada, no órgão fracionário, por *inadmissível* ou *improcedente*:

a) a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a argüição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público⁽¹²⁾.

b) a questão de inconstitucionalidade há de ser relevante para o julgamento da causa, afigurando-se "inadmissível a argüição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa"⁽¹³⁾.

c) a argüição será improcedente, se o órgão fracionário, pela maioria de seus membros, rejeitar a alegação de desconformidade da lei com a norma constitucional.

O pronunciamento do órgão fracionário, pela rejeição ou acolhimento da argüição de inconstitucionalidade, é irrecorrível⁽¹⁴⁾. Rejeitada a argüição, "prosseguirá o julgamento", podendo o órgão fracionário aplicar à espécie a lei ou ato normativo acoimado de inconstitucional.

Acolhida a argüição, que poderá ser por maioria simples, "será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno" (art. 481), ou ao órgão especial (CF 1988, art. 97)⁽¹⁵⁾. Dá-se "a cisão funcional da competência: ao Plenário caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou a inconsti-

tucionalidade, e ao órgão fracionário, depois, à vista do que houver assentado o plenário, decidir a espécie"⁽¹⁶⁾.

O Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, encaminhado pelo Executivo ao Congresso Nacional, propõe alteração do art. 482 do Código de Processo Civil, para admitir que as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado e os titulares do direito de propositura, referidos no art. 103 da Constituição, exerçam direito de manifestação no incidente de inconstitucionalidade, assegurando-se-lhes o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. Ademais, o referido Projeto autoriza o Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades⁽¹⁷⁾.

Tais providências conferem um caráter pluralista também ao processo incidental de controle de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. A possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades representativas cria, outrossim, a figura do "*amicus curiae*" no processo de controle de constitucionalidade.

Assente-se que o Plenário somente pode pronunciar-se sobre o que, efetivamente, foi acolhido pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre a parte julgada inadmissível ou rejeitada pela Turma ou Câmara. A argüição de inconstitucionalidade será acolhida se lograr reunir a *maioria absoluta dos votos*, pelo menos em relação a um dos vários fundamentos. Do contrário, independentemente do resultado da votação, as conseqüências são as mesmas⁽¹⁸⁾.

A decisão do Plenário, que é irrecorrível⁽¹⁹⁾, vincula o órgão fracionário, no caso concreto, incorporando-se ao "julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável"⁽²⁰⁾. Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da *questão concreta* perante o órgão fracionário.

(10) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 118.

(11) José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1973, v. 5, p. 41; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 6, p. 79 e s.

(12) Moreira, *Comentários*, cit., p. 48.

(13) Moreira, *Comentários*, cit., p. 46; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 82.

(14) Cf. Súmulas 293 e 513 do STF.

(15) Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 82.

(16) Moreira, *Comentários*, cit., p. 50.

(17) Projeto de Lei nº 2.960, de 1997: "Art. 29. Acrescentem-se os seguintes parágrafos ao art. 482 do Código de Processo Civil: "§ 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."

(18) Moreira, *Comentários*, cit., p. 53.

(19) Súmula 513 do STF; cf., também, Súmula 293.

(20) Moreira, *Comentários*, cit., p. 54.

Acentue-se que a aplicação do art. 97 da Constituição de 1988 obriga a que se proceda à juntada do acórdão proferida no Pleno ou no órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei, sob pena de, no caso de interposição de recurso extraordinário, entender o Supremo Tribunal Federal que não pode conhecer do apelo extremo, por ausência de peça essencial para o julgamento definitivo. É o que se lê, v.g., no AgRegRE 158.540, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, no qual se acentua que "a ausência do acórdão plenário que reconheceu a ilegitimidade constitucional de atos normativos emanados do Poder Público impede - ante a essencialidade de que se reveste essa peça processual - que o Supremo Tribunal Federal aprecie, de modo adequado, a controvérsia jurídica suscitada"⁽²¹⁾. A jurisprudência do Tribunal enfatiza não ser suficiente a transcrição do decidido pelo órgão especial ou pelo Plenário ou a juntada do voto condutor, porquanto "é no acórdão do Plenário que se há de buscar a motivação da decisão recorrida, com respeito à arguição de inconstitucionalidade"⁽²²⁾.

Ao contrário, se se trata de declaração incidente de constitucionalidade - e não de inconstitucionalidade - "o acórdão do Plenário que, decidindo incidente suscitado em outro processo, já houver resolvido no mesmo sentido, a prejudicial de inconstitucionalidade é mero precedente de jurisprudência, que não integra, formalmente, porém, a decisão da Câmara ou da Turma"⁽²³⁾. É que a competência para decidir pela constitucionalidade de lei é da turma⁽²⁴⁾.

Outro ponto digno de nota, no que se refere à interpretação do art. 97 da Constituição, tem por base a necessidade ou não de se provocar o Plenário ou o órgão especial do Tribunal toda vez que se renovar, em outro caso, a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei que já teve a sua legitimidade discutida no âmbito do Tribunal. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, fixada a orientação do Pleno ou do órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição, em um caso qualquer, poderá o órgão fracionário decidir como de direito, devendo guardar observância daquela decisão⁽²⁵⁾.

Em outros termos, um novo procedimento na forma do art. 97 da Constituição somente seria necessário no caso de uma mudança de orientação por parte do próprio Tribunal.

Questão interessante agitada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de se utilizar o procedimento previsto no art. 97 da Constituição, na hipótese de existir pronun-

ciamento da Suprema Corte que afirme a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Em acórdão proferido no RE 190.728, teve a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, por maioria de votos, vencido o Ministro Celso de Mello⁽²⁶⁾, afirmar a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha pronunciado sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada.

(26) O voto do Ministro Celso de Mello enfatiza os seguintes aspectos:

"O sistema de fiscalização incidental de constitucionalidade acha-se regido, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pelos arts. 176/177 e 101 de seu Regimento Interno, que foram recebidos, nesse ponto, pelo novo ordenamento constitucional, com força normativa de lei.

Tratando-se, no entanto, dos demais tribunais judiciários, o controle de constitucionalidade pelo sistema difuso está disciplinado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, em normas que, ao contrário do que prescreve o art. 101 do RISTF, não atribuem à decisão emanada do Plenário caráter vinculante fora do âmbito daquele específico processo em que foi suscitada, concretamente, a arguição incidental.

Daí, a observação feita por José Carlos Barbosa Moreira que, ao tratar do tema pertinente à eficácia da decisão plenária proferida no julgamento da questão prejudicial de inconstitucionalidade, esclarece, com inteira propriedade, que:

'A decisão do plenário (ou do órgão especial), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculada para o órgão fracionário, no caso concreto. Mais exatamente, a solução dada à prejudicial incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável.

Nenhuma regra legal existe, porém, que a torne obrigatória *ad futurum*. Se a inconstitucionalidade foi declarada, o órgão fracionário não pode deixar de levá-la em conta ao decidir; mas, ressuscitada que seja a questão a propósito de outro recurso ou de outra causa da sua competência originária, ou devolvida por força do art. 475, fica o órgão fracionário, à luz do Código, livre de entender constitucional a mesma lei ou o mesmo ato e, sendo o caso, aplicar este ou aquela à nova espécie. Se não se declarou a inconstitucionalidade, nenhum dispositivo do Código obsta a que, noutro feito, volte a arguição a ser suscitada, acolhida pelo órgão fracionário e, eventualmente, pelo próprio tribunal pleno, ou pelo 'órgão especial'. No plano da lei, a eficácia do pronunciamento é só intraprocessual.

Não há que 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 incidentalmente no processo' (art. 469, inciso III). ('Comentários ao Código de Processo Civil', vol. v/42, item nº 37, 6ª ed., 1993, Forense - grifei).

A disciplina ritual que rege a declaração incidental de inconstitucionalidade, especialmente no ponto em que se impunha a atuação do princípio da reserva de Plenário, não foi observada no caso presente.

Como já enfatizado, o acórdão ora questionado nesta sede recursal extraordinária - e que veiculou declaração de inconstitucionalidade de ato de caráter legislativo - emanou de simples órgão fracionário do Tribunal *a quo*, circunstância esta que faz transparecer, de modo evidente, o claro descumprimento, no caso em análise, do postulado constitucional da reserva de Plenário consagrado pelo art. 97 da Constituição. Sendo assim, conheço e dou provimento ao recurso extraordinário fundado no art. 102, III, a, da Constituição, para, cassando o acórdão ora impugnado, determinar que o órgão fracionário do Tribunal *a quo* - tendo presente a disciplina ritual fixada pelo CPC (art. 480/482) e, sobretudo, a regra inscrita no art. 97 da Carta Política, proceda como entender de direito (RE 190.728, DJ 30.05.1997)."

(21) AgReg. RE 158.540-4, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 23.05.1997, p. 21.375.

(22) AgRRE 164.569, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 04.02.1994, p. 923.

(23) AgRRE nº 149.478, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 23.04.1993, p. 6926.

(24) AgRRE nº 161.475, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 11.02.1994, p. 1496.

(25) RE 190.728, Relator para acórdão: Ministro Ilmar Galvão, DJ 30.05.1997.

É o que se pode depreender do voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão, designado relator para o acórdão, *verbis*:

"Esta nova e salutar rotina que, aos poucos vai tomando corpo - de par com aquela anteriormente assinalada, fundamentada na esteira da orientação consagrada no art. 101 do RI/STF, onde está prescrito que "a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário" - além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no art. 97, da CF, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira.

Tudo, portanto, está a indicar que se está diante de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetiva, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial.⁽²⁷⁾

Na ocasião, acentuou-se que referido entendimento fora igualmente adotado pela 2ª Turma, como consta da ementa do acórdão proferido no Ag. 168.149, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio:

"Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo."⁽²⁸⁾

(27) DJ 30.05.1997.

(28) AgRegAI nº 168.149, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 04.08.1995, p. 22.520.

Orientação semelhante vem de ser reiterada, em decisão recente, na qual se explicitou que "o acórdão recorrido deu aplicação ao decidido pelo S.T.F nos RREE 150.755-PE e 150.764-PE", não havendo necessidade, por isso, de a questão ser submetida ao Plenário do Tribunal⁽²⁹⁾.

Em acórdão de 22 agosto de 1997, houve por bem o Tribunal ressaltar, uma vez mais, que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se da presunção de constitucionalidade que os protege, somado a razões de segurança jurídica. Assim sendo, "a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário"⁽³⁰⁾.

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, ainda que de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

(29) Ag.RegAI nº 167.444, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 15.09.95, p. 29.537.

(30) RE nº 191.898, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.08.1997, p. 38.781.

* Procurador da República. Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha (RFA).