

(CTN, art. 174) não se pode fazer o pagamento, especialmente porque nem sequer se sabe o *quantum debeatur*, não há dúvida de que desde a perspectiva de uma interpretação teleológica esse pagamento *a posteriori*, derivado da impossibilidade jurídica de ser efetuado antes do encerramento do processo administrativo, deve conduzir também à extinção da punibilidade, comprovando-se que o tributo, antes da denúncia, era inexigível em razão de recurso administrativo.

Negar a extinção da punibilidade, nessas condições, absoluta e documentalmente comprovadas, seria: (a) "punir" o contribuinte que exercitou o seu direito constitucional de recorrer e questionar dentro de um devido processo a exigibilidade do crédito tributário. E ninguém pode ser "punido" enquanto exerce um direito fundamental; (b) impedir que esse contribuinte tenha a "chance" de efetuar o pagamento extintivo da punibilidade (o que já tinha chamado a atenção do Min. Carlos Velloso, na ADIn 1.571); (c) tratar desigualmente contribuinte que exercitou seu direito de petição e de recurso; (d) negar a própria *ratio* do art. 83 da Lei nº 9.430/96, que manda o Fisco representar ao Ministério Público somente após o encerramento do processo administrativo exatamente para evitar a denúncia precipitada e para dar chance do pagamento extintivo da punibilidade; (e) im-

pedir a concretização da prioritária política arrecadadora do Estado.

O Direito é um sistema. Logo, não pode estar proibido por uma norma o que vem permitindo em outra. Sendo assim, o pagamento do tributo devido, depois de encerrado o processo administrativo-fiscal (*a posteriori*, portanto) e dentro do prazo legal, deve também extinguir a punibilidade nos termos do art. 34 da Lei nº 9.249/95, aplicado analogicamente. De se considerar que o recebimento da denúncia como limite máximo do pagamento extintivo não tem nenhuma razão científico-processual como suporte. Nada mais é que um momento fixado pelo legislador para arrecadar o mais pronto possível o tributo sonegado. É preceito válido, assim, para a generalidade dos casos. Porém, quando esse tributo foi submetido a discussão e tornou-se inexigível (CTN, art. 151), nada mais correto que abrir-lhe uma exceção, para contemplar analogicamente o pagamento *a posteriori* nas condições e limites acima tratados.

\* Advogado criminalista. Mestre em Direito Penal pela USP. Co-fundador e 1º Presidente do IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais).

## O CONTROLE INCIDENTAL DE NORMAS E A LEI Nº 9.756, DE 1998

GILMAR FERREIRA MENDES\*

3

16338

### 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<sup>1</sup>. A decisão, "que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito"<sup>2</sup>, 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)<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>.

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 pronunciá-la sobre a inconstitucionalidade<sup>6</sup>. Prevaleceu, todavia, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 36-7 e 46.

<sup>2</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, p. 59; BUZAID, Alfredo. "Juízo de amparo" e mandado de segurança, *Revista de Direito Processual Civil*, 5: 69.

<sup>3</sup> 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 Su-

premo Tribunal Federal. Não há dúvida de que já não mais subsistem as razões que determinaram a adoção desse instituto pelo Direito Constitucional brasileiro.

<sup>4</sup> BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 113.

<sup>5</sup> Esse princípio foi mantido na Constituição de 1988 (art. 97).

<sup>6</sup> Patrocínio (Minas Gerais). Juízo de Direito da Comarca. *Inconstitucionalidade das leis...*, por MARTINS DE OLIVEIRA, RF, 65:170; MIRANDA, Vicente Chermont. *Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular*, RF, 92:582; LIMA, Alcides de Mendonça. *Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis*, RF, 123:347 e 352.

<sup>7</sup> BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 36-8; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*, 2ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1980, p. 161-2.

### 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 subsequente, tendo-se assentado, entre nós, como regra de bom aviso, que recomenda ao juiz um mínimo de *self-restraint*<sup>8</sup>. 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"<sup>9</sup>. 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 apresenta útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese"<sup>10</sup>.

O Código de Processo Civil de 1939 não continha 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<sup>11</sup>. 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<sup>12</sup>;

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"<sup>13</sup>;

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<sup>14</sup>. 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)<sup>15</sup>. Dá-se "a cisão funcional da competência: ao Plenário caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois, à vista do que houver assentado o plenário, decidir a espécie"<sup>16</sup>.

A recente Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, alterou o 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, a referida Lei 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<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> MOREIRA. Comentários..., cit., p. 48.

<sup>13</sup> MOREIRA. Comentários..., cit., p. 46; PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 82.

<sup>14</sup> Cf. Súmulas 293 e 513 do STF.

<sup>15</sup> PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 82.

<sup>16</sup> MOREIRA. Comentários..., cit., p. 50.

<sup>17</sup> "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."

<sup>8</sup> BITTENCOURT. O controle jurisdicional..., cit., p. 115-16; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. 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.

<sup>9</sup> BITTENCOURT. O controle jurisdicional..., cit., p. 116-18.

<sup>10</sup> BITTENCOURT. O controle jurisdicional..., cit., p. 118.

<sup>11</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. 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.

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 arguição 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 consequências são as mesmas<sup>18</sup>.

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

Acentue-se que a aplicação do art. 97 da Constituição de 1988 obriga a que se proceda à juntada do acórdão proferido 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"<sup>21</sup>. 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"<sup>22</sup>.

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"<sup>23</sup>. É que a competência para decidir pela constitucionalidade de lei é da turma<sup>24</sup>.

Outro ponto digno de nota, no que se refere à interpretação do art. 97 da Constituição, tem por base a neces-

sidade 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 da decisão sobre a questão constitucional<sup>25</sup>.

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 pronunciamento 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<sup>26</sup>,

<sup>25</sup> RE 190.728, Relator para acórdão: Ministro Ilmar Galvão, DJ de 30.5.1997.

<sup>26</sup> 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 vinculativa 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", v/42, item n. 37, 6ª ed., 1993, Fcense - grifei).

<sup>18</sup> MOREIRA. Comentários..., cit., p. 53.

<sup>19</sup> Súmula 513 do STF; cf., também, Súmula 293.

<sup>20</sup> MOREIRA. Comentários..., cit., p. 54.

<sup>21</sup> AgRegRE 158.540- 4, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ de 23.5.1997, p. 21.375.

<sup>22</sup> AgRegRE 164.569, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 4.2.1994, p. 923.

<sup>23</sup> AgRegRE 149.478, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 23.4.1993, p. 6926.

<sup>24</sup> AgRegRE 161.475, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ de 11.2.1994, p. 1496.

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.

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 objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial.<sup>27</sup>

Na ocasião, acentuou-se que referido entendimento fora igualmente adotado pela 2ª Turma, como consta da ementa do acórdão proferido no AgRegAl 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 comentário, 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

*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 30.5.1997)."*

<sup>27</sup> DJ de 30.5.1997.

pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo."<sup>28</sup>

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<sup>29</sup>.

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 posteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário"<sup>30</sup>.

Essa orientação racionaliza o procedimento relativo ao incidente de controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais. Não há necessidade de que se renove, continuamente, o complexo processo previsto no art. 97 da Constituição, se a posição do Tribunal não sofreu alteração significativa.

Esse entendimento jurisprudencial 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*.

A Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998 introduziu um parágrafo único ao art. 481 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), que positiva a orientação jurisprudencial acima referida, nos seguintes termos:

"Art.481...

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."

<sup>28</sup> AgRegAl 168.149, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ de 4.8.1995, p. 22.520.

<sup>29</sup> AgRegAl 167.444, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ de 15.9.95, p. 29.537.

<sup>30</sup> RE 191.898, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 22.8.1997, p. 38.781.

A fórmula adotada consagra *in totum* a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, assentando a dispensabilidade da submissão da questão constitucional ao tribunal pleno ou ao órgão especial na hipótese de o próprio Tribunal já ter adotado posição sobre o tema. ou, ainda, no caso de o plenário do Supremo do Tribunal Federal já se ter pronunciado sobre a controvérsia.

Todavia, diante dos múltiplos aspectos que envolvem a própria argumentação relacionada com os fundamentos da inconstitucionalidade, afigura-se razoável – senão obrigatório – que se reconheça a todos aqueles que participam de demandas semelhantes no âmbito do primeiro grau o direito de participação no julgamento a ser levado a efeito pelo Pleno ou pelo órgão especial do Tribunal.

Assim, afigura-se recomendável que se introduza uma nova alteração ao art. 482 do Código de Processo Civil, de modo a assegurar o direito de manifestação no incidente de inconstitucionalidade aos demais interessados na controvérsia constitucional submetida ao plenário ou órgão especial do Tribunal.

\* 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. Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República.

### Acórdão na íntegra

3  
16337

DEFESA DO CONSUMIDOR - SUPERMERCADO  
- PREÇO - FIXAÇÃO NO PRODUTO -  
EXIGÊNCIA

(Acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça)

Mandado de Segurança nº 5.986 - Distrito Federal (98/0072799-0)

Relator: Min. Garcia Vieira  
Impte.: Carrefour Comércio e Indústria Ltda.  
Impte.: Eldorado S/A  
Advogado: Marçal de Assis Brasil Neto e outros  
Impdo.: Ministro de Estado da Justiça

#### Ementa

Direito do consumidor - Preço - Produtos - Supermercados - Exigência - Código de Defesa do Consumidor.

Um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor.

A Lei 8.078/90, em seu artigo 6º, inciso III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor:

“A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como, sobre os riscos que apresentam.”

Os donos de supermercados devem fornecer ao consumidor informações adequadas, claras, corretas, precisas e ostensivas sobre os preços de seus produtos à venda.

O fato de já existir, em cada produto, o código de barras não é suficiente para assegurar a todos os consumidores estas informações.

Para atender realmente o que estabelece o Código do Consumidor, além do código de barras e do preço nas prateleiras, devem os supermercados colocar o preço em cada produto.

Segurança denegada.

#### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Exmo. Sr. Ministro Relator, os Exmos. Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira, José Delgado (voto-vista), Eliana Calmon e Paulo Gallotti.

Não participou do julgamento o Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 13 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Presidente  
Ministro Garcia Vieira, Relator

#### Relatório

O Sr. Ministro Garcia Vieira: - Carrefour Comércio e Indústria Ltda. e Eldorado S/A fundados na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXIX e artigos 1º e seguintes da Lei nº 1.531/51, impetram mandado de segurança contra