

# INCIDENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS LEGAIS, JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIOS

Ana Maria de Almeida Ribeiro<sup>†</sup>

Sumário: Introdução. 1. Modelos de controle de constitucionalidade. 1.1. Controle concentrado. 1.2. Controle difuso. 1.3. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. O incidente de controle de constitucionalidade. 2.1 Objeto da arguição de inconstitucionalidade. 2.2 Legitimidade para a arguição. 2.3 Momento da arguição. 2.4 Obrigatoriedade da manifestação do Ministério Público. 2.5 Admissão ou inadmissão do incidente pelo órgão fracionário. 2.6 Competência para o julgamento da questão constitucional – a regra do *full bench*. 2.7 Procedimento junto ao Tribunal Pleno/Órgão Especial. 2.8 Julgamento e irrecorribilidade. 2.9 Força vinculante da decisão proferida. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO



controle judicial de constitucionalidade das leis ocupa papel de extremo relevo no cenário jurídico atual, reflexo da conjunção de inúmeros fatores. No Brasil, o Poder Judiciário é diuturnamente chamado a analisar a conformidade de leis e de atos normativos com as cartas políticas federal e estadual.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, quanto à competência para a análise das questões de conformação constitucional, caracteriza-se por congrega os dois mode-

---

<sup>†</sup> Especialista em Direito Público. Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada.

los jurisdicionais de controle conhecidos: o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Assim, qualquer juiz pode realizar o controle de constitucionalidade nas demandas que são levadas a seu conhecimento, afastando a aplicação da lei reputada inconstitucional ao caso concreto; contudo, apenas o Supremo Tribunal Federal (e, quanto à análise da conformidade das leis municipais com a Constituição Estadual, os Tribunais de Justiça estaduais) está autorizado a conhecer das ações voltadas a questionar a constitucionalidade de determinada lei em abstrato – ou seja, independentemente da existência de um caso concreto subjacente.

O presente artigo tem por finalidade analisar, exclusivamente, o incidente de controle de constitucionalidade disciplinado nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. Dito incidente, como se verá a seguir, tem lugar quando, no bojo de uma causa submetida à análise de um tribunal, surge questão de constitucionalidade a ser resolvida.

A exposição será dividida em duas partes: primeiramente, para melhor situar a questão, cumpre distinguir os modelos de controle de constitucionalidade e apontar o modo como este se dá no direito brasileiro, para, posteriormente, tratar especificamente sobre o incidente regulado pelo Código de Processo Civil.

## 1. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com classificação tradicional, dois são, no que concerne ao aspecto orgânico ou subjetivo, os modelos de controle de constitucionalidade: concentrado e difuso. Conforme observa Fernández Segado, foi Calamandrei, em sua obra *Instituições de Direito Processual Civil*, que, em caracterização conhecida, veio a conotar por uma série de binômios contrapostos os dois grandes sistemas de controle de constitu-

dade<sup>1</sup>, cujas principais características serão a seguir arroladas, ainda que de modo breve.

### 1.1. CONTROLE CONCENTRADO

Também conhecido como modelo austríaco, o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade concentrado foi concebido por Hans Kelsen por ocasião da redação da Constituição da Áustria de 1920. Dita carta política, sob a influência de Kelsen, previu a instituição de uma Corte Constitucional, dotada da exclusiva atribuição de controlar a constitucionalidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo<sup>2</sup>.

Ensina Cappelletti que a Constituição austríaca de 1920, além de criar um tribunal voltado exclusivamente ao conhecimento de questões de constitucionalidade, “confiou a esta Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de um pedido especial (‘Antrag’), isto é, do exercício de uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos”<sup>3</sup>, daí decorrendo, de consequência, a desvinculação do controle de constitucionalidade de um caso concreto.

---

<sup>1</sup> Cf. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad “Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>. Acesso em: 20 set. 2011, p. 22.

<sup>2</sup> Como ensina Cappelletti, ‘Analogamente, o sistema ‘concentrado’ poderia também ser designado como o tipo “austríaco” de controle. De fato, o arquétipo foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (chamada *oktoberverfassung*), redigida com base em um projeto elaborado, a pedido do governo, pelo Mestre da “escola jurídica de Viena”, Hans Kelsen, e posta de novo em vigor na Áustria, no último pós-guerra, no texto da Emenda de 1929, que tinha sofrido notáveis modificações exatamente em matéria de justiça constitucional”. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 68.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 104.

Posteriormente, contudo, a reforma constitucional de 1929 possibilitou que a parte em uma causa deduzida ante o Tribunal Supremo ou o Tribunal de Justiça Administrativa suscitasse o problema da constitucionalidade de uma lei aplicável ao caso concreto; nesse caso, o Tribunal Supremo ou o Tribunal de Justiça Administrativa deveria analisar a questão e decidir por levá-la ou não ao conhecimento do Tribunal Constitucional<sup>4</sup>. Como salienta Fernández Segado, antes de remeter a questão ao Tribunal Constitucional, tais órgãos “deveriam logicamente levar a cabo um primeiro juízo de constitucionalidade para sustentar sua decisão final”.<sup>5</sup> Assim, mitigou-se a desvinculação total do controle de constitucionalidade de um caso concreto.

De acordo com Fernández Segado, Calamandrei, na obra já referida, arrolou as seguintes características do sistema concentrado:

O sistema concentrado, além de ser exercido tão somente por “um único e especial órgão constitucional”, é caracterizado como “principal” (o controle se propõe como tema separado e principal da petição, questionando diretamente a legitimidade

---

<sup>4</sup> Tal instituto processual, de acordo com Fernández Segado, é conhecido na Itália como *pregiudizialità*, consistindo na “faculdade que em vários sistemas se concede aos órgãos jurisdicionais ordinários, não de decidir as questões constitucionais autonomamente, mas sim de elevar à decisão do Tribunal Constitucional normas supostamente violadoras da Constituição, que devam aplicar em uma *litis* concreta de que estejam conhecendo, situação que, como já indicamos, vige (pelo menos em relação aos órgãos jurisdicionais supremos) desde a *Verfassungsnovelle* austríaca de 1929”. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad “Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>. Acesso em: 20 set. 2011, p. 22.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad “Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>. Acesso em: 20 set. 2011, p. 22.

da lei em geral, sem esperar que se ofereça a ocasião de uma controvérsia especial), “geral” (a declaração de inconstitucionalidade conduz à invalidação da lei “erga omnes”, fazendo-a perder para sempre sua eficácia normativa geral) e “constitutivo”, (o pronunciamento de inconstitucionalidade opera como anulação ou eficácia *ex nunc*, que vale para o futuro mas respeita quanto ao passado a validade da norma inconstitucional ou ilegítima).<sup>6</sup>

No que diz respeito ao modo ou à forma pelo qual se concretiza, o controle de constitucionalidade pode ser classificado como incidental ou principal. O controle principal, caracterizado pela possibilidade de que “a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei”<sup>7</sup>, é associado ao sistema de controle concentrado, como se verifica dos traços caracterizadores formulados por Calamandrei.

Nesse sentido, salienta-se que o modelo de controle concentrado adota “ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade”<sup>8</sup>.

Outro traço marcante do sistema de controle de constitucionalidade concentrado refere-se aos efeitos da decisão prolatada. A declaração de inconstitucionalidade de determinada lei retroage, ou seja, possui efeitos *ex nunc*, com eficácia *erga*

---

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad “Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>. Acesso em: 20 set. 2011, p. 25.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.060.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.061.

*omnes*. Quanto ao ponto, Fernández Segado observa que tal questão não é assim tratada por outros sistemas, “como o alemão, italiano ou espanhol, em que o controle também se concentra em um Tribunal Constitucional”.<sup>9</sup>

Tais são, em síntese, as principais características do modelo concentrado de controle de constitucionalidade.

## 1.2. CONTROLE DIFUSO

O modelo difuso também é conhecido como modelo americano de controle de constitucionalidade. A esse respeito, ensina Cappelletti que

(...) não é de todo inexato (...) julgar que este sistema tenha sido posto em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos da América, de cujo ordenamento jurídico ele ainda agora constitui, como escreveu um constitucionalista daquele País, “the most unique and the most characteristic institution”.<sup>10</sup>

Dito modelo teve seus contornos explicitados pela Suprema Corte norte-americana na famosa decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, pelo *chief Justice* John Marshall. De acordo com Cappelletti, tal é o raciocínio que preside o modelo difuso:

(...)  
a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento;

---

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad “Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>. Acesso em: 20 set. 2011, p. 32.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 67/68.

uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente;

tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios “lex posterior derogat legi priori”, “lex specialis derogat legi generali”, etc;

mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério “lex superior derogat legi inferiori” – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja “rígida” e não “flexível”, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como França, sobre o regulamento, ou seja, na terminologia alemã, as *Gesetze* prevalecem sobre as *Verordnungen*.

Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja “relevante” uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, *deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda*.<sup>11</sup>

O modelo de controle difuso, partindo do raciocínio acima transcrito, “assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional”.<sup>12</sup> Ou seja, a tarefa de controlar a conformidade das leis com a Constituição não é atribuída, como no controle con-

---

<sup>11</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 75.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.062.

centrado, a uma corte especial; todo e qualquer juiz encontra-se autorizado a efetuar o controle de constitucionalidade nos casos levados a sua apreciação, deixando de aplicar, na hipótese concreta, norma que eventualmente repute inconstitucional.

Em razão da mencionada característica, o modelo difuso é associado à forma de controle incidental, em que “a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário”; acrescenta Gilmar Mendes que se pode, também, cogitar “de inconstitucionalidade pela via de exceção, uma vez que o objeto da ação não é o exame da constitucionalidade da lei”.<sup>13</sup>

Calamandrei, ao caracterizar os dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade, indicou a predominância dos seguintes traços no modelo de controle difuso, de acordo com a lição de Fernández Segado:

O sistema difuso era caracterizado como “inidental” (somente pode propô-lo em via prejudicial aquele que é parte de uma controvérsia concreta), “especial” (a declaração de inconstitucionalidade conduz tão somente a negar a aplicação da lei ao caso concreto) e “declarativo” (o pronunciamento de inconstitucionalidade opera como declaração de certeza retroativa de uma nulidade preexistente e, portanto, com efeitos *ex tunc*) e obviamente pressupõe que todos os órgãos jurisdicionais (da autoridade judicial, como diz Calamandrei) possam exercitá-lo.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.059.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad “Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>. Acesso



Assim, além de caracterizar-se pelo fato de ser franqueado a todos os juízes e de ser argüível no bojo de um caso concreto, no controle difuso os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são retroativos e circunscrevem-se, em princípio, ao caso concreto.

Diz-se em princípio porque nos Estados Unidos da América, por exemplo, berço do controle difuso de constitucionalidade, vige a regra do *stare decisis*, que determina a eficácia vinculante dos precedentes. Desse modo, se a Suprema Corte americana, ao analisar um caso concreto, declara a inconstitucionalidade de determinada norma, dito precedente vincula os demais juízes, podendo deixar de ser aplicado em determinadas circunstâncias especiais. Vê-se, pois, que a declaração de inconstitucionalidade, por força da regra do *stare decisis*, não se restringe ao caso concreto.

Resumidamente, são essas as principais notas caracterizadoras do modelo de controle difuso. A seguir, ver-se-á como se dá o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil.

### 1.3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O direito brasileiro adotou um modelo de controle de constitucionalidade misto, congregando o sistema de perfil difuso e o sistema de perfil concentrado. Vale salientar que não se trata de terceiro modelo de controle de constitucionalidade, mas, sim, de mera cumulação dos dois grandes sistemas, como se vê da descrição a seguir:

O sistema brasileiro é misto porque admite as duas formas de declaração: a) pelo método difuso incidental, qualquer juiz pode afastar, deixar de aplicar a lei que considera inconstitucional (o juiz não declara), e qualquer tribunal pode declará-la

pela maioria absoluta de seus membros como incidente no procedimento de recurso ou processo de competência originária; b) além dessa possibilidade, prevê a CF a declaração pelo STF em ação direta, proposta pelas entidades referidas no art. 103. A ação direta pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei federal ou estadual e pode ter finalidade interventiva (a de provocar a intervenção federal nos estados) ou genérica (simplesmente suprimir a validade da lei inconstitucional).<sup>15</sup>

A fim de bem situar a questão, cumpre, primeiramente, traçar um panorama histórico do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil.

Segundo ensina Hermes Zaneti Júnior,

Em 1891, na Constituição Republicana, o Brasil, como República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, recepcionou, como a grande parte dos países latino-americanos, e por influência direta de Rui Barbosa, o direito constitucional norte-americano. Ocorreu então uma revolução copernicana em nossas instituições jurídicas, que ainda hoje desenvolve suas potencialidades democratizantes. Entre tantas conseqüências, faz-se referência à Constituição escrita e rígida e à garantia da *judicial review* que dela naturalmente decorre no modelo norte-americano, ou seja, a garantia de adequação dos atos de poder e dos atos particulares ao que está preceituado no texto constitucional.<sup>16</sup>

A Constituição de 1891 previu, pela primeira vez, o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, franqueado

---

<sup>15</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 402.

<sup>16</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 11.

a todo e qualquer juiz, nos exatos moldes do modelo americano. Tal possibilidade foi mantida pela Constituição de 1934, que previu, ainda, a hipótese de extensão *erga omnes* da decretação de inconstitucionalidade pelo Senado Federal, além da regra do “*full bench*, determinando o julgamento pelo órgão especial (Tribunal Pleno) quando ocorresse o controle de constitucionalidade”<sup>17</sup>, disposição que, como se verá a seguir, constituiu pilar do incidente de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1937, por seu turno, manteve o controle de constitucionalidade, prevendo, contudo, “a possibilidade de a lei, após ser decretada inconstitucional pelo Tribunal, ser reapreciada nessa inconstitucionalidade pelo exame do parlamento, a pedido do Presidente, e no interesse do povo”.<sup>18</sup>

A Constituição de 1946 expurgou tal possibilidade, devolvendo ao Supremo Tribunal Federal a competência para efetuar o controle de constitucionalidade de forma integral; a Emenda Constitucional de 16/65 trouxe importante modificação: possibilitou o controle abstrato de constitucionalidade por representação do Procurador-Geral da República, recepcionando, assim, o modelo concentrado, ainda que de forma parcial, “porque nunca se chegou a desenvolver, por total falta de necessidade institucional, um tribunal constitucional como quarto poder, entre outras distinções importantes”.<sup>19</sup> A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 mantiveram o modelo de controle da Constituição de 1946.

A Constituição de 1988, por seu turno, traz em seu bojo, igualmente, ambos os modelos de controle de constitucionalidade – o difuso, exercido por todos os juízes e tribunais, “que podem e devem rejeitar a aplicação da norma violadora ou con-

---

<sup>17</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 36.

<sup>18</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 38.

<sup>19</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 41.

trária ao escopo da Constituição, no caso concreto”, e, também, o “sistema austríaco de controle concentrado, de competência privativa do Supremo Tribunal Federal (ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e de descumprimento de preceito fundamental)”.<sup>20</sup>

Cumpra salientar que a Carta Constitucional de 1988 ampliou o rol de legitimados para a propositura das ações voltadas à discussão da constitucionalidade das leis *in abstracto* (art. 103, CF).

O controle de constitucionalidade difuso, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial incidentalmente a um processo. A decisão, que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, afasta, tão somente, a incidência da norma viciada. Contudo, como destaca Marinoni, “quando esse reconhecimento se dê por órgão colegiado (tribunal), existe certo procedimento próprio que deve ser obedecido, em homenagem ao previsto no art. 97 da CF”<sup>21</sup>, que positivou a regra do *full bench*, originária do direito norteamericano, segundo a qual nos tribunais a declaração de inconstitucionalidade poderá ser pronunciada apenas pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial.

O Código de Processo Civil introduziu, nos arts. 480 a 482, breve disciplina do controle *incidenter tantum*, exercido por órgãos fracionários dos tribunais. É a respeito desse incidente de controle de constitucionalidade de que trataremos.

## 2. O INCIDENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

---

<sup>20</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 45.

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 609.

O incidente disciplinado nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil afigura-se cabível quando, no bojo de um caso concreto, é arguida a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo do poder público perante órgão fracionário de um tribunal. Dito instrumento consiste, segundo lição de Cássio Scarpinella Bueno, em “um *incidente* processual que impõe o *sobrestamento* do julgamento e o ‘destaque’ da questão sobre se determinada lei ou ato normativo é, ou não, constitucional, que deverá ser apreciada *independentemente da causa em julgamento*”.<sup>22</sup>

Os principais aspectos de tal incidente serão abaixo abordados.

## 2.1. OBJETO DA ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A arguição de inconstitucionalidade tem por objeto, na dicção do art. 480 do Código de Processo Civil, lei ou ato normativo do poder público. Em tais categorias enquadram-se, segundo Humberto Theodoro Júnior, “a lei ordinária, a lei complementar, a emenda à Constituição, as Constituições estaduais, a lei delegada, o decreto-lei, o decreto legislativo, a resolução, o decreto ou outro ato normativo baixado por qualquer órgão do poder público”.<sup>23</sup>

Destaca o iminente processualista que, para verificação do incidente, “não se distingue entre lei estadual, federal ou municipal. E o conflito também pode ser entre a lei local e a Constituição tanto do Estado como da União”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 382.

<sup>23</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 704.

<sup>24</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 704.

Trata-se de pressuposto objetivo de admissibilidade do controle incidental; como realça Gilmar Ferreira Mendes, “a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a arguição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público”.<sup>25</sup> Além disso, a lei ou o ato normativo há de ser relevante para o julgamento do feito, sob pena, igualmente, de rejeição da instauração do incidente.

Vale sublinhar, ainda, que a lei ou o ato normativo do poder público questionado por meio de tal incidente é cotejado com a Constituição vigente quando da sua edição; nesse sentido é a lição de Gilmar Ferreira Mendes, segundo a qual “de modo diverso do que se verifica com o controle abstrato de normas, que tem como parâmetro de controle a Constituição vigente, o controle incidental realiza-se em face da Constituição sob cujo império foi editada a lei ou ato normativo.”<sup>26</sup>

## 2.2. LEGITIMIDADE PARA A ARGUIÇÃO

Segundo a doutrina, têm legitimidade para argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público as partes, “inclusive os assistentes”, e o Ministério Público, “seja como parte, seja como *custus legis*”, podendo vir a ser suscitada, igualmente, *ex officio* “pelo relator, pelo revisor ou por outros juízes do órgão do tribunal encarregado do julgamento da causa principal”.<sup>27</sup>

Consoante refere Cássio Scarpinella Bueno, “a prévia oitiva do MP para a instauração do incidente imposta pelo art. 480 não se confunde com e não elimina a sua legitimidade pa-

---

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.134.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.141.

<sup>27</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 704/705.

ra, como parte ou como fiscal da lei que já atue no processo, requerer a sua instauração”.<sup>28</sup>

### 2.3. MOMENTO DA ARGÜIÇÃO DO INCIDENTE

O incidente de inconstitucionalidade tem lugar a qualquer tempo, visto que, “em se tratando de matéria de direito, não há preclusão do direito de provocar a apreciação da inconstitucionalidade”.<sup>29</sup> Há de se observar, contudo, que o incidente deve ser proposto, obviamente, “antes de concluído o julgamento do recurso (ou da ação originária) pelo colegiado”.<sup>30</sup>

Pode ser argüido nos autos “de qualquer processo sujeito a julgamento pelos tribunais: recursos, causas de competência originária ou casos de sujeição obrigatória ao duplo grau de jurisdição”.<sup>31</sup>

Quando realizada pelas partes ou pelo Ministério Público, “a arguição pode ser feita em petição que já consta dos autos, em razões de recurso, em contrarrazões, em sustentação oral por ocasião do julgamento ou por pedido expresso, manejado especificamente para essa finalidade”.<sup>32</sup>

Alerta Cássio Scarpinella Bueno, contudo, que é vedado às partes e ao Ministério Público “que o suscitem após o proferimento do voto do relator (STJ, MS 10.595/DF)”, ressaltando, no entanto, a possibilidade de o incidente vir a ser argüido por meio de embargos de declaração, entendendo pertinente tal via

---

<sup>28</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 383.

<sup>29</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 705.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 609/610.

<sup>31</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 705.

<sup>32</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 384.

“mesmo quando não houve, ainda, alegação de inconstitucionalidade da lei que fundamenta a decisão, visto que se trata de matéria de ordem pública, razão suficiente para entender aplicável à espécie o efeito translativo”.<sup>33</sup>

De ofício, os julgadores podem suscitar o incidente “como preliminar de seus votos na sessão de julgamento do feito”.<sup>34</sup> Salienta José Carlos Barbosa Moreira que, nessa hipótese, “a arguição será admissível desde o início do julgamento até o encerramento da votação, enquanto não anunciado pelo presidente o resultado desta”.<sup>35</sup>

## 2.4. OBRIGATORIEDADE DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O art. 480 do Código de Processo Civil prevê a oitiva do órgão do Ministério Público antes da instauração do incidente;

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, “salvo caso em que a provocação seja de sua própria iniciativa, o Ministério Público será sempre ouvido sobre a arguição de inconstitucionalidade, antes da decisão pela Turma ou Câmara, a que tocar o conhecimento do processo”.<sup>36</sup>

Assim, “quando suscitado no voto de algum juiz, na própria sessão, a decisão do incidente terá que ser adiada para cumprir-se o disposto no art. 480, que manda ouvir-se, previamente, o Ministério Público”.<sup>37</sup>

Cássio Scarpinella Bueno refere que “a participação do

---

<sup>33</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 384.

<sup>34</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 705.

<sup>35</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 178.

<sup>36</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 705.

<sup>37</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 705.



MP para a instauração do incidente é indispensável mesmo que ele não tenha funcionado como parte ou como fiscal da lei até então”, destacando que “a ausência de sua participação gera nulidade processual, nos termos do art. 84”.<sup>38</sup>

O mencionado doutrinador entende que prevalece, mesmo diante do novo parágrafo único do art. 481, a regra constante do art. 480 sobre a necessária e prévia manifestação do MP acerca da questão constitucional.<sup>39</sup>

## 2.5. ADMISSÃO OU INADMISSÃO DO INCIDENTE PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO

De acordo com os arts. 480 e 481, *caput*, do Código de Processo Civil, cabe ao órgão fracionário do tribunal (turma ou câmara) perante o qual se processa a causa analisar o cabimento do incidente.

Com efeito, a inconstitucionalidade é argüida, nos autos de um caso concreto em trâmite junto ao tribunal (seja recurso, seja ação originária), perante o órgão fracionário ao qual toca o julgamento da causa. Assim, cabe a tal órgão examinar a alegação: entendendo que a lei ou ato normativo do poder público tachado de inconstitucional não padece do vício apontado, rejeita-a; reputando existente a propalada inconstitucionalidade, acolhe-a, observando, então, o restante do procedimento estampado no art. 482 do Código de Processo Civil.

Ao órgão fracionário, pois, compete decidir sobre a admissão ou inadmissão do incidente.

Na dicção do art. 481 do Código de Processo Civil, “se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento”, hipótese em que o órgão fracionário poderá aplicar a lei hostilizada. Segundo ensina Gilmar Mendes, “o pronunciamento do órgão fracio-

---

<sup>38</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 383.

<sup>39</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 390.

nário, pela rejeição ou acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, é irrecurável”.<sup>40</sup>

O órgão fracionário pode rejeitar a arguição por inadmissível ou improcedente pelas seguintes razões:

- a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a arguição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público;

- a questão da inconstitucionalidade há de ser relevante para o julgamento da causa, afigurando-se “inadmissível a arguição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa”;

- a arguição será improcedente se o órgão fracionário, pela maioria de seus membros, rejeitar a alegação de desconformidade da lei com a norma constitucional.<sup>41</sup>

Se a arguição, do contrário, for acolhida – “não, é claro, no sentido de que o órgão haja declarado inconstitucional a lei ou o outro ato normativo, o que não lhe seria lícito fazer, mas no sentido de que a arguição será submetida ao tribunal pleno, ou ao ‘órgão especial’”<sup>42</sup> -, o julgamento do feito será suspenso, lavrando-se o acórdão e remetendo-se a questão ao Tribunal Pleno (ou ao órgão especial, onde houver), como dispõe o art. 481 do Código de Processo Civil.

José Carlos Barbosa Moreira observa que a arguição pode ser acolhida ou rejeitada integral ou parcialmente:

É óbvio que a arguição pode ser acolhida ou

---

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.135.

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.134/1.135.

<sup>42</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 179.

rejeitada quer *in totum*, quer parcialmente: nada obsta a que o órgão fracionário entenda incompatível com a Constituição apenas *uma* parte da lei ou do outro ato normativo objeto da argüição. Também pode ocorrer, se se argüiu a inconstitucionalidade de mais de uma lei ou de mais de um ato normativo, que o órgão fracionário a acolha em relação a alguma ou algumas das leis, ou a algum ou alguns dos atos, e a rejeite quanto ao mais. Só se terá por acolhida a argüição naquilo em que a seu favor se manifeste a maioria dos votantes, e unicamente nesses limites será a argüição submetida ao tribunal.<sup>43</sup>

Mister salientar, por fim, que a argüição “poderá ser por maioria simples”.<sup>44</sup>

## 2.6. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL – A REGRA DO *FULL BENCH*

O órgão fracionário, a quem compete o julgamento da causa e perante o qual é argüido o incidente de inconstitucionalidade, limita-se a, depois de ouvido o órgão ministerial, admitir ou não o processamento do incidente. Não possui ele, por força do art. 97 da Constituição Federal, competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, razão pela qual remete o julgamento da questão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, conforme determina a referida disposição constitucional.

O art. 97 da Constituição Federal dispõe que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar

<sup>43</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 179.

<sup>44</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1.135.

a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Trata-se de disposição que positivou, no direito brasileiro, a regra do *full bench*.

A regra do *full bench* constitui construção jurisprudencial norte-americana, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade deveria ser proferida pela maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal julgador. No Brasil, segundo José Levi Mello do Amaral Júnior, dita regra foi positivada pela Constituição de 1934, ao dispor que somente pelo voto da maioria absoluta da totalidade de seus juízes poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.<sup>45</sup>

Posteriormente, a Constituição de 1967, em razão do grande número de integrantes em certos tribunais, previu a possibilidade de criação de um órgão especial para “exercitar as competências do pleno, inclusive as de índole constitucional”.<sup>46</sup>

O órgão especial, mantido pela Constituição de 1988, pode ser constituído naqueles tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, sendo composto de no mínimo onze e no máximo vinte e cinco membros (art. 93, XI, CF). No Estado do Rio Grande do Sul, o regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado prevê a competência do órgão especial para o julgamento do incidente de inconstitucionalidade (art. 8º, V, “s”); no mesmo sentido é a previsão contida no art. 199 do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça.

Da regra do *full bench* decorre, portanto, a competência

---

<sup>45</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

<sup>46</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

exclusiva do pleno ou do órgão especial do tribunal para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público questionado no bojo de um caso concreto em trâmite (seja por via recursal, seja como ação originária) perante um de seus órgãos fracionários.

Se o órgão fracionário, confrontado com uma questão constitucional, reconhece a inconstitucionalidade da norma sem remeter o assunto ao tribunal pleno ou ao órgão especial, “o acórdão que reconheceu a inconstitucionalidade é nulo, por violação aos arts. 480-482 do CPC, salvo expressa previsão legal de dispensa (parágrafo único do art. 481)”.<sup>47</sup>

Cumprе salientar, por oportuno, que, entendendo o órgão fracionário que a norma questionada não padece da inconstitucionalidade apontada, pode prosseguir no julgamento do caso, não necessitando levar a questão ao tribunal pleno ou ao órgão especial. Isso porque o art. 97 da Constituição Federal não prevê a competência exclusiva do tribunal pleno ou do órgão especial para o reconhecimento da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, mas somente para a declaração de sua inconstitucionalidade. Como observa Humberto Theodoro Júnior, “esse órgão parcial não tem competência para declarar a inconstitucionalidade, mas pode perfeitamente reconhecer a constitucionalidade da norma impugnada e a irrelevância da arguição dos interessados”.<sup>48</sup>

Ademais, registra Cássio Scarpinella Bueno que “quando o Tribunal se limita a interpretar o dispositivo à luz da Constituição Federal, não há também espaço para instauração do incidente de inconstitucionalidade (STJ, Resp 915.309/RS)”, hipótese diversa daquela em que o órgão fracionário deixa de “aplicar a norma, reputando-a inconstitucional, sem, contudo,

---

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 487.

<sup>48</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 705.

declará-la formal, expressa ou fundamentadamente (STF, RE-AgR 463.278/RS)”.<sup>49</sup>

Partindo de tais pressupostos, quando o órgão fracionário utilizasse a técnica da interpretação conforme a Constituição, não haveria falar em inobservância do art. 97 da Constituição Federal e dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, já que “a interpretação conforme a Constituição, por definição, importa – ou deveria importar – na *improcedência* da argüição de inconstitucionalidade, seja incidental, seja direta.

De outro lado, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por implicar “efetiva censura de pelo menos uma hipótese de incidência do texto impugnado”<sup>50</sup>, o que significa a acolhida, pois, da argüição de inconstitucionalidade, requereria a observância do art. 97 da Constituição Federal.

Com a edição da Súmula Vinculante nº 10 pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afaste a sua incidência, no todo ou em parte”, colocou-se em dúvida se tais técnicas de controle de constitucionalidade devem ou não observar a regra do *full bench*. A esse respeito, assim manifestou-se Luiz Guilherme Marinoni:

(...) A interpretação conforme e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto afastam a incidência de *norma jurídica*. Nessa perspectiva não se submeteriam à cláusula de reserva de plenário. Porém, a razão de ser da Súmula

---

<sup>49</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 385.

<sup>50</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 101.

Vinculante 10 é evitar o escamoteamento da declaração de inconstitucionalidade, ou melhor, o afastamento ou a mera não aplicação da lei considerada – sem ser dita – inconstitucional, e não resguardar pronunciamentos – liberando-os da reserva de plenário – que agregam sentido constitucional ou excluem sentidos inconstitucionais. Ao contrário, se o objetivo da súmula é submeter a pronúncia de inconstitucionalidade de lei a quórum qualificado, não há razão para dispensar esta exigência quando se tem em conta interpretações ou normas jurídicas.<sup>51</sup>

Tendo em conta tal raciocínio, os órgãos fracionários de um tribunal que se utilizassem das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto estariam violando o art. 97 da Constituição.

## 2.7. PROCEDIMENTO JUNTO AO TRIBUNAL PLENO/ÓRGÃO ESPECIAL

Uma vez admitida, pelo órgão fracionário, a instauração do incidente de inconstitucionalidade, lavrando-se o acórdão exigido pelo art. 481 do Código de Processo Civil, o art. 482 determina que cópia sua seja enviada a todos os julgadores que compõem o tribunal pleno ou, se for o caso, o órgão especial. Ainda de acordo com o mesmo dispositivo, o Presidente do Tribunal designará data para julgamento do incidente.

Antes de a questão ser levada a julgamento, contudo, permite-se o contraditório. Conforme sublinham Marinoni e Mitidiero,

Porque plural a sociedade, o juízo a respeito da constitucionalidade dos atos normativos do po-

---

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 505.

der público deve ser precedido de amplo debate, sendo admitidos ao diálogo judiciário as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato, o Ministério Público, os legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, considerada a relevância da matéria, todos aqueles órgãos ou entidades representativos de setores sociais potencialmente atingidos pela decisão a ser tomada (*amicus curiae*).<sup>52</sup>

Circunstância que destaca a necessidade de permitir-se a oitiva de tais pessoas e entidades é o fato de que o parágrafo único do art. 481 prevê que é dispensável nova instauração do incidente quando houver prévia manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou do próprio Tribunal. Assim, o relator deve “permitir o ingresso e, mesmo de ofício, determinar a oitiva do maior número possível de pessoas, entidades ou órgãos que possam vir a ser afetados futuramente pelo precedente que está por ser estabelecido”<sup>53</sup>.

De acordo com Greco Filho, a diferença entre as entidades e pessoas referidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 482 reside no fato de que “as do § 1º poderão manifestar-se também oralmente, e as do § 2º somente por escrito”; acrescenta o doutrinador que os órgãos ou entidades a que se refere o parágrafo terceiro do citado artigo “têm sua intervenção em caráter facultativo, a critério do relator, que, em despacho irrecorrível, apreciará a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes ao ingresso”. Finaliza destacando que “as hipóteses de intervenção não se enquadram nas situações de intervenção de terceiros e, de fato, somente lei poderia criar essa possibili-

---

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 488.

<sup>53</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 391.



dade”.<sup>54</sup>

Depois de ouvidas as pessoas ou entidades interessadas, o tribunal pleno (ou seu órgão especial), na data designada, reunir-se-á, “analisando, primeiramente, o cabimento do incidente de inconstitucionalidade. Admitido, terá início seu julgamento”.<sup>55</sup>

## 2.8. JULGAMENTO E IRRECORRIBILIDADE

Reconhecido o cabimento do incidente pelo tribunal pleno ou órgão especial, passa-se ao exame da conformidade da lei ou do ato normativo questionado com a carta constitucional.

A análise realizada pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial limita-se à questão da constitucionalidade da lei ou ato normativo atacado; “o julgamento é puramente de direito, em torno da questão controvertida. Não há devolução da matéria de fato, nem de outras questões de direito não atingidas pela arguição da inconstitucionalidade”.<sup>56</sup>

O caso concreto, portanto, não é analisado pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial: o órgão competente para apreciar o incidente de inconstitucionalidade tão somente examina a questão da compatibilidade da lei ou ato normativo questionado com a Constituição e, posteriormente, o julgamento do caso concreto prossegue no órgão fracionário, que aplicará a orientação fixada pelo tribunal pleno ou órgão especial.

Como salienta José Carlos Barbosa Moreira, no incidente de inconstitucionalidade ocorre “cisão de competência do ponto de vista funcional. Ao plenário (ou ao ‘órgão especial’) in-

---

<sup>54</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 404.

<sup>55</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 610.

<sup>56</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 705.

cumbirá, se for o caso, resolver a questão de constitucionalidade, e ao órgão fracionário julgar, depois, à luz dessa decisão, a matéria restante”.<sup>57</sup>

Em verdade, pois, realiza-se o controle de constitucionalidade da lei *in abstracto*, visto que, embora o incidente tenha lugar no bojo de um caso concreto, a resolução da questão constitucional dá-se de forma separada e independente.<sup>58</sup>

Ressalte-se que “o Plenário somente pode pronunciar-se sobre o que, efetivamente, foi acolhido pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre questão julgada inadmissível ou rejeitada pela Turma ou Câmara”.<sup>59</sup> José Carlos Barbosa Moreira, a esse respeito, destaca:

(...) Dentro desses limites, contudo, é plena a cognição do tribunal, quer no exame da admissibilidade da arguição, que não fica precluso, quer, *de meritis*, no exame da constitucionalidade. Não está o plenário (ou o “órgão especial”) adstrito aos fundamentos indicados na arguição, isto é, a verificar a compatibilidade entre a lei ou o outro ato normativo e a determinada regra (ou as determinadas re-

---

<sup>57</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 176.

<sup>58</sup> Nesse sentido, José Levi Mello do Amaral Júnior leciona: “Mais do que uma espécie recursal *sui generis* – como pretende Pontes de Miranda –, a arguição de inconstitucionalidade dos arts. 480 a 482 do CPC é incidente processual ‘quase’ autônomo em relação ao feito que o originou. Sim, a procedência do incidente implica, na prática, a declaração de inconstitucionalidade em tese da lei ou do ato normativo questionado. A *uma*, porque a decisão não é tomada à luz do caso concreto: o pleno do tribunal aprecia somente a questão de direito relativa à constitucionalidade ou não da norma inquinada. A *duas*, porque a decisão plenária não se circunscreve aos autos do caso concreto em que foi suscitada, mas repercute, a teor do parágrafo único do art. 481 do CPC, sobre todos os demais feitos que envolvam a mesma *quaestio iuris* constitucional”. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1.135.

gras) da Constituição, com que o argüente afirma existir conflito. A argüição pode ter-se fundado na alegada incompatibilidade entre a lei ou o ato normativo e a regra *x*, e o tribunal declarar inconstitucional uma ou outro por incompatível com a regra *y*. Não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta *causa petendi*, até porque a argüição não constitui “pedido” em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, *ex officio*, pelos órgãos judiciais, na área em que lhes toque exercer atividade cognitiva.<sup>60</sup>

A regra do art. 97 da Constituição Federal dispõe que a inconstitucionalidade somente pode ser pronunciada pela maioria absoluta dos votos dos membros do tribunal pleno ou do órgão especial. Como visto, vários podem ser os fundamentos utilizados pelos componentes do tribunal pleno ou do órgão especial para a acolhida ou rejeição do incidente; assim, “para ter-se como declarada a inconstitucionalidade, é preciso que a maioria dos votantes a pronuncie no que tange, pelo menos, *a um mesmo* dos vários fundamentos”.<sup>61</sup>

Humberto Theodoro Júnior refere, ainda, que não é suficiente que a maioria dos membros do Tribunal participe do julgamento:

(...) Para o reconhecimento da inconstitucionalidade é indispensável que haja votos homogêneos em tal sentido proferidos por número de juízes superior à metade do total dos membros do tribunal, ou do órgão especial. Se o reconhecimento for apenas de maioria simples (isto é, maioria dos votantes, mas não do tribunal ou do órgão especial), a lei ou ato impugnado não será declarado inconsti-

---

<sup>60</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 180.

<sup>61</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 180.

tucional.<sup>62</sup>

José Carlos Barbosa Moreira sublinha que “quer na hipótese de ser vitoriosa (por maioria absoluta ou simples) a tese da constitucionalidade, quer na de ser vitoriosa, mas só por maioria simples, a tese da inconstitucionalidade, é idêntico o resultado prático”.<sup>63</sup>

Quanto à possibilidade de a decisão adotada pelo pleno ou pelo órgão especial ser atacada por meio de recurso, Cássio Scarpinella Bueno adverte que “a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no reconhecimento da irrecorribilidade do acórdão relativo ao enfrentamento da questão constitucional pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial”.<sup>64</sup>

Assim, recurso caberá tão somente em face da decisão do caso concreto adotada pelo órgão fracionário à luz do entendimento fixado pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial, “pois só com esse acórdão se completará o julgamento do recurso ou da causa, cindido em virtude do acolhimento da arguição”.<sup>65</sup>

A respeito do tema, vale transcrever as seguintes súmulas do Supremo Tribunal Federal:

**SÚMULA Nº 293 STF: SÃO INADMISSÍVEIS EMBARGOS INFRINGENTES CONTRA DECISÃO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL SUBMETIDA AO PLENÁRIO DOS TRIBUNAIS.**

**SÚMULA Nº 455 STF: DA DECISÃO QUE SE SEGUIR AO JULGAMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL PLENO, SÃO INADMISSÍVEIS EMBARGOS INFRIN-**

---

<sup>62</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 706.

<sup>63</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 181.

<sup>64</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 393.

<sup>65</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 181.

## GENTES QUANTO À MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

SÚMULA Nº 513 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.

As duas primeiras súmulas acima transcritas devem ser entendidas, segundo Cássio Scarpinella Bueno, “no sentido de que recorrível é sempre a decisão proferida pelo órgão fracionário que julga concretamente a causa, consoante estejam presentes os seus respectivos pressupostos”.<sup>66</sup> O autor destaca, ainda, que “eventual ação rescisória caberá do acórdão que aplica o resultado do julgamento do incidente ao caso concreto, e não da manifestação do tribunal pleno ou de seu órgão especial”.<sup>67</sup>

Por fim, vale anotar a possibilidade de interposição de embargos declaratórios, para fins de esclarecimento ou complementação, em face da decisão proferida pelo plenário ou órgão especial.

## 2.9. FORÇA VINCULANTE DA DECISÃO PROFERIDA

Julgada a questão constitucional pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial, “o acórdão respectivo deverá ser encaminhado para o órgão fracionário que o suscitou, que se limitará a aplicar a tese, tal qual decidida, ao caso concreto”.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 393/394.

<sup>67</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 394.

<sup>68</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol.

A decisão, contudo, não é vinculante apenas para o caso concreto em cujo bojo foi suscitado o incidente de inconstitucionalidade.

De fato, o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil dispõe que “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”. Trata-se de hipótese de dispensa de instauração do incidente, que denota a força vinculante da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade difuso pelos tribunais.

A respeito do tema, vale transcrever a seguinte lição:

Não obstante, a decisão tomada pelo tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão constitucional. Daí a importância de bem determinar a natureza das regras constitucionais e legais que regem a problemática em causa, em especial para que se compreenda o significado da decisão plenária relativamente ao caso concreto que a ensejou, bem como o seu impacto no dia-a-dia forense.<sup>69</sup>

Luiz Guilherme Marinoni alerta que “todas as Câmaras ou Turmas ficam obrigadas perante a decisão tomada pelo plenário ou pelo órgão especial”, bem como que “todos os juízos – inclusive os de 1º grau de jurisdição – subordinados ao Tribunal de Justiça ou Regional Federal ficam vinculados à decisão

---

5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 392.

<sup>69</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

tomada pelo plenário ou pelo órgão especial”.<sup>70</sup> O renomado jurista acrescenta:

Assim, uma vez decidida a questão constitucional no tribunal, as Câmaras ou Turmas não mais podem submeter argüição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial. Até porque estes estão proibidos de voltar a tratar da questão constitucional sem que presentes os requisitos hábeis a justificar a revogação de precedentes, como a transformação dos valores sociais ou da concepção geral do direito ou ainda erro manifesto. Aliás, é improvável que a decisão do tribunal, sem ter chegado à análise do Supremo Tribunal Federal, possa estar sujeita a tais condições.

Advirta-se que a alteração da composição do órgão julgador não é suficiente para a revogação do precedente. Da mesma forma, os fundamentos que foram – ou poderiam ter sido – levantados quando do julgamento não podem simplesmente voltar a ser discutidos. O rejuízo é viável apenas quando se tem consciência de que a manutenção do precedente constitui a eternização de um erro ou de uma injustiça, seja porque há equívoco grosseiro na decisão, seja porque a evolução da sociedade e do direito está a mostrar que a decisão primitiva não mais pode prevalecer.<sup>71</sup>

Há, contudo, quem entenda que a decisão proferida por ocasião da resolução de um incidente de inconstitucionalidade não possui força vinculante. Nesse sentido, Vicente Greco Filho sustenta que “a declaração vale apenas entre as partes”.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 508/509.

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 508/509.

<sup>72</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 20. ed. rev. e

Barbosa Moreira, no mesmo norte – e a despeito da redação conferida ao parágrafo único do art. 481 pela Lei nº 9.756, de 1998 -, sustenta que não há regra legal “que a torne obrigatória *ad futurum*”, bem como que “a eficácia do pronunciamento é só *intraprocessual*”.<sup>73</sup>

O parágrafo único do art. 481, no entanto, é claro: se já houver pronunciamento do tribunal pleno ou do órgão especial, ou, ainda, do plenário do Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria, o órgão fracionário não submeterá a arguição de inconstitucionalidade ao órgão competente para o seu julgamento. A redação do dispositivo é imperativa: não se trata, pois, de faculdade conferida ao órgão fracionário, que deve, sim, aplicar o entendimento já manifestado pelo pleno ou órgão especial ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Não se pode deixar de ressaltar, neste ponto, a necessidade de observância dos precedentes firmados em sede de controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais. Isso porque, como ressalta Luiz Guilherme Marinoni,

Quando o controle de constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unificação da interpretação do direito infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição.<sup>74</sup>

A desconsideração da solução que um tribunal dá, por seu pleno ou órgão especial, a respeito de uma questão constitucional, não guarda coerência com o sistema adotado e com o procedimento previsto pelo Código de Processo Civil para a solução de controvérsias constitucionais pelos tribunais. Ora,

---

atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 402.

<sup>73</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 181.

<sup>74</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.



se a decisão proferida pelo tribunal pleno ou por seu órgão especial em sede de incidente de inconstitucionalidade não tem força vinculante, qual a razão da cisão de competência operada? Se assim é, qual a justificativa para submeter uma mesma questão – de caráter constitucional, frise-se - à decisão de um mesmo tribunal repetidas vezes, desconsiderando os pronunciamentos anteriores?

Consoante destaca Luiz Guilherme Marinoni, “é intuitivo que, num sistema que ignora o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei”.<sup>75</sup>

A necessidade de se reconhecer obrigatoriedade aos precedentes constitucionais é evidente. As razões são várias, e a premente necessidade de desafogar os tribunais, cujo funcionamento encontra-se severamente prejudicado pelo alto número de demandas, é apenas a mais visível.

Não se pode emprestar às normas constitucionais significados “ambulantes”. Os próprios tribunais, bem como os juízes a eles subordinados, devem observar os precedentes fixados nessa seara, a fim de conferir à Constituição efetividade e aplicabilidade, bem como segurança jurídica e tratamento igualitário aos cidadãos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, ao adotar um sistema misto de controle judicial de constitucionalidade, conferiu a todos os juízes a possibilidade de analisar a conformidade constitucional de leis e atos normativos editados pelo poder público e, ao mesmo tempo, ao Supremo Tribunal Federal a competência para proceder a tal exame quando confrontado com certas ações de constitucionalidade dotadas de perfil abstrato.

---

<sup>75</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

O incidente de inconstitucionalidade disciplinado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil constitui instrumento do controle difuso de constitucionalidade, tendo lugar quando os tribunais, diante de um caso concreto, são confrontados com a argüição da inconstitucionalidade de determinada lei ou de certo ato normativo.

Dito incidente visa a concretizar a regra constitucional insculpida no art. 97 da Carta Política de 1988, que determina que somente pela maioria absoluta dos votos dos membros do tribunal pleno ou do órgão especial pode ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado pelo Poder Público.

A fim de conferir ao incidente a sua real importância, cumpre ressaltar a necessidade de observância das decisões proferidas em sede de controle incidental de constitucionalidade pelos tribunais. A efetividade da Constituição depende de decisões coerentes; não se pode admitir que o precedente formado no bojo de um incidente de inconstitucionalidade seja desconsiderado, sob pena de comprometer-se, além da efetiva aplicação das normas constitucionais, a segurança jurídica e a igualdade de tratamento devidas a todos os cidadãos.



## BIBLIOGRAFIA

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

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2008.

- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Arol-do Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad “Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>. Acesso em: 20 set. 2011.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.