

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: ASPECTOS RELEVANTES DE SUA APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS CONFORME DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

QUEIRÓZ, Ana Paula.¹
HAAS, Adriane.²

RESUMO

O controle de constitucionalidade difuso foi consagrado no ordenamento brasileiro desde a Constituição Federal de 1891; sua aplicação compete a qualquer órgão do Poder Judiciário, desde os juízes de primeiro grau, os tribunais e até mesmo pelo guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal - STF. Caracteriza-se por ser exercido de forma incidental em casos concretos onde o principal objetivo é a resolução da lide. Quando o incidente de arguição inconstitucionalidade é alegado nos Tribunais, devem ser observadas as particularidades determinadas pela Constituição e pelo CPC, como a regra da *full bench*, que por sua vez, é mitigada face ao parágrafo único do art. 949, do CPC/2015.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Controle-difuso. Tribunais.

DIFFUSE CONSTITUTIONALITY CONTROL: RELEVANT ASPECTS OF ITS APPLICATION IN COURTS ACCORDING TO THE PROVISIONS OF THE CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT

The diffuse control of constitutionality has been enshrined in the Brazilian legal system since the Federal Constitution of 1891; its application is the responsibility of any body of the Judiciary, from the judges of the first degree, the courts and even the guardian of the Constitution, the Federal Supreme Court - STF. It is characterized by being exercised incidentally in specific cases where the main objective is the resolution of the dispute. When the incident of unconstitutionality is alleged in the Courts, the particularities determined by the Constitution and the CPC must be observed, such as the full bench rule, which in turn is mitigated in view of the sole paragraph of art. 949, of the CPC/2015.

KEYWORDS: Constitution. Fuzzy-Control. Courts.

1. INTRODUÇÃO

Em conformidade com o princípio da supremacia da Constituição, as normas hierarquicamente inferiores devem estar em consonância com as disposições da norma parâmetro. Para assegurar tais disposições, são utilizados os mecanismos do controle de constitucionalidade e dentre as suas formas, destaca-se o controle de constitucionalidade difuso-concreto.

O controle difuso-concreto é consagrado no Brasil desde a primeira Constituição Republicana brasileira, podendo ser aplicado por qualquer órgão do Poder Judiciário nos casos concretos. Assim, já há um processo em trâmite, todavia a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma não é a questão principal, mas sim incidental.

A notoriedade do controle de constitucionalidade difuso foi adquirida principalmente como aponta Lenza (2018) com o voto do Juiz Marshall, no célebre caso norte-americano *Marbury x*

¹ Acadêmica de Graduação em Direito da Universidade Paranaense - UNIPAR. e-mail: ana.queiroz@edu.unipar.br

² Mestre em Direito Processual e Cidadania. Professora do curso de Direito da Universidade Paranaense - UNIPAR. e-mail: adrianehaas@prof.unipar.br

Madison de 1803, onde declarou-se que, em caso de conflito entre lei infraconstitucional e a Constituição, deve ser aplicada a última, pelo critério hierárquico para se resolver antinomias da norma.

Deste modo, ao contrário do controle de constitucionalidade concentrado, que é exercido unicamente pelo STF, de forma abstrata, o controle difuso de constitucionalidade possui como finalidade, a proteção de direitos subjetivos, devendo ocorrer sua análise de forma *incidenter tantum*, na fundamentação da decisão (Novelino, 2019).

No âmbito dos Tribunais, a aplicação do controle difuso de constitucionalidade é exercido através do incidente de arguição de inconstitucionalidade, previsto pelo Código de Processo Civil nos artigos 948 e seguintes.

Instaurado tal incidente, é necessária a observância de certas peculiaridades, como é o caso da cláusula de reserva de plenário ou *full bench*, que determina regra de competência funcional, onde a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser declarada pelo pleno ou órgão especial do Tribunal, em sua maioria absoluta, conforme disposto no art. 97 da CF. Ficando vedado o tribunal afastar a norma inconstitucional de acordo com a Súmula Vinculante nº 10, ainda que este não declare expressamente a inconstitucionalidade.

O presente trabalho objetiva apresentar um panorama do controle de constitucionalidade difuso, abordado principalmente a sua aplicação nos tribunais, elucidando as peculiaridades relevantes, o procedimento e as exceções da aplicação da cláusula de reserva de plenário.

2. A CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Embora existam várias concepções, conceitos e acepções as quais objetivam denominar o termo constituição, desde o viés político ao jurídico, é fato que a constituição é a norma mais importante de um Estado.

Segundo Lenza (2020, p. 256) “A constituição está, pois, no ápice da pirâmide, orientando e “iluminando” os demais atos infraconstitucionais”.

Em decorrência de tamanha importância, dentre inúmeros princípios que circundam o âmbito constitucional destaca-se o Princípio da Supremacia Constitucional, a qual pode ser dividida em formal e material.

Por consagrar as diretrizes básicas e fundamentais do Estado, determinando os direitos e as garantias fundamentais, a organização e estrutura do Estado e a separação dos poderes, constata-se que a Constituição goza de supremacia de conteúdo em relação às normas infraconstitucionais do

ordenamento jurídico, tal supremacia quanto ao conteúdo da Constituição é a chamada supremacia material (NOVELINO, 2019).

A supremacia material está relacionada quanto à importância do conteúdo elementar, os pilares do Estado que a Constituição consagra, estando, portanto, incorporada em todas as constituições.

Por outra via, a supremacia formal é característica exclusiva de constituições rígidas, que são aquelas que exigem um processo de modificação do texto normativo mais exigente, complexo e árduo, em relação às demais leis do ordenamento.

Assim, conforme disposto no artigo 60 da Constituição Brasileira de 1988, é nítido que a mesma é rígida, possuindo conseqüentemente a chamada supremacia formal (LENZA, 2020).

Acerca da supremacia formal decifra Novelino:

No plano dogmático, esta se traduz na superioridade hierárquica de suas normas em relação a todas as demais, espécies normativas, as quais só serão válidas quando produzidas em consonância com a forma e/ou o conteúdo constitucionalmente determinados (NOVELINO, 2019, p. 191).

Portanto, as normas no sistema jurídico estão dentro de um escalonamento hierárquico, onde serão classificadas em diferente graus dependendo de sua relevância (MASSON, 2020)

À vista disso, a supremacia constitucional é o postulado onde é assentado todo o constitucionalismo contemporâneo. Em consequência dele, nenhuma lei, ato normativo ou ato jurídico, pode ter validade se for incompatível com a Constituição. Para garantir a superioridade constitucional, foram concebidos pela ordem jurídica mecanismos que invalidam e/ou paralisam a eficácia dos atos que contravenham a Constituição, tais mecanismos são o controle de constitucionalidade (BARROSO, 2020).

Desta forma, mediante a formalidade, a rigidez e ao Princípio da Supremacia Constitucional, todos os atos infraconstitucionais conseqüentemente desde decretos, demais normas e atos administrativos, devem estar de acordo com o parâmetro constitucional, sob pena serem declarados inconstitucionais, caso não condigam com a primazia constitucional.

Para assegurar a conformidade destes atos com a Constituição existem os chamados mecanismos de controle de constitucionalidade.

3. A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

No ordenamento jurídico brasileiro os atos e normas infraconstitucionais são portadores de uma presunção de constitucionalidade *juris tantum*.

Na óptica de Novelino (2019), tal presunção serve para garantir a observância das normas infraconstitucionais, ainda que estas possuam apenas uma presunção relativa quanto a sua constitucionalidade.

Ou seja, à primeira vista os atos e normas são considerados constitucionais, para garantirem sua eficácia, aplicação e observância. Entretanto, ainda sim, podem ser questionados quanto sua consonância com a norma paradigma, e declarada inconstitucional pelo órgão judicial competente, através das ferramentas do chamado controle de constitucionalidade.

Ainda sobre a presunção *júris tantum*, são apontadas pela doutrina duas regras hermenêuticas. A primeira aponta que, na dúvida sobre a consonância de uma norma com o parâmetro, deve ser optada pela constitucionalidade, sendo a inconstitucionalidade decretada apenas nos casos que esteja manifesta, e a segunda regra determina que a interpretação a ser adotada é aquela que torna a lei compatível com a Constituição (PEIXOTO, 2019).

Assim, a inconstitucionalidade de uma norma ou ato só pode declarada estritamente pelo órgão competente através de alguma ação ou outro mecanismo de controle de constitucionalidade.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE E OS MECANISMOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como já abordado acima, os atos e normas infraconstitucionais possuem presunção de veracidade relativa, podendo ser declarados inconstitucionais pelos órgãos competentes quando verificados os vícios de inconstitucionalidade.

Neste sentido, Zavascki discorre sobre os vícios de inconstitucionalidade:

Os vícios de inconstitucionalidade decorrem: (a) ou de atentado ao princípio da supremacia da Constituição ou (b) de menosprezo à força normativa dos preceitos constitucionais. É decorrência natural e essencial do princípio da supremacia a existência de um sistema de direito hierarquizado, em que se estabelece uma relação de invalidade dos preceitos que, situados em patamar inferior, sejam incompatíveis com os de hierarquia superior. Em tal sistema, a ação dos órgãos com atribuição de produzir normas há de ser pautada no estrito atendimento dos comandos de maior hierarquia, seja no que se refere aos ritos de produção dos preceitos normativos (sem o que haverá inconstitucionalidade formal), seja no que diz respeito ao conteúdo das normas produzidas (sem o que haverá inconstitucionalidade material). Por outro lado, além da tipicamente decorrente da ação do legislador, a inconstitucionalidade pode assumir outra forma, caracterizada pela inércia em face de um dever de legislar ou de adotar "medida para tornar efetiva norma constitucional" (CF, art. 103, § 3.º). É a denominada inconstitucionalidade por omissão, que resulta de atentado, não propriamente contra o princípio da supremacia, mas contra a força normativa da Constituição (ZAVASCKI, 2000, p. 01).

Zanetti (2021) ao discorrer sobre as hipóteses em que o magistrado pode se isentar de aplicar uma lei no Brasil, elenca a hipótese de quando o ato normativo for inconstitucional, substancialmente ou formalmente. Assim, o juiz decretará sua inconstitucionalidade, retirando-a do ordenamento jurídico através do controle concentrado, ou deixará de aplicar a norma no caso concreto por meio do controle difuso de constitucionalidade.

Deste modo, para assegurar o parâmetro constitucional existem os mecanismos de controle de constitucionalidade previstos pela própria Constituição, podendo ser exercidos de variadas formas, e por distintos órgãos e momentos.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido em regra pelo Poder Judiciário, ou seja, é um controle jurisdicional, que por sua vez é o grande protagonista do controle repressivo, que aquele que declara se uma norma ou ato é constitucional ou não depois de sua existência (NOVELINO, 2019).

O controle de constitucionalidade brasileiro jurisdicional repressivo possui basicamente duas espécies: o controle difuso-concreto, que analisa de forma direta e o controle concentrado-abstrato, que possui natureza incidental.

4.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO-ABSTRATO

“O controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de concentrar-se em um único tribunal. Podendo ser verificado em cinco situações: ADI, ADC, ADPF, ADO e IF” (LENZA, 2020, p. 331).

Analisando brevemente a disposição supramencionada, entende-se primeiramente que o controle concentrado será exercido principalmente pelo órgão judicial guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, por meio das ações de controle de constitucionalidade diretas previstas pela própria Constituição Federal nos art. 102, I “a”, § 1º, 103, § 2º e art 36, III, c/c art. 34, VII.

Entretanto, tal controle também poderá ser exercido pelos Tribunais de Justiça Estadual, conforme previsão do art. 125, § 2º, CF.

Humberto Theodoro Júnior (2021) ao distinguir o controle direto e o controle incidental aponta que, no controle direto a competência de tal mecanismo pertence ao STF, frente normas federais ou estaduais e dos Tribunais de Justiça Regionais, frente atos e normas estaduais e municipais, tais órgãos judiciais competentes irão apreciar a lei em tese, sendo que somente o STF poderá declarar a constitucionalidade e a inconstitucionalidade de tal norma, já no âmbito dos Tribunais Regionais estes apenas seriam competentes para declarar a inconstitucionalidade de tal norma, por outra via, o controle incidental dá-se perante qualquer órgão do Poder Judiciário.

Quanto ao termo “concentrado-abstrato”, este se refere ao fato de o julgamento ser realizado de forma genérica, em tese, pela via principal, ou seja, não existe um caso concreto existente em pauta, e sim um tema abstrato, impessoal e geral que será julgado pelo STF (LENZA, 2020).

Portanto, o que é analisado nas ações do controle concentrado é a compatibilidade ou a incompatibilidade abstrata de um ato ou norma com a Constituição Federal, não existindo o julgamento de um caso concreto, apenas uma tese.

Marinoni (2011) elucida que no processo de controle de constitucionalidade abstrato não há o que se falar em partes, partes materiais ou terceiros interessados, sendo que o real foco de tal mecanismo é não permitir que ninguém se oponha a declaração que firma a inconstitucionalidade.

Aprofundando um pouco mais sobre as peculiaridades de tal mecanismo Côrtes (2009) destaca que o modelo abstrato demorou a se desenvolver no ordenamento brasileiro e somente com o advento da CF/1988 foram trazidas alterações relevantes, sendo que tal modelo, por regra, possui caráter objetivo, em regra com eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*, podendo existir eventual modulação dos efeitos.

Assim, os pontos a serem destacados e diferenciais sobre o controle concentrado são a sua eficácia *erga omnes*, ou seja, a decisão irá gerar eficácia contra todos e efeito vinculante, conforme previsto no § 2º, do art. 102, da CF/1988, o fato de que em regra a os efeitos da decisão do controle de constitucionalidade retroagem, logo, geralmente o efeito gerado é o *ex tunc*, todavia, existe a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade em vista do interesse social ou segurança jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com a previsão legal o art. 27, da Lei nº. 9.868/1999.

4.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO-CONCRETO

O modelo de controle de constitucionalidade difuso se teve seu início na Suprema Corte americana, de modo especial na discussão do caso *Marbury v. Madison*, de 1803, que ensejou uma mudança de paradigmas, com a ruptura que a judicial *review* americana consagrava com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento. Assim, o modelo onde o próprio juiz da causa pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, é de simplicidade tamanha que o ato foi determinante para que este modelo fosse adotado por diversos países (MENDES 2018).

Cappelletti sintetiza que o sistema de controle de constitucionalidade dos países da *common law*, chamados de descentralizado ou difuso, são confiados a todos os tribunais do país, os quais, em qualquer processo, possuem a faculdade e a obrigação em um caso concreto de não aplicar uma lei ou ato normativo que entender inconstitucional, sendo que em tal modelo, não será acarretada a

anulação da lei ou do ato normativo com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma for julgada inconstitucional (MORAIS, 2018).

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle difuso que é adotado desde a Constituição Federal de 1891, pode ser exercido por qualquer órgão judicial, de forma incidental, analisada na fundamentação da decisão, visando preservar os direitos subjetivos, cujos efeitos em regra são entre as partes (NOVELINO, 2019).

A pronúncia do Judiciário sobre a inconstitucionalidade é feita sobre questão prévia, imprescindível para o julgamento do mérito sobre o objeto principal da lide, sendo que o interesse da parte é obter a declaração de inconstitucionalidade somente com o fim de se isentar, no caso concreto, de cumprir a lei ou ato em desacordo com a lei maior; porém o ato ou norma declarado inconstitucional no caso concreto, permanecerá válido quanto à sua força obrigatória em relação a terceiros (MORAIS, 2018).

Abstrai-se, assim, que o controle difuso de constitucionalidade poderá ser exercido por qualquer órgão judicial, desde juízes de primeiro grau até os tribunais, sendo que sempre será arguido em um caso concreto, de forma incidental, ou seja, já existe um processo, cuja pretensão processual principal é a resolução do caso concreto e a declaração da inconstitucionalidade de uma norma não será a resolução principal do processo, mas é necessária para o julgamento do mérito, estando, portanto, na fundamentação da decisão que proferirá resolução da questão principal.

Ainda sobre a relação de causa de pedir, o pedido e a resolução da lide principal:

Como se sabe, no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade se dá de modo incidental e se caracteriza como questão prejudicial incidental. Ou seja, julga-se precedente ou improcedente o pedido formulado tendo em vista a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. A inconstitucionalidade, nesse caso, não é o pedido, mas a causa de pedir. Dessa forma, na sentença a ser proferida, o dispositivo contém a “resposta” (julgamento) ao pedido. E a análise da constitucionalidade dar-se-á na fundamentação (LENZA, 2020, p.314).

Portanto, os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade na fundamentação da decisão da questão principal geralmente repercute somente entre as partes do processo.

Entretanto, Novelino (2019) aponta que conforme mudanças legislativas e jurisprudenciais nas decisões proferidas pelo STF, haveria sentido conferir efeitos “*erga omnes*”.

Nesse sentido, caso a seja dada pelo STF o efeito será *erga omnes*, se a decisão for proferida por um juiz ou outro tribunal, os efeitos serão *inter partes* (MASSON, 2020).

Caso a inconstitucionalidade seja reconhecida em decisão definitiva do STF, por maioria absoluta do pleno, posteriormente ao trânsito em julgado deverá existir a comunicação ao Senado Federal, de acordo com art. 52, X, da CF. Deste modo, o efeito gerado será a edição da resolução para

suspensão a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF (GONÇALVES, 2021).

Por outro lado, Didier e Cunha (2020) afirmam que a decisão proferida em sede de arguição de constitucionalidade firmada em um tribunal forma um precedente obrigatório.

Tal afirmação é sustentada pela própria previsão legal do inciso V, do art. 927 do CPC.

5. A APLICAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NOS TRIBUNAIS

5.1 CLAÚSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO E SÚMULA VINCULANTE 10

Como visto, o controle de constitucionalidade difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, todavia, nos tribunais existem certas regras a serem observadas.

A Constituição Federal institui a seguinte no 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.”.

A regra estampada no art. 97 da CF/1988, é a chamada cláusula de reserva de plenário ou *full bench*, onde apenas a maioria absoluta dos membros do pleno ou do órgão especial do tribunal (se houver) poderão declarar a inconstitucionalidade.

Ademais, é imprescindível citar a Súmula Vinculante nº. 10 que prevê: “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.”.

Portanto, existe a violação da regra do *full bench* quando o órgão fracionário afastar norma por entender esta inconstitucional, pois tal competência é exclusiva do pleno do tribunal ou do órgão especial.

Refletindo tal disposição, alguns questionamentos podem ser levantados, como o porquê no primeiro grau de jurisdição o juiz pode afastar sozinho o ato ou norma inconstitucional e nos tribunais não; e se, em decorrência desse fato, a Constituição estaria conferindo um maior poder ao juiz de primeiro grau do que ao Tribunal. Todos os questionamentos são válidos e levam a refletir que não há muita lógica em tal cláusula, sendo que em verdade, esta deveria ser aplicada somente à declaração direta de inconstitucionalidade e não à incidental. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; 2020).

Mesmo com o questionamento doutrinário a respeito do sentido de tal regra apenas incidir nos tribunais e no controle difuso, a realidade é que a mesma é aplicada, refletindo-se principalmente no incidente de arguição de inconstitucionalidade previsto nos arts. 948 a 950 do CPC.

5.2 O INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

5.2.1 Breve comparação da previsão legal no CPC de 1973 e no CPC de 2015

No âmbito dos tribunais, o controle de constitucionalidade difuso deve obedecer aos dispositivos da cláusula de reserva de plenário, e será arguido mediante o incidente arguição de inconstitucionalidade devidamente regulamentado pelo Código de Processo Civil em seus artigos 948, 949 e 950.

Vale ressaltar que o incidente de arguição de inconstitucionalidade já era previsto no antigo CPC nos artigos 480, 481 e 482.

Logo, a arguição de inconstitucionalidade não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que Scarpinela (2020) enfatiza que não foi por mero deleite que os parágrafos do art. 482 do CPC de 1973 (introduzidos pela Lei 9.868/1999), foram reproduzidos nos três parágrafos do art. 950 do CPC de 2015.

Medina (2021) destaca que no CPC de 2015, há a previsão expressa no art. 948, que a arguição é admitida em controle difuso de constitucionalidade, ao contrário do CPC antigo que não fazia referência expressa em seu art. 480.

Uma hipótese de mitigação da cláusula de reserva de plenário previsto pelo parágrafo único do art. 481 foi replicada no parágrafo único do art. 949, do CPC de 2015.

Todavia, além da previsão expressa do cabimento em controle de constitucionalidade difuso, existem sutis acréscimos legislativos como a previsão da oitiva das partes no caput do art. 948, do CPC de 2015, outro aspecto que pode ser evidenciado é em relação ao novo CPC é dado pelo o inciso V, do art. 927, do CPC, o qual consagra que os juízes deverão observar: orientação do plenário ou do órgão especial do Tribunal ao qual o juiz se vincula, ou seja, tais decisões terão caráter de precedentes obrigatórios.

5.2.2 Generalidades e procedimento

O incidente não possui natureza recursal nem natureza de ação autônoma de impugnação, muito menos se caracteriza como outro meio de impugnação atípico de decisão judicial, na realidade ele é uma etapa do processo de criação da decisão (DIDIER; CUNHA, 2020).

A iniciativa da proposição do incidente cabe as partes do processo, inclusive aos assistentes, podendo também ser arguida pelo Ministério Público, seja este atuando como parte, seja este atuando como custos legis, podendo este arguir a inconstitucionalidade em qualquer momento que lhe caiba

falar no processo; existe ainda a legitimidade da suscitação *ex officio* pelo relator ou os demais juízes do mesmo órgão do tribunal o qual julgará a questão principal, os quais por sua vez poderão suscitar como preliminar em seus votos na sessão de julgamento, apenas propondo o incidente (THEODORO JUNIOR, 2021).

O art. 948 do CPC denota que: “Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo”.

Quando acolhida a arguição de inconstitucionalidade, esta será remetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver, nos termos do inciso II, do art. 949, do CPC.

Ainda, o artigo 950 do CPC, dispõe que será remetida cópia do acórdão a todos os juízes, sendo que o presidente designará a sessão de julgamento. Nos termos do § 1º as pessoas de direito públicos responsáveis pelo ato questionado poderão se manifestar no incidente, ainda poderão se manifestar por escrito no incidente segundo o § 2º os legitimados a propositura das ações previstas no art. 103 da CF, e o relator ainda poderá admitir a manifestação de outros órgãos e entidades conforme § 3º, logo, também é admitido a participação do *amicus curie*.

Suscitado e aceito o incidente, haverá a cisão da competência para o julgamento. O pleno primeiro fará o pronunciamento sobre a questão da constitucionalidade, que é prejudicial ao julgamento do recurso e posteriormente a turma decidirá a respeito da questão principal e as demais pertinentes, já que a premissa referente à constitucionalidade do ato ou da norma anteriormente discutida já foi fixada (GONÇALVES, 2021).

Observam-se, portanto, a lavratura de 3 acórdãos: a) arguida a questão incidental de inconstitucionalidade, a primeira decisão será tomada pelo órgão fracionário no sentido de acolher ou não o incidente. Acolhido, cinde-se o julgamento e se remetem os autos para o órgão especial do plenário analisar o incidente de inconstitucionalidade; b) submetida a questão ao órgão especial ou plenário, haverá o julgamento, um segundo acórdão, declarando a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo; c) finalmente, julgada a questão incidental, o órgão fracionário, vinculado à decisão, julgará a questão principal e será lavrado o terceiro acórdão. (LENZA, 2020, p. 296).

Percebe-se que, a decisão final é resultado de dois órgãos julgadores: o órgão originário, responsável por julgar a questão principal e questões incidentes que não foram objeto da arguição de inconstitucionalidade, e o pleno ou órgão especial que resolve a questão de direito arguida no incidente de arguição de inconstitucionalidade, formando, então, um julgamento subjetivamente complexo. (DIDIER; CUNHA, 2020).

Em síntese, a resolução do caso concreto será fruto de um julgamento subjetivamente complexo, fruto do julgamento do incidente de inconstitucionalidade pelo plenário ou órgão especial

e da questão principal julgada pelo órgão fracionário responsável. Serão lavrados três acórdãos neste processo, o primeiro que julga o cabimento do incidente, o segundo que julga o incidente e, finalmente, o terceiro que resolve a questão principal.

No segundo julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, além deste ser realizado pelo plenário ou órgão especial do tribunal, existem certas peculiaridades para ser reconhecida a inconstitucionalidade do ato ou norma questionada:

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 no órgão especial a que alude o art. 93, XI, da Constituição. Se o reconhecimento for apenas de maioria simples (maioria dos votantes nas não do total de membros do tribunal, ou do órgão especial), a lei ou ato impugnado não será declarado inconstitucional. (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 679).

Quanto à recorribilidade, é imprescindível mencionar o disposto pela Súmula 513 do STF, a qual determina que a interposição de recuso ordinário ou extraordinário é perante a decisão do órgão que julga a questão principal (câmaras, grupos ou turmas) e não perante a decisão do plenário ou órgão especial que resolve o incidente.

Didier e Cunha (2020) mencionam a possibilidade de a competência ser diferente para rescisão do acórdão proferido por câmaras ou órgão colegiado maior, a depender do regimento interno de cada tribunal, sendo que nestes casos, a competência será da decisão proferida pelo órgão maior.

5.5 MITIGAÇÃO DA CLAÚSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

O antigo CPC de 1973 previa no parágrafo único do art. 481: “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”.

A redação do parágrafo único foi incluída pela Lei 9.756/98 e foi mantida pelo Código de Processo Civil de 2015, no parágrafo único do art. 949. Observando tal redação encontra-se presente uma das hipóteses de mitigação da cláusula da *full bench*.

A jurisprudência do STF a luz dos princípios da economia processual, da segurança jurídica, em busca da racionalização orgânica da instituição judiciária dispensou o procedimento do art. 97, da CF.

Lenza (2020) cita algumas hipóteses de mitigação da cláusula de reserva de plenário: a) parágrafo único do art. 949, do CPC; b) quando o Tribunal não afastar a presunção de validade da

norma; c) nas normas anteriores a constituição, pois essas serão relacionadas a recepção ou a revogação pela Constituição de 1988; d) quando aplicado o princípio da interpretação conforme a constituição; e) em sede de decisão de medida cautelar, já que esta não tem caráter definitivo.

Didier e Cunha (2020), a seu turno, elencam três situações em que seria desnecessária a remessa do incidente ao órgão especial o plenário, sendo estas, quando o for rejeitada a alegação de inconstitucionalidade, a hipótese do parágrafo único do artigo 949, do CPC, e a desnecessidade de suscitação do incidente quando já estiver em trâmite perante o órgão competente a causa que iria ser alegada.

Já Ravi Peixoto (2019) ao analisar a jurisprudência do STF, elenca 11 hipóteses de mitigação da cláusula de reserva de plenário:

1. Decisão proferida por juiz singular;
2. Decisão das turmas recursais;
3. Processo que tramita no órgão especial ou no plenário;
4. Decisão com cognição sumária;
5. Decisão baseada em decisão do próprio tribunal ou do STF sobre a mesma legislação;
6. Decisão baseada em precedente do próprio tribunal ou do STF;
7. Decisões interpretativas;
8. Decisão do STF em controle concentrado ou na resolução do Senado (art. 52, X);
9. Decisão sobre a não recepção de texto normativo;
10. Controle de constitucionalidade difuso realizado pelo próprio STF;
11. Controle de constitucionalidade realizado por tribunais administrativos dos tribunais;

As duas primeiras hipóteses são relacionadas ao juiz de primeiro grau e as turmas recursais dos juizados especiais que não estão sujeitos a regra do art. 97 do CPC.

A nona hipótese é elencada por Lenza. Assim, quando se trata de normas anteriores a Constituição de 1988, não é questionada sua constitucionalidade, mas sim sua revogação ou recepção pela “nova Constituição”.

As hipóteses 8 e 10 ocorrem nas decisões do controle concentrado, nas decisões do controle difuso pelo STF e a hipótese de incidência do art. 52, X, da CF, que ocorre quando o Senado em face de uma lei declarada inconstitucional pelo STF suspende no todo ou em parte sua aplicação.

O art. 52, X, da CF, é um exemplo de mutação constitucional, assim, em uma decisão de controle difuso onde o reconhecimento da inconstitucionalidade apenas teria o efeito *inter partes* e acaba ganhando efeito *erga omnes* ao ser declarada inconstitucional pelo STF, ganhando a publicidade pelo Senado (MASSON, 2020).

Os precedentes do STF e suas decisões quanto à inconstitucionalidade também devem ser respeitados, sendo que deste modo, a lei ou ato que seria questionado não necessita de arguição, já que já existe um posicionamento sobre ele.

Nos casos das decisões interpretativas, resta mencionar a técnica de interpretação, imposta pelo princípio da interpretação conforme a Constituição, que ordena que os juízes e tribunais sempre interpretem as normas infraconstitucionais de maneira mais adequada aos valores e fins da carta magna, sempre optando pela opção com mais afinidade com o parâmetro (BARROSO, 2020).

Ao julgar o agravo regimental na reclamação 10.864 do Amapá, o STF definiu nas entranhas de seu julgamento: “Decisão proferida em sede cautelar: desnecessidade de aplicação da cláusula de reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição da República”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal é a norma base do Estado, pois nela estão previstas as normas estruturantes dele, razão pela qual possui supremacia material quanto ao seu conteúdo e formal. No caso do parâmetro brasileiro que é rígido, para que uma norma consagrada na Constituição seja modificada, é necessário um processo mais rigoroso do que as demais normas no ordenamento.

Todas as normas e atos infraconstitucionais possuem a presunção de constitucionalidade, conseqüentemente, para que sejam consideradas inconstitucionais é necessário que estas sejam declaradas não compatíveis com a norma paradigma.

Para isto, existem os mecanismos de controle de constitucionalidade. Tais mecanismos podem ser exercidos em diversos momentos e em diversos órgãos.

No presente, a atenção especial foi voltada nos mecanismos jurisdicionais exercidos de maneira concentrada pelo STF ou Tribunais regionais através das ações específicas de controle, possuindo efeito *erga omnes*, e de forma difusa, exercidos por todos os magistrados do Poder Judiciário nos casos concretos de forma incidental, possuindo em regra efeito *inter partes*.

No âmbito dos Tribunais, o controle difuso é alegado no incidente de arguição de inconstitucionalidade que já possuía previsão expressa de cabimento no antigo CPC de 1973. Entretanto, o CPC de 2015 trouxe sutis acréscimos legislativos como a previsão expressa de que é cabível no controle de constitucionalidade difuso, a oitiva das partes no caput do art. 948, que conseqüentemente implica a um maior respeito ao contraditório e à ampla defesa e acarreta um processo mais sofisticado, dando maior respaldo à decisão do incidente.

Enfim, perante todos os questionamentos, sobre a inconstitucionalidade de uma norma ou ato não incide a preclusão. Deste modo, mesmo em sede dos Tribunais a supremacia constitucional prepondera, para isso, e o incidente de controle de constitucionalidade deve sempre ser arguido quando cabível. Porém, a cláusula de reserva de plenário pode e deve ser mitigada perante as

previsões legais e jurisprudenciais face ao princípio da economia processual e em respeito ao ordenamento jurídico harmônico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei Federal. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei Federal. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei Federal. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em 02 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª T., **ARE 792.562-AgR**, rel. Min. Teori Zavascki, j. 18.03.2014, DJe 02.04.2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5568018>. Acesso em 02 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, **Rcl 10.864-Agr**, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.03.2011, DJe 13.04.2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1092027>>. Acesso em 02 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 513**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2687>>. Acesso em em 02 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em 02 fev. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A "**objetivação**" no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. Revista de Processo, v. 178, Dez/2009, p. 220 – 226. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 7, Out/2011, p. 967-973, versão digital.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária.** 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil, volume 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** 6 ed. São Paulo: RT, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Eficácia vinculante - a ênfase à ratio decidendi à força obrigatória dos precedentes.** Revista de Processo, v. 184, Jun/2010, p. 9-41. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 4, Maio/2011, p. 863-893, versão digital.

MASSON, NATHALIA. **Manual de direito constitucional.** 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado.** 7 ed. São Paulo: RT, 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada.** 6 ed. São Paulo: RT, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil: volume único.** 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PEIXOTO, Ravi. **O incidente de arguição de inconstitucionalidade e o CPC/2015.** Revista de Processo, v. 287, Jan/2019, p. 23-44, versão digital.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 3: execução forçada, processos nos tribunais, recursos, direito intertemporal.** 54 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativo formalmente vinculantes.** 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

ZAVASCK, Teori Albino. **Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.** Revista de Processo, v. 98, Abr-Jun/2000, p. 275-294. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 5, Maio/2011, p. 1295-1320, versão digital.