

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Rafael Folador

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE
RESERVA DE PLENÁRIO PARA A DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Porto Alegre

2015

RAFAEL FOLADOR

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE
RESERVA DE PLENÁRIO PARA A DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da Professora Doutora Vivian Josete Pantaleão Caminha, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre

2015

RAFAEL FOLADOR

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE
RESERVA DE PLENÁRIO PARA A DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da Professora Doutora Vivian Josete Pantaleão Caminha, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 09 de julho de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vivian Josete Pantaleão Caminha
Orientadora

Professor Doutor Rodrigo Valin de Oliveira

Professor Doutor Carlos Eduardo Dieder Reverbel

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sobretudo, ao Criador, pela inspiração que nos concedeu para seguir em frente e tentar fazer o melhor, mesmo nos momentos em que os desafios pareciam intransponíveis.

Agradeço imensamente à minha família, especialmente aos meus pais, Alberto e Maritânia, pelo indispensável e incondicional apoio à minha trajetória acadêmica e ao meu desenvolvimento como pessoa. O mérito de vocês é maior que o meu.

Agradeço, ainda, à orientadora deste trabalho, Professora Vivian Caminha, pela gentileza, compreensão e zelo com que nos conduziu na realização da pesquisa, bem como por ter cultivado em nós, já nos primeiros passos do curso que se está por concluir, o gosto pela matéria que é pano de fundo desta investigação: o Direito Constitucional. Semelhante gratidão se estende a todos os demais docentes que, em algum momento da nossa passagem pela eminente Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, prestaram valiosas contribuições à nossa formação como juristas e seres humanos.

Agradeço, finalmente, aos amigos, notadamente aos que Faculdade nos trouxe, por vivenciar conosco as angústias e alegrias as quais colore a experiência única que é trilhar um curso de graduação.

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Rudolf Von Ihering

Percorremos um longo caminho. Nesse percurso, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Um triunfo incontestável, absoluto, que merece ser celebrado. Mas com humildade. Na vida devemos ser janela, e não espelho. A Constituição deve servir como uma forma de olhar para a vida, não para si mesmo. A propósito: se você acredita na dignidade da pessoa humana, nas possibilidades transformadoras do direito e na ética como fundamento de um mundo melhor, seu lugar pode ser aqui. Estamos recrutando.

Luis Roberto Barroso

RESUMO

A cláusula de reserva de plenário consiste na imposição, aos tribunais, de que somente pronunciem a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público mediante o voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos integrantes do respectivo órgão especial. A norma, pioneiramente introduzida ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1934, vem hoje insculpida no art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Apesar da relativa simplicidade de seu texto, observou-se a persistência de uma série de discussões a respeito de sua aplicabilidade em diversas hipóteses, o que revelou a conveniência de se investigar o real alcance da dita cláusula. Após contextualizá-la no cenário do controle de constitucionalidade, pesquisou-se, neste trabalho, a respeito das suas origens e fundamentos, bem como o procedimento necessário à sua fiel observância. Em seguida, apresentaram-se algumas hipóteses mais notáveis em que já se discutiu, ou ainda se debate, em sede doutrinária ou jurisprudencial, a aplicabilidade ou não dessa restrição ao exercício do controle jurisdicional da compatibilidade dos atos normativos com a ordem constitucional. Entre os casos abordados, estão: a declaração de inconstitucionalidade por juízos singulares de primeiro grau, a declaração de inconstitucionalidade pelas turmas recursais dos Juizados Especiais, a decisão que se funda em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do próprio tribunal, a decisão que assenta a não recepção de ato normativo pela nova ordem constitucional, a decisão que concede tutela de urgência, a decisão que declara inconstitucionalidade de forma implícita, a decisão que adota interpretação conforme a Constituição e aquela emanada de órgão fracionário (turma) do próprio Supremo Tribunal Federal. Para tanto, realizou-se, principalmente, pesquisa à jurisprudência da Suprema Corte brasileira e às lições doutrinárias tecidas por alguns dos mais eminentes constitucionalistas. Assim, assentou-se a premissa de que a cláusula de reserva de plenário incide sempre que uma corte impuser, pioneiramente, um juízo de inconstitucionalidade, mesmo parcial, a leis ou a outros atos normativos, desde que, por força da técnica de controle utilizada, haja uma restrição ao alcance normativo do ato para adequá-lo aos moldes traçados pela Constituição. Com base nisso, buscou-se a solução dos casos apresentados, tanto os pouco controversos quanto aqueles que remanescem provocando certa polêmica.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade. Cláusula de reserva de plenário. Cláusula *full bench*. Art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

ABSTRACT

The full bench clause consists in imposing to the courts that they should only pronounce the unconstitutionality of statutes and normative acts of the government by the vote of the absolute majority of its members, or by the members of the respective "special committee". The rule, innovatively introduced in Brazilian judicial review system by the constitutional text of 1934, is today announced by the article n. 97 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Despite the relative simplicity of the constitutional rule, the persistence of a number of discussions about its applicability in several cases has been observed and has revealed the convenience of investigating about the actual scope of the full bench clause. After contextualizing it in the judicial review, it has been researched, in this paper, their origins and fundamentals, as well as the procedure required for its faithful observance. Thereby, some of the most notable cases in which the applicability or not of this limitation on the exercise of judicial review is discussed, in doctrinal and case law ambit, were presented. Among the cases treated are: the declaration of unconstitutionality by first-instance judges, the unconstitutionality pronounced by "turmas recursais dos Juizados Especiais", the decision based on the Supreme Court or local court precedent, the decision based on the non reception of normative acts by the new constitutional order, the decision to grant immediate injunctions, the decision implicitly declaring unconstitutionality, the decision which interprets statutes in conformity to the Constitution, and the one that comes from the Supreme Federal Court's classes. The case law of the Brazilian Supreme Court and some of the most eminent constitutionalists' lessons were researched. Therefore, it has been settled that the full bench clause applies whenever a court imposes, innovatively, a judgment of even partial unconstitutionality of statutes or other normative acts, if the control technique used causes a restriction on the scope of the legislative act to make it in accordance with the Constitution. According to this premise, the solution for the less and more polemic cases presented was sought.

Key-words: Constitutional Law. Judicial review. Full bench clause. Brazilian Constitution of 1988, article 97.

SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

§ § - Parágrafos

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil

Et. al. – e outros (autores)

Ibidem – Do mesmo autor, na mesma obra

Idem – Do mesmo autor, em outra obra

Loc. cit. – loco citato (no lugar citado)

N. – Número

Op. cit. – opus citatum, opere citato (na obra citada)

P. – Página

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

V. – Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1ª PARTE: A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS.....	14
CAPÍTULO 1: O CONTEXTO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE.....	14
CAPÍTULO 2: ORIGEM E FUNDAMENTOS DA CLÁUSULA.....	18
CAPÍTULO 3: PROCEDIMENTO PARA A OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA.....	23
2ª PARTE: CASOS DE (IN)APLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO	28
CAPÍTULO 1: HIPÓTESES EM QUE NÃO HÁ CONTROVÉRSIA RELEVANTE ACERCA DA INAPLICABILIDADE.....	28
1. Declaração de <i>constitucionalidade</i> de lei ou ato normativo.....	28
2. Declaração de inconstitucionalidade por juízos singulares de primeiro grau....	29
3. Declaração de inconstitucionalidade com base em precedente já firmado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo próprio tribunal	32
4. Declaração de não recepção/revogação de ato normativo "pré-constitucional"	35
5. Declaração de inconstitucionalidade pelas turmas recursais dos Juizados Especiais	38
6. Decisão que concede tutela de urgência	41
CAPÍTULO 2: HIPÓTESE EM QUE HÁ POSIÇÃO PACÍFICA PELA APLICABILIDADE.....	44
1. Declaração de inconstitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça (e por qualquer outro tribunal)	44
CAPÍTULO 3: HIPÓTESES EM QUE EXISTE POLÊMICA.....	46

1. Declaração implícita de inconstitucionalidade: a interpretação da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal	46
2. Decisão que adota "interpretação conforme a constituição"	50
3. Declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário do próprio Supremo Tribunal Federal.....	54
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é tema que ocupa papel destacado no contexto do Direito Constitucional brasileiro, uma vez que a existência de instrumentos idôneos para repelir do ordenamento jurídico os atos infraconstitucionais (e até mesmo as emendas constitucionais) contrários à ordem jurídico-constitucional é pressuposto para a real supremacia e a efetiva rigidez tradicionalmente conferidas às Constituições adotadas pelo Brasil.

O vigente sistema pátrio de aferição de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público reveste-se de notável complexidade; em linhas gerais, opera, paralelamente, de forma incidental, em qualquer causa submetida ao Poder Judiciário, e de maneira concentrada, no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Justiça dos Estados, quando provocados em caráter abstrato pelos legitimados mencionados pela própria Constituição. Tal panorama, resultado do influxo de distintos e até mesmo antagônicos sistemas jurídicos, e submetido a uma constante e acelerada evolução, tem historicamente gerado inúmeras discussões e polêmicas entre os constitucionalistas.

Uma das nuances que compõe o aludido quadro de mecanismos de defesa da ordem jurídico-constitucional é a denominada cláusula de reserva de plenário, a qual se extrai, hoje, do art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *verbis*:

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.

Por força desse imperativo constitucional, verdadeiramente vocacionado à tutela da (relativa) presunção de constitucionalidade das leis, os tribunais estão, em linha de princípio, impedidos de pronunciar a inconstitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais emanados do Poder Público, senão por meio da manifestação da maioria absoluta de seus membros; vale dizer, por meio de seu plenário (ou órgão especial legitimamente constituído no âmbito das cortes para o exercício das atribuições originalmente reservadas ao respectivo plenário).

A despeito da aparente singeleza e univocidade da norma extraída do dispositivo constitucional em apreço, bem como da contínua reprodução desse preceito normativo, sem significativas alterações, em todas as Constituições brasileiras desde 1934, gerando quase um século de maturação de sua interpretação pela comunidade jurídica nacional, perdura um impressionante e aceso debate na jurisprudência dos tribunais do país acerca de diversos aspectos atinentes à sua aplicação.

Esse insólito fenômeno (vale dizer: a persistência das discussões sobre o real alcance desse instituto) fez nascer em nós a convicção acerca da relevância de se investigar a cláusula constitucional da reserva do plenário, rememorando suas raízes e fundamentos legitimadores para, então, tratar das discussões que se têm contemporaneamente travado sobre a questão, tanto os debates virtualmente superados (não sem o protesto de vozes doutrinárias de caráter minoritário) quanto aqueles que ainda permanecem nitidamente candentes.

Assim, o objetivo do presente trabalho consiste em esclarecer o real alcance da dita cláusula de reserva de plenário ou cláusula "*full bench*", como restrição ao exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, atualmente prevista no art. 97 da Constituição da República. Para tal, procederemos de forma atenta às razões que historicamente deram azo à instituição dessa exigência, apontando quais os casos em que ela se aplica e aqueles em que não incide, com especial enfoque às hipóteses que foram ou persistem controvertidas na jurisprudência - notadamente do Supremo Tribunal Federal - e na doutrina especializada em matéria constitucional.

O trabalho será dividido em duas partes - a primeira pode ser batizada como uma "parte geral" e a segunda, como "parte especial".

Na primeira parte, a cláusula de reserva de plenário será contextualizada no âmbito do controle de constitucionalidade e, em seguida, serão buscadas as origens e os fundamentos sobre os quais repousa; por fim, será apresentado o complexo procedimento que, na prática, deve ser trilhado pelos tribunais para que não seja vulnerado o art. 97 da vigente Constituição.

Já na segunda parte, serão trazidas à colação as hipóteses em que se discute se é aplicável ou não a reserva de plenário. Será adotada uma subdivisão em três capítulos, distinguindo aqueles casos em que se observou existir certo consenso, mais ou menos robusto, em relação à sua incidência ou não (pela inaplicabilidade da reserva, no primeiro capítulo, e

pela aplicabilidade, no segundo), e aqueles sobre os quais parece pairar maior dúvida e divergência (terceiro capítulo).

No primeiro grupo, inseriram-se os seguintes casos notáveis: a declaração de *constitucionalidade* de lei ou ato normativo, a declaração de inconstitucionalidade emanada dos juízos singulares de primeiro grau, a declaração de inconstitucionalidade fundada em precedente da lavra do Supremo Tribunal Federal ou do próprio tribunal local, a emissão do juízo de não recepção (revogação) de ato normativo anterior à Constituição vigente, a declaração de inconstitucionalidade proferida pelas turmas recursais dos Juizados Especiais e a decisão que concede tutela de urgência (sob qualquer modalidade).

No segundo, está a declaração de inconstitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça, corte uniformizadora da interpretação do direito federal infraconstitucional, e por qualquer outro tribunal.

Por fim, no terceiro grupo (o qual abrangeu questões que, em maior ou menor grau, comportam significativa e atual controvérsia), cuidar-se-á da declaração implícita de inconstitucionalidade (trazendo à baila a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal), da tormentosa questão atinente às decisões que adotam "interpretação conforme a Constituição" e da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelas turmas do próprio Supremo Tribunal Federal.

Para nos desincumbir do exame dos tópicos propostos, recorreremos às lições tecidas em sede doutrinária por notáveis especialistas em Direito Constitucional, bem como, principalmente, às decisões que compõe a rica jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal.

Uma vez traçadas as balizas da investigação que pretendemos realizar, discorreremos sobre a cláusula de reserva de plenário e assuntos correlatos que, a nosso juízo, revelam-se imprescindíveis à sua adequada compreensão.

1ª PARTE: A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO 1: O CONTEXTO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

A constituição, em sua acepção formal, é um documento solenemente elaborado que veicula a lei fundamental e suprema de um Estado, geralmente contendo normas relativas "à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos"¹, além de outros temas considerados pertinentes pelo constituinte. Ela revela um consenso fundamental de uma comunidade política no tocante a princípios, valores e ideais que servem de padrões de conduta política e jurídica nessa comunidade, nas substanciosas palavras de Canotilho².

Situada no ápice do ordenamento jurídico-normativo, ilustrado pela figura piramidal - ou em seu núcleo, se empregada uma imagem circular/esférica -, a constituição irradia efeitos sobre todo esse sistema e constitui o fundamento de validade que subordina todos os demais atos normativos que se possam produzir.

Revela-se preciosa, também nesse ponto, a lição de Canotilho³, para quem "nenhuma norma inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior - princípio da hierarquia - e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia - princípio da constitucionalidade". Ora, é como afirma o eminente constitucionalista, e atual membro da Suprema Corte brasileira, Luis Roberto Barroso⁴: "aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição".

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra Editora, 1991, p. 41.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1274.

³ *Ibidem*, p. 1023.

⁴ BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

À luz de tais fundamentos, foi concebido o controle de constitucionalidade, instrumento destinado à garantia da supremacia da Constituição, entendido como a aferição da compatibilidade entre a ordem constitucional e os atos normativos editados sob a sua égide.

O controle jurisdicional de constitucionalidade foi historicamente forjado por duas grandes vertentes. Convém frisar, em que pese não constituam objeto principal deste trabalho, algumas características fundamentais de cada uma delas.

O primeiro sistema nasceu nos Estados Unidos da América, por decisão da respectiva Suprema Corte no paradigmático caso *Marbury v. Madison*, capitaneada pelo *Chief Justice* John Marshall, no ano de 1803, que assentou a denominada *judicial review* e inaugurou um controle que se reveste de caráter difuso (atribuído a qualquer juiz, no exercício da sua competência) e concreto/incidental/por via de exceção (pois realizado como uma questão prejudicial à apreciação de uma lide concreta)⁵.

O outro sistema de controle de constitucionalidade, cronologicamente mais moderno, veio a lume, precipuamente, por obra do jurista Hans Kelsen, e foi pioneiramente adotada na Constituição Austríaca de 1920, consistindo em um controle concentrado (porque confiado a um órgão específico: o Tribunal Constitucional) e abstrato/principal/por via de ação (pois a lei ou ato normativo é apreciado em tese, independentemente de qualquer conflito concreto entre sujeitos)⁶.

No Brasil, costuma-se dizer que foi adotado um sistema híbrido de controle jurisdicional de constitucionalidade, temperado pela coexistência de ambas as espécies de fiscalização normativa: concentrada/abstrata e difusa/concreta⁷.

Apesar da prevalência do controle jurisdicional de constitucionalidade, eminentemente repressivo, cumpre ainda referir que a ordem jurídica alberga também outros mecanismos vocacionados a repelir ataques à constituição, de nota predominantemente preventiva. Com efeito, o processo legislativo contempla uma série de cautelas que, para grande parcela da doutrina, podem ser caracterizadas como medidas de controle preventivo de

⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25-32.

⁶ *Ibidem*, p. 69-71.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 336.

constitucionalidade, as quais, como assenta Alexandre de Moraes⁸, buscam evitar o ingresso no ordenamento jurídico de atos normativos contrários à ordem constitucional.

O referido controle "preventivo" é feito pelo Poder Legislativo, notadamente pelo juízo prévio de constitucionalidade confiado às Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas e respectivos plenários, e também pelo Poder Executivo, mediante aposição do denominado veto jurídico ao projeto aprovado pelo parlamento, quanto reputá-lo inconstitucional⁹. Superadas com sucesso, pela espécie normativa em formação, as etapas introdutória (ou de iniciativa) e constitutiva (ou deliberativa, tanto parlamentar quanto executiva) do processo legislativo, tem lugar a denominada fase complementar, que, de regra, fica a cargo do chefe do Poder Executivo e abrange a promulgação e publicação do ato então perfeito e acabado. Com a promulgação, atesta-se a inovação da ordem jurídica, declarando que a lei existe e, em consequência, deve ser cumprida¹⁰.

Em decorrência da promulgação, surge a chamada presunção de constitucionalidade das leis. A esse respeito, José Afonso da Silva¹¹ pontua que, em favor de leis e atos normativos do Poder Público, "milita presunção de validade constitucional, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição".

Pode ser mencionada, também, como manifestação de controle preventivo de constitucionalidade, já no âmbito do Judiciário, a impetração de mandado de segurança por parlamentar, impugnando a tramitação legislativa em desconformidade com a Constituição. Deve ser frisado, porém, que tal controle tem um objeto restrito: assegurar a observância do devido processo legislativo constitucional, e não fiscalizar os aspectos materiais do projeto (salvo na excepcional hipótese da proposta de emenda à constituição tendente a abolir cláusula pétrea, pois, nesse caso, a simples tramitação do projeto ofende a ordem constitucional e legitima a investigação da compatibilidade material em caráter prévio).

Especificamente no contexto do sistema difuso, o controle de constitucionalidade pode - e deve - ser realizado, de ofício, por qualquer magistrado, no exercício da competência que lhe é constitucional e legalmente atribuída, sempre que se depare com uma lei ou ato normativo inconstitucional, cuja incidência constitua questão prejudicial ao julgamento de

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 737.

⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

¹⁰ MORAES, *op. cit.*, p.672-688.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 550.

uma causa concreta que lhe é submetida. Os juízos singulares e os tribunais ostentam o poder de declarar a inconstitucionalidade da lei, ainda que as partes (ou o Ministério Público, quando lhe couber atuar) silenciem sobre a questão, desde que ela constitua premissa a ser resolvida para a solução do litígio concretamente verificado entre as partes do processo¹². "Qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional. O juiz sempre faz jurisdição constitucional. É dever do magistrado examinar, antes de qualquer coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição"¹³.

O controle concentrado, por sua vez, é exercido, em abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal, em face da Constituição da República, e pelos Tribunais de Justiça dos Estados-membros, tendo por paradigma as respectivas constituições (arts. 102, inciso I, alínea a, e 125 da CRFB), mediante ação direta de inconstitucionalidade (por ação ou omissão), ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tais espécies são reguladas, no plano infraconstitucional, pelas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99.

Como uma das formas de promover o delicado equilíbrio da tensão que se instaura entre a presunção de constitucionalidade das leis e o poder confiado ao Poder Judiciário de realizar a fiscalização de sua compatibilidade com a ordem constitucional, sob diferentes formas, surge a regra hoje insculpida no art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil: **a cláusula de reserva de plenário**.

Eis o objeto do nosso estudo, de cujas origens e fundamentos se cuidará, com maior detalhamento, no capítulo que segue.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 961.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 362.

CAPÍTULO 2: ORIGEM E FUNDAMENTOS DA CLÁUSULA

A reserva de plenário, como assinala José Afonso da Silva¹⁴, constitui uma inovação introduzida pela Constituição brasileira de 1934, a qual dispôs, em seu art. 179, que "só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público". A novidade, para o referido autor, incorporou-se definitivamente ao Direito Constitucional brasileiro, persistindo, desde então, em nosso sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, essa regra que o notável constitucionalista entende salutar e que se encontra hoje prevista no art. 97 da Constituição da República de 1988, com a seguinte configuração:

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.

O tratamento dado à questão, nas Constituições subsequentes à de 1934, é relativamente homogêneo, com discretas e pontuais alterações nos dispositivos de regência. A cláusula foi inserta no art. 96 da Constituição de 1937¹⁵, no art. 200 da Constituição de 1946¹⁶, no art. 111 da Constituição de 1967¹⁷, no art. 116 da Constituição de 1967/69¹⁸⁻¹⁹, e finalmente no art. 97 da Constituição cidadã de outubro de 1998.

A norma contida art. 97 da CRFB, para Luiz Guilherme Marinoni²⁰, "espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Ou seja, a lei, para ser declarada inconstitucional no tribunal, exige um quórum qualificado."

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 53.

¹⁵ Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

¹⁶ 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.

¹⁷ Art. 111 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

¹⁸ Art. 116. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público

¹⁹ Art. 116. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (Artigo 144, V), poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 965.

Conhecida como cláusula *full bench*, aponta a doutrina, teria sido uma construção da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. A propósito da origem do instituto, aparentemente importado do direito daquele país norte-americano, narra Maria Auxiliadora Castro e Camargo²¹ que

a regra do *full bench*, também conhecida como *full cort* ou *in banc* (...) é criação da jurisprudência americana, que desde o séc. XIX condicionou o julgamento das questões constitucionais à presença de todos os seus membros. Lá, convencionou-se adiar a apreciação de matérias constitucionais até que se obtivesse a presença da totalidade dos membros, mas o adiamento ocorria não por imposição constitucional e sim por uma regra de conveniência justificada pela importância dos temas constitucionais. Apesar de não ser uma regra absoluta, no Brasil aparecerá positivada na Constituição de 1934 com uma rigidez que não possuía nos EUA.

Por sua vez, Saul Tourinho Leal²² assenta, a esse mesmo respeito, que:

nos Estados Unidos a previsão de quórum para os julgamentos da Suprema Corte não está na Constituição, mas no regimento da Corte. É que os juristas americanos entendem que inserir na Constituição dispositivos relativos ao quórum necessário para deliberação da Suprema Corte poderia resultar num engessamento para os trabalhos judiciários. Coube à jurisprudência norte-americana construir raciocínio segundo o qual só se deveria decidir se uma lei é inconstitucional pela maioria dos integrantes da Corte. Essa orientação ganhou o nome de *full bench*.

A doutrina nacional menciona que a razão de ser da cláusula *full bench* é, ademais de tutelar a presunção de constitucionalidade das leis, resguardar a segurança jurídica²³. Nesse mesmo sentido, afirma Marcello Caetano²⁴ que a referida restrição busca assegurar que a decisão de inconstitucionalidade exsurja de um consenso razoável, não do julgamento de “qualquer escassa maioria”. Nas felizes palavras do doutrinador,

A exigência de maioria qualificada para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto e, portanto, salte aos olhos de um grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado. Sendo atingida a majestade da lei a qual, em princípio, se beneficia da presunção de estar

²¹ CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. **A Influência Estrangeira na Construção da Jurisdição Constitucional Brasileira**. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521908>. Acesso em 31/03/2015. P. 6-7.

²² LEAL, Saul Tourinho. **A polêmica do quórum nas decisões do STF**. Revista Consultor Jurídico, 2010. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-set-29/polemica-quorum-decisoes-supremo>>. Acesso em 04/06/2015.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1121.

²⁴ CAETANO, Marcello. **Direito constitucional**. vol. 2. São Paulo: Forense, 1978, p. 417.

de acordo com a Constituição, é necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável e não brote de qualquer escassa maioria.

A reserva de plenário, também, cumpre um relevantíssimo papel de prevenção das oscilações da jurisprudência de um mesmo tribunal relativamente a questões de (in)constitucionalidade de leis e atos normativos²⁵.

Como requisito inafastável da declaração de inconstitucionalidade de atos do Poder Público emanada de um tribunal, a observância do art. 97 da Constituição atua como condição de validade e eficácia jurídicas dessa própria declaração jurisdicional, como explicitam Alexandre de Moraes²⁶ e Celso de Mello²⁷, este em magistral voto proferido em julgamento da Suprema Corte. Por via de consequência, se o órgão fracionário de tribunal não submete à questão constitucional ao plenário ou ao órgão especial, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é nula²⁸. Nessa hipótese, em termos práticos, a instância superior desconstitui o acórdão do tribunal *a quo* e determina que outro seja proferido, mediante prévia suscitação, se for o caso, de incidente de inconstitucionalidade.

A cláusula de reserva de plenário tem incidência, no entendimento de Celso de Mello²⁹ "quer em sede de fiscalização abstrata (método concentrado), quer em sede de controle incidental (método difuso)". Alexandre de Moraes³⁰ perfilha a mesma posição, aduzindo que a regra destina-se "para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado".

O plenário, seara eleita pelo constituinte como apta a uma declaração de inconstitucionalidade, é o órgão julgador composto pela totalidade dos membros de uma determinada corte, sendo, originalmente, o colegiado competente para apreciar as arguições de inconstitucionalidade porventura suscitadas no âmbito dos julgamentos dos órgãos

²⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 270.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 747.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 472.897/PR. Relator Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento de 18/08/2007. Publicado no Diário da Justiça em 26/10/2007. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docI/D=491910>>. Acesso em 01/04/2015.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 966.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 472.897/PR. Relator Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento de 18/08/2007. Publicado no Diário da Justiça em 26/10/2007. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docI/D=491910>>. Acesso em 01/04/2015.

³⁰ MORAES, *loc. cit.*

fracionários do tribunal. No entanto, deve ser observado que a Constituição mitiga a tradicional "cláusula de reserva de plenário", ao prever que um "órgão especial", cuja composição vem delineada nela própria (art. 93, XI), pode fazer as vezes do plenário, substituindo-o no exercício da delicada atribuição de controle de constitucionalidade.

De fato, muitos tribunais são compostos por um grande número de julgadores, o que tornaria excessivamente dificultosos os julgamentos se todos tivessem que participar de cada uma das deliberações sobre matéria constitucional. Assim, por razões de ordem prática, voltadas à racionalização dos trabalhos judiciários, e notadamente em respeito à razoabilidade e à eficiência na atuação, como menciona Alexandre de Moraes³¹, uma vez criado o órgão especial, ocorre a delegação constitucional das competências administrativas e jurisdicionais que, em princípio, incumbiriam ao tribunal pleno. Com efeito, a grande maioria dos tribunais pátrios instituiu os respectivos órgãos especiais. Entretanto, a criação e o funcionamento desses órgãos, também denominados cortes especiais, devem respeitar o regramento contido no dispositivo constitucional pertinente³².

É oportuno mencionar que a cláusula de reserva de plenário pode ser situada, com harmonia, num contexto de recomendação à autocontenção judicial (*judicial restraint*), ou talvez, melhor dizendo, de "heterocontenção" judicial, no caso da restrição constitucional e compulsoriamente imposta ao Judiciário pelo art. 97 da Constituição de 1988. Sobre a autolimitação do magistrado, Gilmar Mendes³³ refere ter-se

assentado, entre nós, como regra, a recomendação de um certo *self-restraint*, por parte do magistrado. 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'. Sem infirmar a validade desse princípio como referencial de autolimitação para o juiz, deve-se reconhecer que o Supremo Tribunal Federal já não lhe outorga tanta importância.

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 560.

³² 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1118.

Postas tais singelas reflexões sobre a origem e os fundamentos da cláusula de reserva de plenários, apresentam-se, a seguir, os peculiares contornos do procedimento tendente à sua aplicação prática.

CAPÍTULO 3: PROCEDIMENTO PARA A OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA

O procedimento estabelecido para que a determinação do art. 97 da Constituição de 1988 tenha fiel cumprimento vem regrado pelo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), notadamente em seus arts. 480 a 482³⁴. Impende mencionar que o novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15), ainda em *vacatio legis*, cuida do tema em seus arts. 948 a 950³⁵, mas não inova nesse ponto, limitando-se a praticamente reproduzir as disposições do *Codex* que vem a suplantar.

³⁴ CAPÍTULO II

DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

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. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

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. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

³⁵ CAPÍTULO IV

DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 948. Argüida, 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 argüição 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 argüição 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.

§ 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.

Em linhas gerais, uma vez suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público no julgamento de um órgão judicial fracionário, o relator (após ouvir o Ministério Público) submeterá a este colegiado a apreciação da necessidade de submissão da questão ao plenário ou órgão especial. Rejeitada a arguição (ou seja, entendendo-se ser o ato normativo conforme a constituição), prossegue regularmente o julgamento da causa. De outro lado, caso se repute inconstitucional a lei ou ato normativo que tem influência no caso concreto, o julgamento é suspenso, mediante a lavratura de acórdão (irrecorrível) que remete a questão constitucional à deliberação do tribunal pleno (ou órgão especial, se houver sido instituído na respectiva corte). Tal acórdão do órgão fracionário, evidentemente, não decidirá a questão constitucional, apenas assentará o “estado de dúvida constitucional” apto a ensejar a manifestação do plenário. Nesse ponto, Luiz Guilherme Marinoni³⁶ apreende o problema com precisão ao aduzir que

o órgão fracionário realiza juízo acerca da questão constitucional, mas não tem poder para decidi-la, porém apenas para encaminhá-la ao órgão dotado de tal poder. O poder de encaminhar a questão requer juízo com ela compatível, que, assim, não se confunde com o juízo apto a permitir a decisão de inconstitucionalidade, de competência do Órgão Especial ou do Plenário. Em outras palavras, ao órgão fracionário é necessária percepção de "estado de dúvida constitucional", a legitimar a intervenção do órgão capaz de decidir a questão da constitucionalidade. Este estado de dúvida deve ser objetivo, fundado, devendo ser adequadamente explicitado pelo órgão fracionário.

Sobre a ausência de um dever do órgão fracionário de suscitar o incidente para apreciação da inconstitucionalidade alegada pela(s) parte(s), uma vez que tem o poder de refutá-la sem o pronunciamento do plenário, discorre o distinto processualista que

Os órgãos fracionários dos Tribunais - como por exemplo, Turmas - não podem reconhecer a inconstitucionalidade da lei antes de esta ser declarada inconstitucional pela maioria absoluta do Tribunal ou de seu Órgão Especial. Porém, se a inconstitucionalidade da norma é arguida por uma das partes, sem que já tenha sido objeto de análise pelo Plenário ou Órgão Especial, o órgão fracionário não é obrigado a submeter a arguição ao Plenário ou Órgão Especial, já que pode entendê-la constitucional.³⁷

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 965-966.

³⁷ *Ibidem*.

Impende ressaltar que, no seio do órgão fracionário, o relator do feito apresentará a questão como matéria preliminar, a qual, acaso reste superada, por inexistência de questão constitucional da qual dependa o julgamento (ou seja, se reconhece que não é necessário realizar controle de constitucionalidade, podendo ser solucionado o litígio de outra forma), ou por já ter sido resolvida pelo próprio plenário ou órgão especial ou pelo STF, ou simplesmente pelo reconhecimento da constitucionalidade da norma, redundará no prosseguimento da discussão "rumo à análise do recurso"³⁸.

De outra banda, na hipótese de o órgão fracionário reputar relevante a arguição de inconstitucionalidade, será acionado o mecanismo exigido pela reserva de plenário e ocorrerá a cisão funcional da competência, fazendo com que, nas palavras de Lênio Streck³⁹, "*per saltum*, a questão constitucional (portanto, questão prejudicial), seja catapultada do órgão fracionário para o plenário do tribunal (ou órgão especial)". A referida cisão de competência ocorre porque, "ao Plenário, caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois, à vista do que houver assentado o plenário, decidir a espécie."⁴⁰⁻⁴¹

Já no âmbito do plenário ou órgão especial, haverá possibilidade de manifestação prévia do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, dos legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade, e até mesmo de *amici curiae* dotados de representatividade adequada (ampla margem de participação que se coaduna com a ideia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição⁴²), sem prejuízo, evidentemente, da atividade das partes litigantes na ação que, no órgão fracionário, deu origem à arguição, sendo então designada sessão de julgamento, remetida cópia do acórdão do órgão fracionário a todos os integrantes do plenário ou corte especial e, enfim, decidida a questão da constitucionalidade do ato questionado.

³⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 975.

³⁹STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 369.

⁴⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1119.

⁴¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 50.

⁴²SARLET, *op. cit.*, p. 976.

Vale mencionar que, conforme precisa lição de Gilmar Mendes⁴³, “a decisão do Plenário, que é irrecorrível, vincula o órgão fracionário, no caso concreto, incorporando-se ao julgamento do recurso ou causa, como premissa inafastável”. “Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da questão concreta perante o órgão fracionário”. Cumpre ressaltar, apenas, a possibilidade de oposição de embargos de declaração ao acórdão do plenário ou órgão especial, desde que se aponte omissão, contradição ou obscuridade naquela decisão.

Sobre o quórum para o julgamento, Nelson Nery Junior⁴⁴ ensina que a maioria absoluta ou qualificada “se obtém com o número inteiro imediato, depois do atingimento da metade, não dos presentes à votação, mas dos membros efetivos que compõem o tribunal ou o órgão especial”. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁴⁵, manifestando-se no mesmo sentido, destacam ainda a possibilidade, prevista no Regimento Interno de alguns tribunais, de se suspender o julgamento para aguardar o comparecimento do membros ausentes, se o seu voto puder influir na decisão. “Uma vez fixada a interpretação que há de ser outorgada à norma, o julgamento do caso no órgão fracionário que suscitou o incidente deve ser retomado” e “o órgão suscitante está vinculado a respeito da constitucionalidade dada pelo tribunal”⁴⁶.

A irrecorribilidade da decisão do plenário, a que se fez alusão, é apenas imediata, porque, uma vez concluído o julgamento da causa pelo órgão fracionário competente, tendo por um dos fundamentos a decisão do tribunal pleno, abre-se então a possibilidade de interposição de recurso (notadamente, recurso extraordinário), inclusive no tocante à questão da (in)constitucionalidade do ato normativo pretensamente incidente no caso. É nesse sentido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 513 do Supremo Tribunal Federal⁴⁷. É de se ressaltar, porém, em termos pragmáticos, que o Supremo Tribunal Federal considera obrigatória a juntada do acórdão proferido no plenário ou órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei, “sob pena de, no caso de interposição de recurso extraordinário,

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1119.

⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Súmula nº 513 do STF: 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.

entender o STF que não pode conhecer do apelo extremo por ausência de peça essencial para o julgamento definitivo"⁴⁸.

Ademais, cumpre destacar que, como aponta Lênio Streck⁴⁹, o plenário ou órgão especial do tribunal ostenta competência para declarar a inconstitucionalidade, na via difusa, de leis municipais, estaduais e federais, "até mesmo de normas constitucionais da Constituição Federal resultantes de processo constituinte derivado."

Assentadas essas noções preliminares, adentraremos na análise de situações específicas em que poderia haver dúvida quanto à necessidade de pronunciamento do plenário ou órgão especial para a válida emissão de juízos de inconstitucionalidade.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1119.

⁴⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 370.

2ª PARTE: CASOS DE (IN)APLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

CAPÍTULO 1: HIPÓTESES EM QUE NÃO HÁ CONTROVÉRSIA RELEVANTE ACERCA DA INAPLICABILIDADE

1. Declaração de *constitucionalidade* de lei ou ato normativo

Ainda que possa parecer trivial, entende-se pertinente excluir, de plano, do âmbito de incidência da norma contida no art. 97 da Constituição a hipótese em que o julgador limita-se a afirmar a *constitucionalidade* de uma lei ou ato normativo do Poder Público. Nos casos em que o juiz ou órgão colegiado refuta a alegação de inconstitucionalidade manifestada pelas partes do processo, ou silencia sobre essa arguição, aplicando o dispositivo impugnado normalmente, ou, ainda, examina de ofício a legitimidade constitucional de ato normativo, mas conclui pela sua conformidade à constituição, ofensa alguma há à cláusula de reserva de plenário.

Nessa linha de pensamento, Mendes, Coelho e Branco⁵⁰ distinguem as hipóteses de inadmissibilidade e de improcedência da arguição de inconstitucionalidade, para concluir que, em ambos os casos, não há falar em necessidade de manifestação do plenário ou órgão especial:

A arguição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada, no órgão fracionário, por inadmissível ou improcedente, como por exemplo: inadmissível - quanto o ato não tiver natureza normativa, não for oriundo do Poder Público, ou quando a decisão da causa não depender da lei ou ato normativo questionado - e improcedente - quando o órgão fracionário rejeitar a alegação de desconformidade da lei coma norma constitucional.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1118-1119.

Adotando idêntica posição, Alexandre de Moraes⁵¹ frisa que não se impõe a regra da reserva do plenário para a declaração de *constitucionalidade* pelos órgãos fracionários dos tribunais.

Assim, salvo melhor juízo, revela-se uníssono o entendimento segundo a qual os órgãos judiciários fracionários estão plenamente autorizados a declarar a constitucionalidade da lei (em prestígio, aliás, à presunção de sua conformidade à ordem constitucional), apenas não podendo, como regra, assentar a sua inconstitucionalidade, sem apoio em pronunciamento do órgão máximo do tribunal a que pertençam.

2. Declaração de inconstitucionalidade por juízos singulares de primeiro grau

A cláusula de reserva de plenário, hodiernamente alojada no art. 97 da Constituição, tradicionalmente refere como seus destinatários os tribunais, não fazendo qualquer menção aos juízos singulares, atuantes, por assim dizer, no primeiro grau de jurisdição. Diante disso, poderia haver controvérsia a respeito da posição do juiz de primeira instância no contexto do controle de constitucionalidade: se estaria impedido de exercê-lo (porque o dispositivo constitucional teria dito *somente* os tribunais podem declarar a inconstitucionalidade), ou se poderia emitir juízo de inconstitucionalidade apenas se houvesse prévio pronunciamento do tribunal ou do Supremo Tribunal Federal, ou se não deveria tecnicamente declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mas simplesmente afastar sua aplicação no caso concreto.

Gilmar Mendes⁵² anota, a respeito da temática, que

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 subsequentes (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.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 748-749.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1117.

Alexandre de Moraes⁵³, explicitando a posição majoritária e reputando superada a mencionada polêmica, leciona que "a cláusula de reserva de plenário não veda a possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público, mas, sim, determina uma regra especial aos tribunais para garantia de maior segurança jurídica". Calil Simão⁵⁴, igualmente, entende que a cláusula não tem por destinatário o magistrado de primeiro grau, o qual pode exercer o controle difuso de constitucionalidade, deixando de aplicar a norma que entenda contrária à Constituição.

Já Lênio Streck⁵⁵, nesse ponto, filia-se a entendimento minoritário ao afirmar o juiz de primeira instância pode afastar a incidência da lei, mas não verdadeiramente declará-la inconstitucional - o que, a bem da verdade, não apresenta grande relevância prática. Defende o jurista que

há uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o controle exercido pelos tribunais. Ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade do texto normativo; deixa de aplicá-lo. Como bem assinala Paulo de Tarso Brandão, o juiz nunca 'declara' inconstitucionalidade, mas, sim, o conteúdo de sua decisão recai sempre sobre a relação jurídica; por isso, não há nenhuma problema de a coisa julgada ter efeito *erga omnes*, pois esse efeito diz respeito em relação jurídica e não *erga omnes*, pela inexistência (porque retirada pela declaração que somente ocorre nas hipóteses de controle concentrado e nas hipóteses do efeito decorrente do incidente de inconstitucionalidade e de sua eventual dispensa - art. 481, par. único do CPC) do texto de incidência.

Há, ainda, quem busque no déficit democrático da investidura dos juízes singulares o fundamento para suscitar dúvidas em relação ao seu poder de impor a pecha de contrariedade à constituição aos atos regularmente emanados do parlamento. Nesse particular, a legitimação dos tribunais repousaria, entre outros fatores, na maior complexidade do procedimento de investidura de seus membros, o qual inclui, por vezes, a anuência do Poder Legislativo, e, com maior frequência, a manifestação positiva do chefe do Poder Executivo. Menciona-se, também, a falta de menção expressa, na Constituição, acerca do poder de controle de constitucionalidade, no que tange aos juízes singulares.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 748-749.

⁵⁴ SIMÃO, Calil. **Elementos do Sistema de Controle de Constitucionalidade**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p 152.

⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 362-363.

Apesar disso, salvo melhor juízo, e sem prejuízo de um aprofundamento do estudo dessa específica questão, entende-se prevalecer o entendimento de que o juiz "de primeiro grau" ostenta competência bastante para declarar livremente, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de lei, uma vez que, não lhe sendo aplicável a restrição veiculada pelo art. 97 da Constituição, prevalece o controle difuso de constitucionalidade, o qual, funcionamento paralelamente ao concentrado, viabiliza a qualquer juiz pronunciar a inconstitucionalidade quando com ela se deparar como questão prejudicial ao exercício de sua própria competência.

Nesse ponto, convém destacar que o poder dos juízes de primeiro grau de recusar aplicação às leis afrontosas à constituição, declarando-as incidentalmente inconstitucionais, embora, realmente, não seja um poder com explícito assento constitucional, repousa na cláusula implícita de nulidade dos atos infraconstitucionais contrários à Constituição, concebida na essência do julgamento que deu origem ao controle difuso de constitucionalidade⁵⁶.

Examinando alguns julgados do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, observou-se que aquela Corte considera estreme de dúvidas que os juízes de primeiro grau podem exercitar livremente o controle difuso de constitucionalidade, sem qualquer apego à reserva de plenário, por impossibilidade técnica dessa observância. O Ministro Dias Toffoli⁵⁷, por exemplo, em decisão proferida na Reclamação nº 13.158/DF, aduziu que "é inviável a aplicação da súmula (vinculante nº 10) ou da cláusula de reserva de plenário, dirigida a órgãos judicantes colegiados, à juízo de caráter singular, por absoluta impropriedade, quando da realização de controle difuso de constitucionalidade".

É digno de nota, outrossim, que, uma vez proferida pelo juízo *a quo* a decisão definitiva sobre um dado caso concreto, contendo pronunciamento incidental de inconstitucionalidade, ficará franqueado à parte supostamente prejudicada, mediante o manejo da pertinente medida recursal, a devolução da apreciação da matéria (inclusive da questão constitucional) ao tribunal competente, o qual, então sim, estará inarredavelmente vinculado à cláusula prevista no art. 97 da Constituição, somente podendo encampar a declaração de inconstitucionalidade

⁵⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25-32.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão do Min. Dias Toffili na Reclamação nº 13.158/DF. Julgamento de 08/08/2012. Publicado no Diário da Justiça em 15/08/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+13158%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/atrtyp>>. Acesso em 28/05/2015.

se o plenário/órgão especial da respectiva corte assim entender, ou se já houver prévio pronunciamento do STF sobre o tema⁵⁸.

Tendo em vista essa faculdade que as partes têm de provocar a manifestação do tribunal, em segundo grau de jurisdição (aliás, maciçamente exercida no atual panorama processual), isso sem mencionar as causas que, por força de lei, submetem-se a duplo grau de jurisdição obrigatório/reexame necessário/remessa oficial, ousamos vislumbrar uma reduzida relevância prática de tal discussão.

Seja como for, entendemos haver um poder implícito no sistema constitucional a autorizar o exercício, por todo e qualquer juiz, do controle de constitucionalidade; não, se tratando de integrante de tribunal, a reserva de plenário não incide como restrição ao desenvolvimento da atividade judicante.

3. Declaração de inconstitucionalidade com base em precedente já firmado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo próprio tribunal: inaplicabilidade, por dispensa legal expressa

Apesar da aparente rigidez da cláusula inserta no art. 97 da Constituição, na prática, a necessidade de provocar o pronunciamento do tribunal pleno, ou mesmo do órgão especial, a toda oportunidade em que uma repetitiva controvérsia constitucional era suscitada pelos órgãos fracionários, acarretava notável prejuízo à celeridade e racionalidade dos julgamentos, a redundar, porque não dizer, em "atrasamento" da pauta dos plenários, com inúmeros feitos em que debatida idêntica questão jurídica de índole constitucional. Cabe referir que os órgãos especiais, embora dispensassem a presença da integralidade dos membros do tribunal, também eram colegiados bastante amplos, de modo que a delegação da competência do pleno não solucionava o problema.

Atento e sensível a essa realidade da cena judiciária, o Supremo Tribunal Federal passou a preconizar que se revelaria dispensável, à luz de uma interpretação teleológica do dispositivo constitucional, a suscitação de incidente de inconstitucionalidade quando já houvesse decisão emanada do plenário ou do órgão especial do próprio tribunal ou do STF

⁵⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269.

sobre idêntica questão. Na busca da economia processual, da segurança jurídica e da "desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, vem-se percebendo a inclinação pela dispensa do procedimento do art. 97 toda vez que já haja decisão do órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, o guardião da Constituição sobre a matéria"⁵⁹.

Representativo desse entendimento é o julgado proferido pelo STF no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 168.149, ainda no ano de 1995, ocasião em que o Ministro Marco Aurélio⁶⁰ bem explicitou os fundamentos dessa construção jurisprudencial, ao aduzir:

o julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 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 os órgãos fracionários apreciem, pela primeira vez, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo.

O legislador, vislumbrando a fórmula consagrada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶¹, houve por bem inseri-la expressamente no parágrafo único do art. 480 do Código de Processo Civil/1973, o que fez por intermédio da Lei 9.756/98, nos seguintes termos:

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. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Deve-se mencionar que o permissivo legal supra colacionado tem razão de ser, unicamente, quando os paradigmas para a dispensa do incidente forem as decisões do STF proferidas em sede de fiscalização normativa incidental - destituídas que são, em princípio, de eficácia geral -, pois no tocante às decisões prolatadas "em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o efeito *erga omnes* exsurge *de per se*, isto é, se a lei ou dispositivo em discussão no tribunal já tiver sido declarada inconstitucional, deixa de ter eficácia, sendo

⁵⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 270-271.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 168.149/RS. Relator Min. Marco Aurélio. 2ª Turma. Julgamento de 26/06/1995. Publicado no Diário da Justiça em 04/08/1995. Disponível em <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=279253>>. Acesso em 07/03/2015.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1122.

assim, írrito, nenhum"⁶². Em outros termos, o decidido nas ações diretas gera a vinculação de todos os demais órgãos do Poder Judiciário e até mesmo da Administração Pública, e não a mera dispensa de se provocar o plenário para declarar a inconstitucionalidade. Assim, "o aludido parágrafo único somente adquire importância se disser respeito à decisão do STF no âmbito do controle difuso"⁶³.

A orientação do Supremo Tribunal Federal, positivada no Código de Processo Civil de 1973 (art. 481, parágrafo único), no sentido de dispensar a manifestação do plenário ou órgão especial do tribunal quando este, ou o plenário do STF, já tiverem se pronunciado sobre a questão, todavia, não remanesce imune a críticas. Um dos principais motivos é justamente a possibilidade de vinculações destoantes do sistema brasileiro de jurisdição. Lênio Streck⁶⁴, por exemplo, manifesta contrariedade em relação ao dispositivo legal, afirmando que

A alteração introduzida no art. 481, parágrafo único, do CPC, convalida, em parte posição do STF, de iniciativa do Min. Marco Aurélio. (...) há sérias dúvidas acerca da constitucionalidade desse dispositivo. Observe-se que o dispositivo vai ao ponto de dispensar o incidente pelos tribunais inferiores na hipótese de pronunciamentos originários deles mesmos, o que proporciona uma vinculação jurisprudencial imprópria para o sistema romano-germânico. Um olhar constitucional sobre a matéria indica que a dispensa da suscitação do incidente é bem vinda quando a decisão vem do plenário do STF; entretanto, quando a decisão advém de outro tribunal, o incidente não pode ser dispensado, estando presente, aqui, a violação do art. 97 da Constituição.

Streck⁶⁵ também preconiza, diversamente do que tem prevalecido na jurisprudência, uma interpretação restritiva dos dispositivos que excepcionam a reserva de plenário, ao salientar que

"para a incidência do art. 481, parágrafo único, do CPC, é necessário sempre que se trate da mesma lei, sendo absolutamente vedada a aplicação da 'analogia constitucional'. (...) Caso contrário, se o órgão fracionário não suscitar o incidente de inconstitucionalidade, estará malferido, de frente, o disposto no art. 97 da Constituição Federal".

⁶² STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 372.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 363-364.

⁶⁵ *Ibidem*.

Calil Simão⁶⁶ faz coro pela inconstitucionalidade da dispensa do incidente de inconstitucionalidade, com fundamento na simples circunstância de haver decisão anterior sobre a matéria.

A dita vinculação, criticada por alguns, é preconizada, por exemplo, por Vânia Hack de Almeida⁶⁷, para quem a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo plenário ou órgão especial até mesmo vincularia todos os magistrados e órgãos integrantes do tribunal que a proferiu.

A despeito de semelhantes objeções, verifica-se que a jurisprudência do STF é plácida ao acolher a legitimidade das hipóteses legais de dispensa de manifestação do plenário, notadamente por terem sido instituídas em atenção aos precedentes emanados dele própria.

4. Declaração de não recepção/revogação de ato normativo "pré-constitucional"

Embora tal questão já tenha constituído questão objeto de debate, a jurisprudência do STF há muito firmou-se no sentido de que a aferição da constitucionalidade de um ato normativo deve ter por paradigma a constituição sob cuja égide ele foi editado. Desse modo, na hipótese de superveniência de uma nova ordem constitucional, a compatibilidade de ato normativo editado anteriormente a ela decide-se como mera questão de direito intertemporal, e não no bojo de um controle de constitucionalidade em sentido estrito. O ato anterior, em não sendo compatível com a nova ordem constitucional, será simplesmente revogado, ao invés de recepcionado, mas não será considerado inconstitucional de forma superveniente. Cumpre mencionar que, na tradição jurídica brasileira, a inconstitucionalidade opera no plano da validade do ato normativo, constituindo vício de origem, ao passo que o fenômeno da não recepção atua no plano de sua eficácia, fazendo cessar a produção de efeitos jurídicos a partir de determinado momento.

⁶⁶ SIMÃO, Calil. **Elementos do Sistema de Controle de Constitucionalidade**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 158.

⁶⁷ ALMEIDA, Vânia Hack de. **A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 2007. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 88.

Assim, a decisão que declara não recepcionada pela nova constituição a lei ou o ato normativo anterior pode ser prolatada por órgão fracionário de tribunal, uma vez que não se trata de decisão declaratória de inconstitucionalidade, portanto não se submete à reserva de plenário.

A reafirmação da distinção entre os juízos de constitucionalidade e de recepção, já sob a vigência da Constituição de 1988, remonta ao paradigmático julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2 pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do eminente Ministro Paulo Brossard⁶⁸. Em votação majoritária, consagrou-se a posição sustentada pelo relator, que, a rigor, perfilhou a tradicional jurisprudência do STF. Pedimos vênua para colacionar a ementa do julgado, em razão da magnitude ímpar de que se reveste:

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.

Os precedentes do STF, desde então, têm reiteradamente reafirmado tal linha de pensamento. Referiu-se, por exemplo, no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 669.872, relatado pelo Ministro Luis Fux⁶⁹, que "a cláusula de reserva de plenário (*full bench*) é aplicável somente aos textos normativos erigidos sob a égide da atual Constituição." Nos termos do mencionado aresto, que cita vários julgados, "as normas editadas quando da vigência das Constituições anteriores se submetem somente ao juízo de recepção ou não pela atual ordem constitucional, o que pode ser realizado por órgão fracionário dos Tribunais sem que se tenha por violado o art. 97 da CF".

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02/DF. Relator Min. Paulo Brossard. Julgamento de 06/02/1992. Publicado no Diário da Justiça em 21/11/1997. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em 25/04/2015.

⁶⁹ *Idem*. Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 669.872/RS. Relator Min. Luis Fux. Julgamento de 11/12/2012. Publicado no Diário da Justiça em 14/02/2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3402829>>. Acesso em 28/04/2015.

Por ocasião da apreciação do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 861.439, da relatoria do Ministro Teori Zavascki⁷⁰, ratificou-se o entendimento de que a "compatibilidade ou não (da lei) com o regime constitucional superveniente constitui juízo de recepção ou não recepção, ao qual não se aplica o princípio da reserva de plenário". Idêntica posição foi recentemente perfilhada no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 651.448, do qual foi relatora a Min. Rosa Weber⁷¹.

Preciosa é a lição do Ministro Celso de Mello, ao relatar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.222/DF⁷². Na oportunidade, a fundamentação tecida pelo magistrado e encampada pelo colegiado deu suporte à negativa de conhecimento à ação direta de inconstitucionalidade, mas as razões invocadas também são seguramente aptas a revelar impertinência da aplicação da cláusula de reserva de plenário na mesma situação de lei anterior à vigente Constituição. Ao julgado foi atribuída a seguinte ementa:

CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE-INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO – A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE (ADI 514/PI, REL. MIN. CELSO DE MELLO – ADI 595/ES, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) – DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL – CÓDIGO ELEITORAL, ART. 224 – INVIABILIDADE DESSA FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. - A superveniência de uma nova Constituição não torna inconstitucionais os atos estatais a ela anteriores e que, com ela, sejam materialmente incompatíveis. Na hipótese de ocorrer tal situação, a incompatibilidade normativa superveniente resolver-se-á pelo reconhecimento de que o ato pré-constitucional acha-se revogado, expondo-se, por isso mesmo, a mero juízo negativo de recepção, cuja pronúncia, contudo, não se comporta no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 861.439/RS. Relator Min. Teori Zavascki. 2ª Turma. Julgamento de 03/02/2015. Publicado no Diário da Justiça em 23/02/2015. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7823735>>. Acesso em 30/04/2015.

⁷¹ *Idem*. Acórdão do Recurso Extraordinário com Agravo nº 651.448/RJ. Relatora Min. Rosa Weber. 1ª Turma. Julgamento de 03/03/2015. Publicado no Diário da Justiça em 23/03/2015. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8057006>>. Acesso em 25/05/2015.

⁷² *Idem*. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.222/DF. Relator Min. Celso de Mello.

Julgamento de 01/08/2014. Publicado no Diário da Justiça em 02/09/2014. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6631759>>. Acesso em 27/05/2015.

De tal modo, é maciça a interpretação de que o art. 97 da CRFB não tem aplicação quando se trata de aferir a compatibilidade entre a constituição vigente e um ato que a precedeu.

Sem embargo, é interessante observar a notória permanência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um volume muito grande de atos normativos produzidos sob a égide de constituições pretéritas. Em tal ambiente, embora seja impróprio falar em "presunção de recepção das leis", vislumbramos uma certa tendência dos atores do campo jurídico a entender vigente uma lei não expressamente revogada, mesmo que ela tenha perpassado, na linha do tempo, pela edição de nova(s) constituição(ões).

Nesse sentido, a aposição de um juízo de não recepção pode ter efeitos tão graves sobre a segurança jurídica quanto a emissão de um juízo de inconstitucionalidade: em ambas as situações, ao fim e ao cabo, o que se afirma que é o ato infraconstitucional não se compatibiliza com a ordem constitucional vigente. A despeito dessa constatação, sendo o caso de não recepção, não há a aplicação da cláusula de reserva de plenário.

5. Declaração de inconstitucionalidade pelas turmas recursais dos Juizados Especiais

O sistema dos Juizados Especiais, cuja criação encontra fundamento de validade no art. 98, inciso I e §1º, da Constituição⁷³, é composto pelos Juizados Especiais Estaduais (cíveis e criminais, regidos pela Lei nº 9.099/95, e da Fazenda Pública, pela Lei nº 12.153/09), e pelos Juizados Especiais Federais (instituídos pela Lei nº 10.259/01).

A vocação de tais órgãos jurisdicionais consiste em apreciar as causas cíveis de menor complexidade (outroza denominadas "pequenas causas"), bem assim as infrações penais de menor potencial ofensivo. Por esse motivo, são regidos por princípios específicos, destinados

⁷³ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

à sumarização do procedimento, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além da busca pela conciliação, sempre que possível (art. 2º da Lei nº 9.099/95).

Como uma das formas de assegurar a simplicidade do rito dos Juizados Especiais, foi criado um sistema recursal paralelo, não apenas provido de meios próprios de impugnação das decisões, como também de órgãos especialmente constituídos para o seu processamento e apreciação. Referimo-nos, principalmente, às turmas recursais (também denominadas colégios recursais em certas localidades), compostas por "juízes de primeiro grau", mas com competência para julgar os recursos interpostos contra decisões emanadas dos Juizados Especiais (e ações autônomas de impugnação a essas decisões, como mandados de segurança e *habeas corpus*, conforme assente entendimento jurisprudencial).

As turmas recursais, no regular exercício de suas competências, evidentemente podem se deparar com a alegação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, bem como promover a aferição de compatibilidade desses atos estatais com a constituição de ofício, independentemente de qualquer provocação, assim como qualquer juízo tem o poder-dever de fazê-lo. Perguntamos: estariam essas turmas julgadoras condicionadas à manifestação de algum "plenário" ou "órgão especial" para declarar inconstitucionalidade?

A resposta mais óbvia, e que, na realidade, está em consonância com a jurisprudência do STF, advém da literalidade do art. 97 da Constituição: as turmas recursais não podem ser caracterizadas como tribunais. Em sendo assim, não há falar em aplicação de reserva de plenário. Aliás, sequer se poderia operacionalizar o cumprimento de semelhante exigência. As turmas recursais são colegiados isolados, compostos por juízes de primeiro grau, não se reunindo sob formação plenária.

Pela mesma razão, a propósito, não se admite a interposição de recurso especial contra as decisões das turmas recursais (entendimento cristalizado na Súmula nº 203 do STJ⁷⁴), vez que o art. 105 da CRFB⁷⁵ restringe expressamente o cabimento dessa espécie recursal às

⁷⁴ Súmula nº 203 do STJ: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

⁷⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

decisões de certos *tribunais* (diversamente do permissivo constitucional do recurso extraordinário⁷⁶, que abre a possibilidade de interposição contra qualquer decisão de única ou última instância, abarcando, assim, as turmas recursais).

Cotejando os precedentes do STF, observa-se aquela Corte refuta, sistematicamente, alegações de violação ao art. 97 por decisões proferidas pelas turmas recursais. Para tanto, invoca o fundamento de que a sistemática da reserva de plenário é incompatível com a organização conferida a esses órgãos colegiados recursais. Essa posição foi encampada, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 868.457/SC, relatado pelo Min. Teori Zavascki⁷⁷⁻⁷⁸, em que, ademais, assentou-se a ausência de repercussão geral da matéria por manifesta improcedência da alegação, com efeitos sobre os demais recursos extraordinários interpostos com idênticos argumentos.

A despeito de a não incidência do art. 97 às turmas recursais ser preconizada de forma praticamente unânime, o que é tecnicamente correto, não deixa de existir uma lacuna no sistema de controle difuso de constitucionalidade, que o constituinte quis temperar com a restrição do art. 97 da CRFB, de modo a tutelar a segurança jurídica e a presunção de constitucionalidade das leis. As turmas recursais, além de ostentarem o poder de declarar,

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁷⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário com Agravo nº 868.457/SC. Relator Min. Teori Zavascki. Julgamento de 16/04/2015. Publicado no Diário da Justiça em 27/04/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8298448>>. Acesso em 15/06/2015.

⁷⁸PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.

JUIZADOS ESPECIAIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO (ART. 97 DA CF/88).

ALEGAÇÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

EFEITOS FINANCEIROS RETROATIVOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE

REPERCUSSÃO GERAL. 1. O princípio da reserva de plenário não se aplica no âmbito dos juizados de

pequenas causas (art. 24, X, da Constituição Federal) e dos juizados especiais em geral (art. 98, I, da CF/88),

que, pela configuração atribuída pelo legislador, não funcionam, na esfera recursal, sob o regime de plenário ou

de órgão especial. 2. A manifesta improcedência da alegação de ofensa ao art. 97 da Carta Magna pela Turma

Recursal de Juizados Especiais demonstra a ausência da repercussão geral da matéria, ensejando a incidência do

art. 543-A do CPC. 3. É de natureza infraconstitucional a controvérsia relativa à legitimidade da retroação dos

efeitos financeiros da revisão de benefício previdenciário, nas hipóteses em que o segurado preencheu, na data

de entrada do requerimento administrativo, os requisitos para a concessão de prestação mais vantajosa. 4. É

cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria

constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE

584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/03/2009). 5. Ausência de repercussão geral das questões

suscitadas, nos termos do art. 543-A do CPC.

sozinhas, a inconstitucionalidade de lei, funcionam sob a inspiração de princípios próprios dos Juizados Especiais, como simplicidade e informalidade, o que permite que adotem algumas medidas "facilitadoras" de seus julgamentos, tais como dispensa do relatório e até mesmo de fundamentação própria em decisões confirmatórias de sentença (art. 46 da Lei nº 9.099/95).

Nesse contexto, mostra-se notavelmente pouco dificultoso às turmas recursais assentar a inconstitucionalidade da lei, o que vem em desprestígio de sua presunção de conformidade à constituição. Cumpre mencionar que os Juizados, atualmente, têm enfrentado questões que não apresentam a singeleza a qual originalmente se esperara para as causas que lhes seriam submetidas. Os Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública, inclusive, possuem competência absoluta, devendo apreciar as causas legalmente estipuladas independentemente de opção da parte autora, diversamente do ocorre nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.

Ademais, são ainda mais comuns nos Juizados Especiais as denominadas "ações de massas", entendidas como inúmeras ações individuais propostas sob idêntico fundamento, a clamar por uniformes decisões, inclusive no tocante à questão constitucional (frequentemente presente).

Com tais reflexões, aponta-se a conveniência de estender às turmas recursais mecanismo ao menos assemelhado à cláusula de reserva de plenário, mediante as indispensáveis alterações normativas nos planos constitucional, legal e/ou regimental, sem qualquer prejuízo à conclusão de que, em sua redação atual, revela-se inaplicável o art. 97 da CRFB.

6. Decisão que concede tutela de urgência

Por vezes, os órgãos jurisdicionais se veem na circunstância de apreciar pleitos que, ao menos pretensamente, visam a evitar o perecimento de direitos, e pugnam pela pronta concessão, por exemplo, de medidas cautelares ou de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Sem adentrar, ao menos neste trabalho, na tormentosa e interessante discussão travada entre os processualistas acerca das espécies de "tutelas de urgência" e seus elementos distintivos, cumpre-nos tratar, na presente oportunidade, da aplicabilidade ou não da cláusula

full bench para que, no âmbito dos tribunais, se profira decisão provisória com fundamento em inconstitucionalidade.

Em verdade, a decisão judicial que reputa fundada, plausível, a alegação de inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou outro ato normativo, para efeito de configuração do denominado *fumus boni iuris* (um dos requisitos que, em linhas gerais, precisa ser preenchido para que a tutela de urgência seja deferida), não manifesta um juízo de inconstitucionalidade, mas sim um mero juízo perfunctório, precário, sumário acerca de um possível conflito entre o ato impugnado e a constituição, apto a ensejar (acaso presentes no caso outras circunstâncias, notadamente o *periculum in mora*) a tutela pretendida pelo requerente em caráter cautelar ou antecipatório do provimento final.

Sem prejuízo do já exposto, entendemos que a exigência de um pronunciamento prévio do respectivo plenário ou órgão especial para que determinado tribunal conceda tutela de urgência vulneraria frontalmente o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva que, na visão de Daniel Mitidiero⁷⁹, assiste a qualquer cidadão. Ora, o *iter* procedimental a ser seguido para o art. 97 da Constituição tenha fiel e estrito cumprimento, nos termos em que já se teve a oportunidade de discorrer no presente trabalho, demanda, na prática, toda uma série de atos preparatórios por parte do tribunal, inclusive a inclusão do feito em pauta de julgamento, com respeito aos prazos regimentais de cada corte.

O Pretório Excelso, atento a tais questões de índole normativa e também pragmática, tem refutado alegações de afronta ao disposto no art. 97 da Constituição, por decisões monocráticas ou de órgão fracionário. No Agravo Regimental na Reclamação nº 10.864/AP, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia⁸⁰, por exemplo, assentou-se que a decisão proferida em sede cautelar prescinde da aplicação da cláusula de reserva de plenário. Naquela oportunidade, aduziu o STF que a declaração a que se refere o art. 97 da Constituição "é a que se dá em sede de decisão definitiva de mérito, e não em decisão cautelar na qual se analisa apenas a presença dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora para fins de seu deferimento". Registrou-se, ainda, a precariedade da decisão cautelar, pois ela a qualquer momento pode ser substituída pelo *decisum* definitivo emanado do órgão competente.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁸⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental na Reclamação nº 10.864/AP. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgamento de 24/03/2011. Publicado no Diário da Justiça em 13/04/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1092027>>. Acesso em 15/05/2015.

Na mesma linha, na apreciação da Petição nº 1.458/CE, o Ministro Celso de Mello⁸¹, exercitando a Presidência do STF, proferiu decisão na qual salientou que a cláusula de reserva de plenário restringe-se às hipóteses de declaração final de inconstitucionalidade. Nos termos do referido *decisum*, "o princípio da reserva de plenário não se aplica aos julgamentos colegiados que deferem medida cautelar em sede de controle normativo abstrato". Afirmou-se que "a regra inscrita no art. 97 da Constituição Federal possui um domínio temático de incidência normativa específica, restringindo-se unicamente, em sua aplicabilidade, às hipóteses de declaração final de inconstitucionalidade, quer em sede de controle incidental (modelo difuso), quer no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade (modelo concentrado)".

Desse modo, o Supremo apresenta firme e bem alicerçada jurisprudência no sentido de que não tem aplicação, na hipótese de decisão concessiva de tutela de urgência, a norma constitucional que prevê a cláusula de reserva de plenário.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão da Presidência na Petição nº 1.458/CE. Min. Celso de Mello. Julgamento de 26/02/1998. Publicado no Diário da Justiça em 04/03/1998. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+1458%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cge28qp>>. Acesso em 10/05/2015.

CAPÍTULO 2: HIPÓTESE EM QUE HÁ POSIÇÃO PACÍFICA PELA APLICABILIDADE

1. Declaração de inconstitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: aplicabilidade e viabilidade de suscitação de incidente de inconstitucionalidade naquela corte superior, assim como em qualquer outro tribunal

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é um dos tribunais superiores que compõem o quadro do Poder Judiciário brasileiro, previsto e regulado nos arts. 104 e 105 da Constituição. Como tribunal de superposição, recebeu por missão precípua assegurar a intangibilidade e a uniformidade da interpretação da legislação federal infraconstitucional, sendo que a medida recursal por meio da qual o STJ exercita essa atribuição, por excelência, é o recurso especial.

Daniel Mitidiero⁸² salienta a distinção em entre as cortes comuns de justiça e a corte superior, incumbida que é da uniformização da jurisprudência e do controle da legalidade das decisões proferidas pelas instâncias inferiores.

É corrente a afirmação de que o STJ dedica-se a questões infraconstitucionais, sendo que as constitucionais, em sede recursal excepcional, estariam a cargo do STF. Por essa razão, poderia soar estranho perquirir acerca da aplicabilidade da cláusula de reserva de plenário ao STJ, uma vez que a restrição diz respeito ao exercício do controle de constitucionalidade, tarefa alheia à missão principal daquela Corte.

Entretanto, em uma reflexão mais atenta, observa-se que são perfeitamente passíveis de ocorrência algumas situações em que o STJ vê-se, circunstancialmente, imbuído do encargo de proferir juízo de incompatibilidade de lei com a Constituição. Tais hipóteses ocorrem em razão da premissa segundo a qual o controle difuso de constitucionalidade deve ser exercido *ex officio* por qualquer juiz ou tribunal que depare com a questão constitucional como prejudicial à apreciação do pedido principal que lhe é apresentado.

Ora, mesmo não tendo sido suscitada por qualquer das partes, tampouco pelo tribunal de origem, ante a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, não pode ser o STJ

⁸² MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

obrigado a aplicá-lo, ao julgar recurso especial, se tiver convicção no sentido da contrariedade a dispositivo da Constituição. Nesse caso, poderá proclamar incidentalmente a inconstitucionalidade, deixando, então, de aplicá-la ao caso concreto. Para tanto, porém, submete-se regularmente ao art. 97 da Constituição, nos termos da iterativa jurisprudência do STF. Eis a hipótese em que a cláusula de reserva de plenário será aplicável ao STJ.

Luiz Guilherme Marinoni⁸³ explica, com precisão, que o Superior Tribunal de Justiça "não pode tratar da questão constitucional decidida pelo Tribunal Estadual ou Regional Federal. Porém, ao conhecer do recurso especial para tratar da validade da lei federal, o STJ pode deparar com questão de inconstitucionalidade ainda não ventilada pelas partes, mas de cuja solução dependa o julgamento do especial". Também anota que,

ainda que o juízo do STJ no recurso especial seja limitado e subordinado às hipóteses previstas no art. 105, III, da CF, não há como proibir a sua atuação de ofício quanto à inconstitucionalidade da lei. Como declarou o STF no AgRg no AgIn 145.589, "não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário, ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa."

Vale destacar que a atividade do STJ foi examinada, neste tópico, sob o ângulo da sua competência recursal especial, em que, como regra, não aprecia matéria constitucional, mas em que, excepcionalmente, se admite esse exame, como já foi tratado.

Nos casos de competência originária e recursal ordinária (arts. 105, I e II, da CRFB), com maior razão, poderá realizar, nos mesmos moldes adotados por qualquer outra corte, a fiscalização incidental de inconstitucionalidade, mediante provocação do respectivo plenário (ou, aliás, de seu órgão especial).

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 962.

CAPÍTULO 3: HIPÓTESES EM QUE EXISTE POLÊMICA

1. Declaração implícita de inconstitucionalidade: interpretação da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal

Embora o comando extraído do art. 97 da Constituição pareça, *prima facie*, bastante claro, a discussão a esse respeito tornou-se recorrente no Supremo Tribunal Federal, uma vez que muitos tribunais entendiam que, não declarando expressamente a inconstitucionalidade da lei, mas simplesmente deixando de aplicá-la ao caso concreto, estariam dispensados de suscitar incidente de inconstitucionalidade a ser apreciado pelo seu plenário ou órgão especial.

Semelhante entendimento, porém, restou reiteradamente refutado aquela Corte. Como ensina Celso de Mello⁸⁴, "equivale à própria declaração de inconstitucionalidade a decisão de Tribunal que, sem proclamá-la, explícita e formalmente, deixa de aplicar, afastando-lhe a incidência, determinado ato estatal subjacente à controvérsia jurídica, para resolvê-la sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional".

Entendendo haver significativa controvérsia jurisprudencial sobre o tema, mas firme entendimento resolvendo-a, o STF editou, com fundamento no art. 103-A da Constituição e na Lei nº 11.417/06, a Súmula Vinculante nº 10, de suma importância na compreensão do art. 97 da Constituição. O verbete, aprovado em 18/06/2008 e publicado em 27/06/2008, ostenta o seguinte teor:

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.

A referida súmula irradia efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, na forma do art. 103-A⁸⁵ da Constituição⁸⁶. Assim, à

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 472.897/PR. Relator Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento de 18/08/2007. Publicado no Diário da Justiça em 26/10/2007. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docI/D=491910>>. Acesso em 01/04/2015.

⁸⁵ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

parte que se julgar prejudicada por declaração de inconstitucionalidade proferida com ofensa ao art. 97, abre-se a excepcional via da reclamação constitucional para obter, diretamente do Supremo Tribunal Federal, a cassação da decisão recalcitrante, ofensiva à autoridade de pronunciamento emanado daquela Corte, sem prejuízo das demais vias de impugnação que se revelarem cabíveis contra a decisão do tribunal *a quo*, notadamente o recurso extraordinário fundado no art. 102, III, "a"⁸⁷, da Constituição, apontando vulneração de seu art. 97.

Poderíamos questionar acerca da pertinência da edição de verbete sumular que, a bem da verdade, limita-se a reafirmar o conteúdo do dispositivo constitucional. Entretanto, Luiz Guilherme Marinoni⁸⁸ discorre com maestria acerca de sua real relevância ao ponderar que

A Súmula Vinculante 10 poderia ser vista como mera sobreposição à norma do art. 97 da CF, que submete a declaração de inconstitucionalidade à reserva de plenário. Porém, na prática dos tribunais eram frequentes, antes da edição desta súmula, decisões que deixavam de aplicar o ato normativo, reputando-o inconstitucional, sem afirmá-lo expressamente. (...) A SV 10 evita o escamoteamento da declaração de inconstitucionalidade, ou melhor, o afastamento ou a mera não aplicação da lei sem que essa seja dita, expressamente, inconstitucional. Deseja-se inibir o órgão fracionário, ainda que consciente da sua falta de competência para decidir a questão constitucional, de imediatamente julgar o recurso, sem sobrestá-lo e enviar a questão constitucional à decisão do Plenário ou Órgão Especial.

Interessante observar que o teor da Súmula Vinculante nº 10 não se revela completo, uma vez que, considerada em termos estritos, reputa violadora do art. 97 da Constituição qualquer decisão de órgão fracionário que afaste a incidência de lei ou ato normativo. Ora, pode haver vários motivos para que se afaste a incidência de determinada lei sobre um caso concreto: este pode não se amoldar ao suporte fático abstratamente previsto na norma, as

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 327.

⁸⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...]

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 966.

regras de direito intertemporal ou de solução de conflito de leis podem determinar que certo ato normativo não rege certo caso, entre outras situações que podem ocorrer. Entretanto, tais casos não se expõem ao disposto no art. 97 da Constituição e na Súmula Vinculante nº 10. A decisão que a Súmula quis repelir é aquela, proferida por órgão meramente fracionário de tribunal, que, ainda que sem declará-lo explicitamente, afasta a incidência da lei com base em suposto conflito desta com a Constituição, ou, então, que simplesmente desconsidera o ato legal para solucionar o caso sob critérios alegadamente extraídos da ordem constitucional.

O STF perfilha esse entendimento acerca da sua própria súmula, como se extrai do aresto proferido na apreciação da Reclamação nº 6.944/DF, sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia⁸⁹. Em seu voto, que restou por conduzir o julgamento, a eminente magistrada, embora frisando os precedentes no sentido de que a declaração implícita de inconstitucionalidade não tem o condão de afastar a incidência do art. 97 da CRFB, concluiu que "a simples aplicação de uma dada norma jurídica ao caso não caracteriza, tão somente por si, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, é possível que dada norma não sirva para desate do quadro submetido ao crivo jurisdicional pura e simplesmente porque não há subsunção". A ementa do julgado elucida significativamente a questão em apreço:

RECLAMAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE N. 10. REVISÃO DE BENEFÍCIO. LEI N. 9.032/95. DECISÃO DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO CONFIGURADO O DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. *A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, apenas por isso, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.* 2. *Para caracterização da contrariedade à súmula vinculante n. 10, do Supremo Tribunal Federal, é necessário que a decisão fundamente-se na incompatibilidade entre a norma legal tomada como base dos argumentos expostos na ação e a Constituição.* 3. O Superior Tribunal de Justiça não declarou a inconstitucionalidade ou afastou a incidência dos arts. 273, § 2º, e 475-o, do Código de Processo Civil e do art. 115, da Lei n. 8.213/91, restringindo-se a considerá-los inaplicáveis ao caso. 4. Reclamação julgada improcedente.

Dessa forma, conclui-se que a jurisprudência do STF é firme no sentido de que somente será equiparada à declaração de inconstitucionalidade (para efeito de atração da incidência da reserva de plenário) a decisão que, ainda que sem declará-lo explícita e formalmente, recusar a aplicabilidade a ato normativo do Poder Público "sob alegação de

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Reclamação nº 6.944/DF. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgamento de 23/06/2010. Publicado no Diário da Justiça em 13/08/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613317>>. Acesso em 01/05/2015.

conflito com critérios resultantes do texto constitucional", e não a que o fizer com fulcro em outros fundamentos. É o que apontou precisamente o Ministro Celso de Mello em voto proferido no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 615.686/RS⁹⁰.

Cotejando os precedentes que foram expressamente indicados pelo STF como aqueles que teriam dado origem à edição da Súmula Vinculante nº 10, (quais sejam, o Recurso Extraordinário nº 482.090, o Recurso Extraordinário nº 240.096, o Recurso Extraordinário nº 544.246, o Recurso Extraordinário nº 319.181 e o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 472.897) verificamos que os arestos são uníssonos ao reputar declaratória de inconstitucionalidade a decisão que, ainda que de maneira implícita, afasta a incidência de norma pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. Tal entendimento repele a (outrora corriqueira) conduta de o tribunal simplesmente abster-se de aplicar certo ato normativo, em lugar de provocar o "difícil" incidente de inconstitucionalidade. A adoção da premissa jurídica assentada pelo STF resultou, nos casos concretos mencionados, na desconstituição dos acórdãos impugnados, para que outros fossem proferidos mediante observância, se fosse o caso, da cláusula *full bench*.

Examinando os debates⁹¹ que foram travados no Plenário do STF por ocasião da aprovação do verbete sumular dotado de ampla vinculatividade, constatamos ter sido externada pouca controvérsia entre os Ministros naquela oportunidade, cingindo-se os debates a questões eminentemente de redação da súmula. Diante da proposta inicial, que restou aprovada praticamente sem alterações, o Ministro Marco Aurélio ponderou, inicialmente, que também se poderia deixar de aplicar uma lei por outros fundamentos, como por ser "inadequada à espécie em termos de regência", sendo que o objeto da súmula diria respeito apenas à hipótese de afastamento de incidência da lei com o fito de aplicar a Constituição; ainda, mencionou Sua Excelência o caso de já haver decisão do STF sobre a questão controvertida no tribunal de origem, o que dispensaria a manifestação do plenário, e não foi contemplado expressamente na súmula. Todavia, referidas reflexões - as quais, aliás, a nosso juízo, procedem e poderiam ter enriquecido o teor do verbete - acabaram não resultando em

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 615.686/RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento de 18/09/2007. Publicado no Diário da Justiça em 30/11/2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=498266>>. Acesso em 02/05/2015.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debates de aprovação da Súmula Vinculante nº 10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf>. Acesso em 15/03/2015.

alterações na proposta, até mesmo porque o Ministro Marco Aurélio mencionou que "sendo esse o sentido (aquele por ele exposto), estou de pleno acordo", não tendo havido discussão aprofundado sobre os pontos pelos membros do Tribunal. A efetiva discussão entre os Ministros disse respeito, primordialmente, a utilização das expressões "norma" ou "lei ou ato normativo", tendo-se preferido esta, notadamente em homenagem à literalidade do texto constitucional, sem, porém, grande implicação prática, senão apenas terminológica.

De qualquer sorte, observamos que a denominada Súmula Vinculante nº 10 do STF veio a ligar-se umbilicalmente à norma contida no art. 97 da Constituição, sendo o verbete, no mais das vezes, trazido à colação no seio de discussões atinentes ao alcance da cláusula de reserva de plenário.

Feitas tais considerações, cumpre frisar, em arremate, que a controvérsia persistente à qual se fez alusão neste tópico não diz se respeito à incidência, em tese, da reserva de plenário às decisões que implicitamente reconhecem inconstitucionalidade (tal questão está resolvida pela Súmula Vinculante nº 10: há submissão à cláusula de reserva de plenário), mas sim à polêmica que reside em como delimitar, com precisão, nos casos concretos, quais decisões disfarçam um juízo de inconstitucionalidade e quais afastam, regularmente, a incidência de ato normativo sob outros fundamentos quaisquer.

2. Decisão que adota "interpretação conforme a constituição"

Questão que provoca grande controvérsia jurisprudencial e doutrinária, discutida com frequência na *praxis* dos tribunais, diz respeito à decisão de órgão julgador fracionário que confere à lei ou ato normativo "interpretação conforme a Constituição": estaria tal operação condicionada à prévia provocação do pronunciamento do tribunal pleno ou órgão especial?

Luiz Guilherme Marinoni⁹² refere que não se mostra tão clara a necessidade ou não de se observar a cláusula de reserva de plenário nas hipóteses de interpretação conforme à Constituição e de declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Nesse ponto, faz uma importantíssima distinção entre as acepções sob as quais pode ser encarado o termo

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 967.

"interpretação conforme a Constituição", quais sejam, como um parâmetro geral de interpretação de todo e qualquer ato infraconstitucional, ou, então, como uma técnica de controle de constitucionalidade, a qual acaba importando na eleição de uma determinada interpretação do texto normativo com o fito de repelir outras, notadamente as mais literais, que acarretassem lesão à ordem constitucional. Nas palavras do doutrinador, fazendo referência também aos ensinamentos de Canotilho,

A expressão 'interpretação conforme à Constituição' é utilizada pela literatura para descrever duas coisas: um princípio geral de interpretação e uma técnica específica de decisão judicial em sede de controle de constitucionalidade. No texto, utiliza-se a expressão no segundo sentido, não para expressar que a interpretação da lei deve ser feita de acordo com a Constituição. Veja-se, no entanto, como se expressa Canotilho: 'O princípio da interpretação conforme à Constituição é um princípio geral de interpretação que, no domínio específico da jurisdição constitucional, remonta ao velho princípio da jurisprudência americana, segundo a qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution* (...) O princípio da interpretação conforme à Constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe recurso a esta para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei' (Canotilho, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, p. 1225)⁹³

Acerca da referida diferenciação e da inaplicabilidade da reserva de plenário na hipótese de simples interpretação do texto legal, ainda que, como não poderia deixar de ser, à luz da ordem constitucional, já teve oportunidade de decidir o Pretório Excelso. No Agravo Regimental na Reclamação nº 14.185/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio⁹⁴, salientou-se a distinção entre "inconstitucionalidade *versus* interpretação" para se afirmar que não caracteriza declaração de inconstitucionalidade, e portanto não atrai a incidência do art. 97 da Constituição, a decisão simplesmente interpreta o ato normativo à luz dos preceitos constitucionais. Aduziu-se no referido julgamento que,

Estando o pronunciamento judicial baseado em simples interpretação de norma legal, descabe cogitar de enfrentamento de conflito desta com o texto constitucional e, assim, da adequação do Verbete Vinculante nº 10 da Súmula do Supremo. (...) Não houve declaração de inconstitucionalidade, mas extensão, mediante a via interpretativa, do preceito legal, revelando atuação no campo da interpretação das leis, presente a Constituição. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 184.093-5/SP, relator Ministro Moreira Alves, a Primeira Turma do Supremo assentou que a regra do artigo 97, cabeça, da Lei Maior não se aplica aos casos de utilização da

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 969.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental na Reclamação nº 14.185/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 23/05/2013. Publicado no Diário da Justiça em 12/06/2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3963457>>. Acesso em 27/05/2015.

referida técnica. Portanto, mostra-se imprópria a formalização desta medida com base no Verbete Vinculante nº 10 da Súmula do Tribunal.

À mesma linha de entendimento, filiou-se o aresto proferido no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 14.153⁹⁵, precedente em que se assentou que o "Verbetes Vinculante nº 10 da Súmula do Supremo não guarda pertinência quando o pronunciamento judicial formalizado está assentado em interpretação de norma legal e não em reconhecimento do conflito com a Carta da República".

Esclarecidas tais definições, devemos destacar que a interpretação conforme a Constituição de que doravante se tratará "não constitui método de interpretação, mas técnica de controle de constitucionalidade. Constitui técnica que impede a declaração de inconstitucionalidade da norma mediante a afirmação de que esta tem um sentido - ou uma interpretação - conforme à Constituição". Nesse particular, é de se mencionar "a semelhança entre as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto." De qualquer forma, o que caracteriza a interpretação conforme como técnica de controle de constitucionalidade é a exclusão da interpretação proposta e a imposição de outra, em consonância com a ordem constitucional⁹⁶.

Luiz Guilherme Marinoni⁹⁷ sustenta que, nos casos de interpretação conforme a constituição, reconhece-se a inconstitucionalidade da interpretação suscitada, mas se afirma que a norma pode ser interpretada de um forma constitucional, e portanto a competência para tal operação torna-se privativa do plenário ou do órgão especial. Preconiza o doutrinador, assim, que tanto a interpretação conforme a constituição quanto a declaração parcial de nulidade sem redução de texto são incumbências exclusivas daqueles órgãos.

Gilmar Mendes⁹⁸ trilha semelhante linha de pensamento. Ao tempo em que ressalta a importância do tema relacionado "à necessidade - ou não - de se observar a regra do art. 97 da Constituição no caso de não-aplicação de uma dada norma ou de não-adoção de determinada interpretação sem afetar a expressão literal (declaração de inconstitucionalidade

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental na Reclamação nº 14.153/RJ. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 12/05/2015. Publicado no Diário da Justiça em 28/05/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8576898>>. Acesso em 03/06/2015.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 968.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1120.

sem redução de texto)", manifesta explicitamente sua posição, ao assentar que "também nesse caso tem-se inequívoca declaração de inconstitucionalidade e, por isso, obrigatória se afigura a observância do disposto no art. 97 da Constituição Federal".

Por outro lado, Lênio Streck⁹⁹, em dissonância à opinião dos juristas antes referidos, defende a desnecessidade do solene julgamento *full bench* para realização de interpretação conforme e até mesmo para a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, ao aduzir que

Na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, também conhecida como decisão de inconstitucionalidade parcial qualitativa, não há expunção de texto ou parte do texto normativo, apenas havendo o afastamento de uma das incidências do texto. Entendo que a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto não demanda incidente de inconstitucionalidade, e, assim compreendido, uma declaração dessa jaez feita pelo STF em sede de controle difuso estaria dispensada de remessa ao Senado.

Não obstante, examinando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atinente à interpretação conforme a constituição e à eventual incidência da cláusula de reserva de plenário, verificamos que tal matéria raramente tem sido apreciada de maneira explícita, tendo sido localizados alguns arestos pouco contemporâneos, assinalando, aparentemente, a desnecessidade de provocação do plenário ou órgão especial nesse caso. Exemplos disso são o Recurso Extraordinário nº 460.971, julgado sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence¹⁰⁰ em 13/02/2007, e o Recurso Extraordinário nº 184.093, apreciado em 29/04/1997, tendo por relator o Ministro Moreira Alves¹⁰¹, precedentes que têm sido invocados por algumas cortes locais para afirmar que a adoção de “interpretação conforme a constituição” não se submete à reserva de plenário.

Contudo, examinando os acórdãos mencionados, não se vislumbrou, salvo melhor juízo, a expressa fixação dessa premissa jurídica; o que se afirmou em tais julgados foi que a “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”, ou seja,

⁹⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 378.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 460.971/RS. 1ª Turma. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento de 13/02/2007. Publicado no Diário da Justiça em 30/03/2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416344>>. Acesso em 18/06/2015.

¹⁰¹ *Idem*. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 184.093/SP. 1ª Turma. Relator Min. Moreira Alves. Julgamento de 29/04/1997. Publicado no Diário da Justiça em 05/09/1997. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=227732>>. Acesso em 18/06/2015.

possivelmente tratar-se-ia, ao menos da dicção dos acórdãos, de casos de mera interpretação da lei, sem a aplicação propriamente de uma técnica de controle de constitucionalidade, como a “interpretação conforme à Constituição” logrou consagrar-se.

Diante do panorama traçado, parece-nos ser prevalente, bem como mais adequada, sem prejuízo de quaisquer críticas pertinentes, a posição segundo a qual uma decisão que confere à lei “interpretação conforme s constituição”, sempre que importar uma redução do alcance normativo originalmente pretendido pelo texto legal (caracterizando, assim, a aplicação de uma técnica de controle de constitucionalidade), insere-se, inequivocamente, no conceito de declaração de inconstitucionalidade a que alude o art. 97 da Constituição. Portanto, é impositiva, em tal situação, a provocação do órgão plenário ou especial da corte competente, ressalvadas, todavia, as hipóteses legais de dispensa do incidente (já existência de precedente do órgão competente sobre a questão).

Não obstante, reconhecemos que é tormentoso realizar a precisa identificação das situações que importam a aludida declaração parcial de inconstitucionalidade, e, aliás, é precisamente por tal motivo que o assunto frequentemente vem à tona nos julgamentos.

3. Declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário do próprio Supremo Tribunal Federal

Se, de um lado, revela-se inequívoca a incidência da cláusula *full bench* aos tribunais em geral, discutindo-se apenas o exato alcance da exigência, por outro, controvertida se mostra a aplicabilidade da reserva de plenário ao Supremo Tribunal Federal.

A despeito de sua composição diminuta em termos quantitativos (apenas onze julgadores o integram, por força do art. 101 da Constituição de 1988), o STF entendeu por bem subdividir-se em duas turmas (cada qual contando com cinco Ministros, excluído o Presidente da Corte), para efeito de racionalização de seus trabalhos. Funcionando paralelamente ao plenário, as duas turmas têm sua competência delimitada pelo Regimento Interno do Tribunal (RISTF). A competência das turmas abrange, inclusive, processar e julgar o recurso extraordinário (art. 9º, III, RISTF), instrumento processual que viabiliza o exercício do controle incidental de constitucionalidade por aquela Corte.

Uma vez constatado que o STF funciona não apenas em sessões plenárias, mas também sob composições fracionárias, torna-se pertinente perquirir, então, quanto à possibilidade de as suas turmas declararem, no exercício de competência própria, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público.

No âmbito do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, a questão não se reveste de maior importância, pois apenas o Plenário do STF aprecia as ações de controle concentrado (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação de descumprimento de preceito fundamental), por força do disposto nos arts. 9º e 22 da Lei nº 9.868/99, assim como no art. 5º, VII, do RISTF. Já no âmbito do controle difuso/incidental de normas, porém, cujas discussões podem ser levadas àquela Corte, precipuamente, pela via do recurso extraordinário (art. 103, III, CRFB), há a possibilidade de o julgamento tocar às turmas julgadoras, com fulcro em expressa previsão regimental (art. 9º, III, do RISTF). Desse modo, ostenta significativa pertinência a discussão atinente à aplicabilidade da reserva de plenário ao STF no âmbito do controle difuso.

O art. 97 da CRFB menciona "os tribunais", irrestritamente, como destinatários da norma que veicula, de modo que uma interpretação literal do dispositivo constitucional conduziria à conclusão de que a reserva de plenário deveria ser observada, inclusive, pela mais alta Corte judiciária nacional.

Perfilhando tais fundamentos, Pedro Lenza¹⁰², por exemplo, entende que a decisão turmária declaratória de inconstitucionalidade, ainda que emanada do STF, vulnera o art. 97 da Constituição.

No entanto, semelhante entendimento parece não ser acolhido pelo próprio STF, o qual, a bem da verdade, ao fim e ao cabo, ostenta o poder de proferir a última palavra sobre as discussões submetidas ao crivo do Poder Judiciário nacional, inclusive as atinentes à sua própria competência.

A posição pela não aplicação da reserva de plenário pode ser explicada pela circunstância de que o controle de constitucionalidade, diversamente do que sucede com os outros tribunais, é uma atribuição precípua para o Supremo, ou seja, trata-se de uma atividade, por assim dizer, "ordinária", corriqueira, razão pela qual poderia ser atribuída às suas

¹⁰² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272.

respectivas Turmas, as quais se prenunciam em nome do STF. Nesse sentido, afirma-se que o STF não se amoldaria ao conceito de "tribunal" a que faz alusão o art. 97 da CRFB, o que afastaria a incidência da norma contida no referido dispositivo constitucional¹⁰³.

Em consulta à jurisprudência do STF, constatamos que, em que pese não haja uma linha firme de decisões afirmando a inaplicabilidade da reserva de plenário à Corte Suprema, há sim alguns julgados nesse sentido, a exemplo dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 361.829/RJ, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie¹⁰⁴⁻¹⁰⁵. Na ocasião, aduziu-se que "o encaminhamento de recurso extraordinário ao Plenário do STF é procedimento que depende da apreciação, pela Turma, da existência das hipóteses regimentais previstas e não, simplesmente, de requerimento da parte", bem como, e mais importante, que "o STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal."

Não obstante, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, além de não albergado pela liberalidade do texto constitucional, tampouco encontra ressonância, a nosso juízo, no Regimento Interno daquele Corte (embora algumas decisões, como a que colacionamos, façam uma leitura do regimento que redunde na desnecessidade de observância da reserva de plenário). De efeito, os arts. 176 a 178 do vigente Regimento têm a seguinte redação:

¹⁰³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 361.829/RJ. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento de 02/03/2010. Publicado no Diário da Justiça em 19/03/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609543>>. Acesso em 16/06/2015.

¹⁰⁵ DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. LEI COMPLEMENTAR 56/87. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. CARÁTER TAXATIVO. SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL. EXCLUSÃO. HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPRIMENTO DE OMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE EFEITO MODIFICATIVO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA IMPUGNAÇÃO. NÃO-VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ENCAMINHAMENTO AO PLENÁRIO. COMPETÊNCIA DA TURMA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO STF. VIOLAÇÃO À RESERVA DE PLENÁRIO. AUSÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a lista de serviços anexa à Lei Complementar 56/87 é taxativa, consolidando sua jurisprudência no sentido de excluir da tributação do ISS determinados serviços praticados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, não se tratando, no caso, de isenção heterônoma do tributo municipal. 2. Não há falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez inexistente o caráter infringente de anterior acórdão embargado, mas, apenas, o aspecto supletivo processualmente previsto. 3. O encaminhamento de recurso extraordinário ao Plenário do STF é procedimento que depende da apreciação, pela Turma, da existência das hipóteses regimentais previstas e não, simplesmente, de requerimento da parte. 4. O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal. 5. Embargos de declaração rejeitados.

Art. 176. Arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 1º **Feita a arguição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário**, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 2º **De igual modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência.**

Art. 177. O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa.

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII2, da Constituição.

Ao menos uma interpretação superficial dos dispositivos colacionados leva a crer que o Regimento preconiza o respeito à reserva de plenário pelo STF, pois, deparando-se as turmas com arguição de inconstitucionalidade que reputarem relevante, deveriam remeter a decisão ao plenário, à semelhança do que ocorre nos outros tribunais pátrios. Haveria apenas algumas peculiaridades procedimentais, como a não lavratura de acórdão pela turma e a não suscitação de incidente de inconstitucionalidade, mas a simples afetação da causa ao plenário, que então apreciaria a questão prejudicial de inconstitucionalidade e também decidiria o caso concreto.

Nesse sentido (pela aplicabilidade da reserva de plenário ao Supremo Tribunal Federal, apenas com peculiaridades procedimentais) acena Luís Roberto Barroso¹⁰⁶, ao aduzir que

a regra da reserva de plenário aplica-se também ao Supremo Tribunal Federal, seja em controle principal ou incidental. O incidente de inconstitucionalidade perante a Corte, no entanto, não segue o procedimento do CPC, mas sim o do Regimento Interno do STF (art. 176 a 178). A submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário, a ser feita por qualquer das duas turmas, independe de acórdão, devendo apenas ser previamente ouvido o Procurador-Geral da República. Após decidir a questão prejudicial de inconstitucionalidade, com o quorum constitucional de maioria absoluta, far-se-á a comunicação à autoridade ou órgão interessado e, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os fins do art. 52, X.

A propósito das disposições regimentais da Suprema Corte, digno de nota que o RISTF data de 15/10/1980 e foi publicado em 27/10/1980, ou seja, anteriormente à promulgação da Constituição cidadã de 1988, sendo notório que muitos dos dispositivos

¹⁰⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143-144.

regimentais, em que pese formalmente preservem a redação original, não devem ser observados, por conflitar com a superveniente ordem constitucional, a qual, nesse caso, não os teria recepcionado. Assim, a prosperar o entendimento do STF acerca do art. 97 da Constituição, as normas regimentais teriam sido revogadas nos pontos em que desconformes a essa leitura, de modo que, ao menos no plano normativo, não haveria qualquer imprecisão técnica nessa posição.

Nesse ponto, convém lembrar também o entendimento do STF acerca da recepção de seu próprio Regimento Interno com *status* de lei pela nova ordem constitucional, manifestado paradigmaticamente no julgamento da Ação Penal nº 470 ("*Mensalão*"), quando ficou assentada a persistência do recurso de embargos infringentes no âmbito da Corte, com fulcro apenas no respectivo Regimento Interno. Tal posição sobre o *status* de certas normas regimentais foi reafirmada na apreciação do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 587.331/RS, de foi relator o Ministro Celso de Mello¹⁰⁷⁻¹⁰⁸; na oportunidade, salientou-se a competência outorgada pela Constituição de 1969 ao STF para dispor sobre matéria processual, resultando na edição do Regimento Interno da Corte, posteriormente recepcionado pela Constituição de 1988. Ainda assim, a eventual afirmação da hierarquia legal da certas previsões regimentais pré-constitucionais não é suficiente para infirmar a incidência de norma de índole constitucional (como é a previsão do art. 97 da Carta Magna), sendo assim apenas reforço argumentativo, inapto a excepcionar o

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 587.331/RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento de 07/05/2015. Publicado no Diário da Justiça em 03/06/2015. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8617173>>. Acesso em 10/06/2015.

¹⁰⁸ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – DESCUMPRIMENTO, PELA PARTE EMBARGANTE, DO DEVER PROCESSUAL DE DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DETERMINADO NO ART. 331 DO RISTF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COMPETÊNCIA NORMATIVA PRIMÁRIA (CF/69, ART. 119, § 3º, “c”) – POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL, SOB A ÉGIDE DA CARTA FEDERAL DE 1969, DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DISPOR, EM SEDE REGIMENTAL, SOBRE NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL – RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DE TAIS PRECEITOS REGIMENTAIS COM FORÇA E EFICÁCIA DE LEI (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278) – PLENA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 331 DO RISTF – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência – ou de não conhecimento destes, quando já admitidos – deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, “c”), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331).

dispositivo constitucional, o que demanda recurso a outros fundamentos, notadamente àqueles alusivos à missão precípua do STF para distingui-lo dos demais tribunais nacionais.

Interessante argumento histórico que pode vir a contribuir com a discussão ora apresentada é extraído da Constituição de 1934, a qual introduziu a reserva de plenário no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Constou explicitamente do referido texto que a criação de Turmas no âmbito do STF não viria em prejuízo da aplicação da cláusula *full bench*. Chega-se a essa conclusão mediante a simples interpretação combinada dos arts. 73 e 179 da Constituição de 1934, a seguir reproduzidos:

Art. 73 - A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros.

[...]

§ 2º - Também, sob proposta da Corte Suprema, **poderá a lei dividi-la em Câmaras ou Turmas**, e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o Tribunal Pleno, **respeitado o que dispõe o art. 179**.

[...]

Art. 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. (grifo nosso)

Gilmar Mendes¹⁰⁹ ressalta que "o art. 86 do Regimento (Interno do STF de 1940) previa que, se a arguição de inconstitucionalidade ocorresse perante qualquer das Turmas, competia ao Tribunal Pleno julgar a prejudicial da lei ou ato impugnado". Já o Regimento do STF vigente consagra regra semelhante em seu art. 176. Embora sem se posicionar explicitamente sobre o cabimento ou não do art. 97 ao STF, ele refere que "nos processos de competência das Turmas, dar-se-á a remessa do feito ao julgamento do Plenário, em caso de relevante arguição de inconstitucionalidade (RISTF, art. 176, §1º, c/c o art. 6º, II, a)", do que se depreende que o autor entende necessária a provocação do plenário nessas hipóteses, na mesma linha de pensamento manifestada por Luís Roberto Barroso, já referida anteriormente.

Devemos reconhecer, apesar do disposto na Constituição que foi pioneira ao inserir a cláusula de reserva de plenário em nosso sistema, bem como no RISTF editado à época, que, além de as Constituições posteriores não terem reproduzido a mesma fórmula daquela editada em 1934, o perfil institucional do STF também sofreu notável mutação, por força da sucessão de diplomas constitucionais, que o vêm aproximando da figura de Tribunal Constitucional e afastando-o progressivamente do trato das questões infraconstitucionais que outrora lhe tocava apreciar. Tal fenômeno pode servir de amparo à leitura feita pelo STF no sentido de

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1124-1125.

não lhe ser aplicável o art. 97 da CRFB, em razão de seu papel e configuração distintos de todos os demais tribunais do país. Nessa linha, Daniel Mitidiero¹¹⁰ assenta o papel das Cortes Superiores e Cortes Supremas como tribunais de precedentes, de tal modo que não têm por missão principal a realização da justiça num dado caso concreto.

De qualquer sorte, a solução da questão posta neste tópico passa pela interpretação do termo "tribunais" no art. 97 da Constituição de 1988. *Data maxima venia*, e salvo melhor juízo, não vislumbramos fundamento apto à conclusão que o STF não esteja inserido nessa expressão, embora se deva frisar que não há consenso na comunidade jurídica nacional a esse respeito.

Importa destacar, por fim, que, se é legalmente exigível do STF o julgamento plenário para a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado/abstrato, não há razão para dispensar a aplicação do art. 97 no controle difuso/incidental, notadamente porque é crescente a tendência ao reconhecimento de eficácia expansiva e até mesmo caráter vinculante às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Esse fenômeno pode ser denominado de "abstrativização/objetivação do controle difuso". A teoria, embora pareça ainda não encontrar acolhida pela maioria da comunidade jurídica nacional, tem ganhado força e é defendida, entre outros, por Gilmar Mendes (para quem a decisão proferida em controle incidental também é dotada de eficácia geral, tendo a Resolução do Senado Federal o papel de meramente dar publicidade ao decidido)¹¹¹.

¹¹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada, extrai-se a conclusão de que a cláusula de reserva de plenário, inscrita no art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve ser observada pelos tribunais sempre que se impuser um juízo de inconstitucionalidade a leis ou atos normativos do Poder Público, ainda que parcial, desde que, pela técnica de controle utilizada, haja uma restrição de seu alcance normativo para adequá-lo aos moldes traçados pela ordem constitucional. Dessa forma, é possível responder nos seguintes termos as indagações formuladas acerca de situações específicas em que se poderia discutir a sua aplicabilidade:

1. A cláusula *full bench* não incide quando o juízo ou tribunal reafirma a compatibilidade da lei com a ordem constitucional. Nessa hipótese, aliás, atua-se justamente em prestígio ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis que o art. 97 da Constituição pretende tutelar.

2. O art. 97 não veicula qualquer restrição ao exercício do controle de constitucionalidade pelos juízos singulares de primeiro grau, pois a reserva de plenário é uma exigência imposta especificamente aos tribunais. É da essência do sistema difuso a outorga de poder a qualquer juiz para, *incidenter tantum*, afastar a incidência de atos normativos atentatórios à constituição. Faz-se a ressalva do eventual déficit democrático dos juízes para desconsiderar um ato emanado do parlamento, apontado por alguns; porém, tal óbice não é acolhido pela jurisprudência nacional.

3. Não é necessário provocar a manifestação do plenário ou do órgão especial quando já houver decisão sobre a matéria constitucional discutida, proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo plenário/órgão especial do próprio tribunal, em atenção ao disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, que se legitima perante o art. 97 da Constituição, por meio de uma interpretação teleológica do dispositivo constitucional, construção levada a cabo pela jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

4. A emissão de um juízo de não recepção de leis e atos normativos editados sob a égide de constituições pretéritas prescinde de observância da reserva de plenário, pois não se trata de verdadeiro controle de constitucionalidade, mas de uma mera questão de direito intertemporal, na leitura do Supremo Tribunal Federal.

5. As turmas recursais dos Juizados Especiais podem declarar a inconstitucionalidade de atos normativos, sem observância da cláusula de reserva de plenário, uma vez que não estão no âmbito de incidência da norma (não são tribunais) e essa exigência é incompatível com a sua organização e funcionamento.

6. A decisão que concede tutela de urgência não se amolda ao disposto no art. 97 da vigente Constituição, porque os juízos fundados em cognição sumária não declaram inconstitucionalidade; quando muito, apenas põem em dúvida a legitimidade constitucional do ato normativo, o que caracteriza uma situação diversa. Além disso, a efetividade de tais decisões restaria completamente esvaziada se dependessem de um pronunciamento prévio do plenário ou órgão especial do tribunal competente.

7. O Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos demais tribunais, pode, em sede recursal especial, promover o controle incidental de constitucionalidade de leis, embora apenas quando tal questão não tiver sido ventilada na decisão recorrida e tampouco for objeto do recurso. Quando tal controle importar em declaração de inconstitucionalidade, imprescindível será a provocação de seu órgão especial, mediante suscitação do pertinente incidente.

8. A incidência da cláusula de reserva de plenário não é elidida pela simples circunstância de a declaração de inconstitucionalidade ser realizada de maneira implícita na decisão do órgão fracionário de tribunal. É o que preconiza a Súmula Vinculante nº 10 editada pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, revelou-se bastante difícil distinguir duas situações: quando se afasta a incidência de lei ou ato normativo sob fundamento de inconstitucionalidade (vale dizer, quando se afasta a incidência da lei para decidir o caso concreto sob outros critérios alegadamente extraídos da Constituição, caso em que se vulnera o art. 97), e quando não se aplica a lei por razões diversas (ou seja, não há subsunção do fato à norma, ou as normas de direito intertemporal assim dispõem, ou, ainda, uma interpretação do texto realizada unicamente no plano infraconstitucional conduz a essa conclusão, hipóteses nas quais a reserva de plenário não se impõe). Essa diferenciação quanto ao fundamento utilizado para repelir a lei do julgamento é que, a nosso juízo, constitui o ponto nevrálgico para definir a aplicabilidade ou não do entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante nº 10. Os critérios para tal distinção têm sido objeto de controversa e gradual maturação no seio do Supremo Tribunal Federal.

9. A interpretação conforme a constituição pode ser entendida sob duas acepções principais. A primeira, como uma técnica de interpretação que serve de parâmetro geral ao entendimento de todo e qualquer ato normativo infraconstitucional. A segunda, como uma técnica de controle de inconstitucionalidade, por meio da qual se elege uma determinada acepção extraível do texto legal, em detrimento de outras interpretações, geralmente mais literais, para evitar a imposição de um juízo de total inconstitucionalidade ao dispositivo normativo. A primeira hipótese mencionada é imanente à atuação do intérprete jurídico e não atrai a incidência da reserva de plenário. Já a segunda traduz inequívoco exercício de controle de constitucionalidade e um juízo de incompatibilidade do ato com a constituição, ainda que parcial e sem que se promova uma "redução do texto" legal, tornando, assim, impositivo o cumprimento da exigência de reserva de plenário. Novamente, a dificuldade reside em diferenciar ambas as hipóteses; para tanto, concluímos que deve ser verificado se houve ou não uma redução do alcance normativo originalmente pretendido pelo texto, para fazê-lo adequado à constituição; se isso acontecer, estaremos diante da segunda acepção apresentada.

10. A aplicabilidade do art. 97 da Constituição aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal é questão sobre a qual não se vislumbrou qualquer consenso. Após o exame dos diferentes argumentos esposados sobre o tema, entendemos que o dispositivo constitucional, referindo-se aos tribunais em geral, não excepciona aquela Corte, posição que está em consonância com o Regimento Interno do STF e é perfilhada por boa parte da doutrina. No entanto, algumas decisões do próprio Supremo afirmam, fundamentadamente, que a ele não se aplica a restrição do *full bench*, pois, como Guardião da Constituição, ostentaria uma condição diferenciada das cortes comuns, de tal forma que suas turmas, manifestando-se em nome do Tribunal, poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo sem necessidade de respaldo em manifestação do plenário.

Verificamos, em suma, que a pretensamente singela cláusula de reserva de plenário foi, como de fato permanece sendo, objeto de ricas discussões, muitas das quais ainda em aberto, esperando-se ter, com este trabalho, trazido alguma modesta contribuição ao debate ora apresentado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Vânia Hack de. **A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 2007. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 16/03/2015.
- _____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 16/03/2015.
- _____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 16/03/2015.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 16/03/2015.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em 16/03/2015.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16/03/2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Debates de aprovação da Súmula Vinculante nº 10**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf>. Acesso em 15/03/2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 472.897/PR**. Relator Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento de 18/08/2007. Publicado no Diário da Justiça em 26/10/2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docI/D=491910>>. Acesso em 01/04/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Decisão do Min. Dias Toffoli na Reclamação nº 13.158/DF**. Julgamento de 08/08/2012. Publicado no Diário da Justiça em 15/08/2012.

Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rc1%24%2ESCLA%2E+E+13158%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/atryep>>. Acesso em 28/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 168.149/RS**. Relator Min. Marco Aurélio. 2ª Turma. Julgamento de

26/06/1995. Publicado no Diário da Justiça em 04/08/1995. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=279253>>. Acesso em 07/03/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02/DF**. Relator Min. Paulo Brossard. Julgamento de 06/02/1992. Publicado no Diário da

Justiça em 21/11/1997. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em 25/04/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 669.872/RS**. Relator Min. Luis Fux. Julgamento de 11/12/2012. Publicado

no Diário da Justiça em 14/02/2013. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3402829>>. Acesso em 28/04/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 861.439/RS**. Relator Min. Teori Zavascki. 2ª Turma. Julgamento de

03/02/2015. Publicado no Diário da Justiça em 23/02/2015. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7823735>>. Acesso em 30/04/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Recurso Extraordinário com Agravo nº 651.448/RJ**. Relatora Min. Rosa Weber. 1ª Turma. Julgamento de 03/03/2015. Publicado no

Diário da Justiça em 23/03/2015. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8057006>>. Acesso em 25/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.222/DF**. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento de 01/08/2014. Publicado no Diário da

Justiça em 02/09/2014. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6631759>>. Acesso em 27/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Recurso Extraordinário com Agravo nº 868.457/SC**. Relator Min. Teori Zavascki. Julgamento de 16/04/2015. Publicado no Diário da

Justiça em 27/04/2015. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8298448>>. Acesso em 15/06/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Agravo Regimental na Reclamação nº 10.864/AP**. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgamento de 24/03/2011. Publicado no Diário da Justiça em 13/04/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1092027>>. Acesso em 15/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Decisão da Presidência na Petição nº 1.458/CE. Min. Celso de Mello**. Julgamento de 26/02/1998. Publicado no Diário da Justiça em 04/03/1998. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+1458%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cge28qp>>. Acesso em 10/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Reclamação nº 6.944/DF. Relatora Min. Carmen Lúcia**. Julgamento de 23/06/2010. Publicado no Diário da Justiça em 13/08/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613317>>. Acesso em 01/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 615.686/RS**. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento de 18/09/2007. Publicado no Diário da Justiça em 30/11/2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=498266>>. Acesso em 02/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Agravo Regimental na Reclamação nº 14.185/SP**. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 23/05/2013. Publicado no Diário da Justiça em 12/06/2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3963457>>. Acesso em 27/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Agravo Regimental na Reclamação nº 14.153/RJ**. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 12/05/2015. Publicado no Diário da Justiça em 28/05/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8576898>>. Acesso em 03/06/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Recurso Extraordinário nº 460.971/RS**. 1ª Turma. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento de 13/02/2007. Publicado no Diário da Justiça em 30/03/2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416344>>. Acesso em 18/06/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Recurso Extraordinário nº 184.093/SP**. 1ª Turma. Relator Min. Moreira Alves. Julgamento de 29/04/1997. Publicado no Diário da Justiça em 05/09/1997. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=227732>>. Acesso em 18/06/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 361.829/RJ**. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento de 02/03/2010. Publicado no Diário da Justiça em 19/03/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609543>>. Acesso em 16/06/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 587.331/RS**. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento de 07/05/2015. Publicado no Diário da Justiça em 03/06/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8617173>>. Acesso em 10/06/2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

CAETANO, Marcello. **Direito constitucional**. vol. 2. São Paulo: Forense, 1978.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. **A Influência Estrangeira na Construção da Jurisdição Constitucional Brasileira**. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521908>. Acesso em 31/03/2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

LEAL, Saul Tourinho. **A polêmica do quórum nas decisões do STF**. Revista Consultor Jurídico, 2010. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-set-29/polemica-quorum-decisoes-supremo>>. Acesso em 04/06/2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

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

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.