

*A declaração incidental de inconstitucionalidade
por órgãos fracionários dos Tribunais e a Lei 9756*

HELICIO ALVES DE ASSUMPÇÃO (*)

1. Entre as muitas inovações introduzidas no CPC pela Lei 9756, de 17 de dezembro de 1998, está a inserção de parágrafo único no art. 481, que, com ele, passou a ostentar a seguinte redação:

“Art. 481 - Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo Único - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

A regra introduzida no parágrafo único talvez não escapasse de um exame rigoroso de constitucionalidade. Mas é de indiscutível conveniência prática, consagrando expediente que, como se verá, já era adotado nos tribunais.

2. Para compreender o alcance da inovação introduzida, é necessário delinear sumariamente o contexto em que se acha inserido.

O CPC disciplina a “declaração de inconstitucionalidade” como incidente do processamento de recursos e causas de competência originária de tribunais.

O incidente se justifica em função da regra constante da CF, no art. 97, segundo a qual, nos tribunais, a inconstitucionalidade só se declara por voto da maioria absoluta dos respectivos membros ou dos integrantes do órgão especial:

“Art. 97 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

O preceito constitucional se aplica às ações diretas e às representações de inconstitucionalidade processadas, respectivamente, pelo Supremo Tribu-

nal Federal e pelos Tribunais de Justiça, onde a questão da constitucionalidade se aprecia *principaliter*.

Mas não apenas a elas.

Alcança igualmente todos os casos nos quais, mesmo incidentalmente, tenha um tribunal de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade ⁽¹⁾.

Dai decorre que, quando, em órgãos fracionários ou parciais dos tribunais (câmaras, grupos de câmaras, turmas etc.), a questão da constitucionalidade se manifesta num processo, como premissa por que tenha de passar o órgão julgador para chegar até o julgamento do recurso ou da causa, uma de duas:

a) ou se reconhece a constitucionalidade, que órgãos fracionários podem “declarar” ⁽²⁾, pois a CF não opõe nenhum obstáculo à declaração de *constitucionalidade*, nem faz para ela qualquer exigência específica;

b) ou, caso contrário, se se reputa a regra inconstitucional, é necessário suspender o julgamento, para submeter a questão – e só ela – ao tribunal pleno ou ao órgão especial.

Antes de passar adiante, convém ressaltar que os órgãos fracionários, postos diante de causa ou recurso cujo julgamento pressuponha o exame de questão constitucional, têm o dever de examiná-la e submetê-la a votação, só se justificando venham a remeter os autos ao pleno ou órgão especial quando, além de relevante a matéria para o julgamento da espécie ⁽³⁾, firmarem, por unanimidade ou maioria, a convicção de que o dispositivo é *inconstitucional*.

⁽¹⁾ De qualquer forma, quer em relação a ações diretas e representações, quer no tocante a arguições incidentais, não se considera submetida à exigência do *quorum* e à disciplina do CPC a alegação de que existe incompatibilidade entre CF em vigor e lei a ela anterior, porque aí haveria fenômeno enquadrável como *revogação*.

Cf. THEOTÔNIO NEGRÃO, 4ª ed. em CD-ROM, SP, 1999, notas ao art. 97:

“Em se tratando de leis anteriores à Constituição Federal vigente, não há que se cogitar de inconstitucionalidade mas sim, se for o caso, de simples revogação de lei (STF-RTJ 95/955, 95/993, 110/1.094, 124/415; STJ-Corte Especial: RSTJ 47/120, maioria). V. art. 102, nota 8.

“A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispendo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária” (STF-Pleno: RT 686/218 e RDA 188/288).”

⁽²⁾ O termo “declaração” se mostra até certo ponto equívoco. Obviamente não trata o CPC de caso em que a questão da inconstitucionalidade constitui objeto principal do processo – hipótese da ação direta e, no âmbito estadual, da representação por inconstitucionalidade. Com esta ressalva, a expressão continuará a ser empregada no texto.

⁽³⁾ A questão da constitucionalidade precisa constituir premissa *necessária* ao julgamento da causa ou recurso para que deva ser apreciada. Em outras palavras: sendo possível que o julgamento ocorra sem o exame da questão, este é o caminho que deve ser trilhado.

Como se observou, órgãos fracionários têm competência para declarar a *constitucionalidade*, e, podendo, *devem* fazê-lo em todos os casos nos quais não estiverem convencidos do contrário ⁽⁴⁾. Seria, portanto, injurídico, e quando menos atentatório da economia processual, o expediente de fazer sobre a questão da inconstitucionalidade um exame meramente superficial, enviando os autos ao pleno ou órgão especial sempre que ela se afigure razoável, ou não se revele manifestamente infundada.

Encaminhada que seja a questão ao pleno ou órgão especial, e por este examinada – a matéria submetida a exame no incidente –, qualquer que seja o resultado a que nela se tenha chegado, o julgamento suspenso é retomado pelo órgão perante o qual pendia, e a decisão do pleno ou órgão especial, quer tenha reconhecido a constitucionalidade, quer tenha proclamado a inconstitucionalidade, *se incorpora* à decisão do órgão fracionário, a quem vai caber examinar *as demais questões* eventualmente remanescentes e julgar o recurso ou a causa.

Convém ainda aqui abrir parênteses para frisar que o fenômeno que a esta altura se opera é de *incorporação da decisão do pleno ou órgão especial ao julgamento da causa ou recurso*. É um caso típico e um exemplo clássico de *decisão subjetivamente complexa*, para a formação da qual concorrem órgãos judiciais distintos. A questão da constitucionalidade *não será reexaminada*, no caso, pelo órgão fracionário, que integra à sua própria a decisão do pleno ou órgão especial, e dela parte para a solução das demais questões que lhe toque resolver para julgar a causa ou o recurso.

Soaria, portanto, no mínimo impróprio, mesmo que se queira referir ao que acontece no processo onde se questionou e solucionou incidentalmente a questão constitucional, dizer que a decisão do pleno ou do órgão especial é *obrigatória* para o órgão fracionário ⁽⁵⁾.

Não há dúvida de que o órgão fracionário não pode, ao retomar o julgamento, ignorar ou deixar de acatar, para o deslinde das *demais questões* que irá decidir, o ato do pleno ou do órgão especial. Mas a questão da constitucionalidade pura e simplesmente não será por ele reexaminada, já tendo sido, naquele feito, resolvida pelo órgão competente, de sorte que não se pode dizer, senão em sentido muito amplo, que a decisão incidentalmente proferida pelo pleno ou órgão especial, naquilo de que tratou, crie um vínculo ou gere um dever que ele esteja adstrito a acatar – a obrigatoriedade se refere *às outras questões*, e não à que foi resolvida no incidente.

Como quer que seja, além de não ser propriamente obrigatória *no caso* em que se profere, a decisão de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial *não tem eficácia além ou fora do processo em que foi proferida*.

⁽⁴⁾ CPC, THEOTÔNIO NEGRÃO, ob. cit., nota ao art. 97 da CF: "Decidir pela constitucionalidade de lei é da competência de Turma. O contrário é que demanda decisão do Plenário, pelo voto da maioria absoluta de seus membros (CF, art. 97)" (RTJ 156/661). No mesmo sentido: RTJ 147/1.079, 148/923, 151/302, 154/674".

⁽⁵⁾ É equívoco em que incorre o RI do TJRJ, como se verá adiante.

No direito brasileiro, que desconhece o sistema de precedentes vinculativos, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida *incidenter tantum* ficam limitados ao processo onde a decisão se proferiu, e não se estendem a outros feitos, ainda que sejam semelhantes os casos sujeitos à apreciação.

Em outro processo, no qual a mesma regra jurídica tenha de ser examinada para o efeito de saber se deve ou não ser aplicada, a inconstitucionalidade, a rigor, não poderia ser reconhecida pelos órgãos fracionários.

A razão é precisamente a mesma que impediu o primeiro exame: a existência de norma constitucional que restringe – aparentemente sempre – ao pleno ou ao órgão especial, e ainda assim por maioria absoluta, a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade. Na verdade, portanto, em recurso ou causa análoga, mesmo que já reconhecida – incidentalmente – a inconstitucionalidade, o incidente teria de repetir-se, com suspensão do julgamento, remessa da questão ao pleno e órgão especial *etc.*

3. É neste quadro que o novo dispositivo introduzido pela Lei 9756 se destina a operar.

Obviamente ele não contém, nem, sob qualquer forma, poderia conter, a permissão para que órgãos fracionários reconheçam *pela primeira vez* a inconstitucionalidade de regras jurídicas.

Um preceito que dispusesse neste sentido iria flagrantemente de encontro à CF, e não poderia subsistir.

A regra tem como alvo casos nos quais, sobre a inconstitucionalidade, já se manifestou, ou o plenário do Supremo Tribunal Federal, ou o pleno ou órgão especial de tribunal perante o qual esteja pendente a causa ou o recurso, estando destinada, a partir daí, a dispensar que sobre a mesma questão tenham eles de, novamente – e talvez inúmeras vezes –, pronunciar-se, em repetidas arguições incidentais com o mesmo objeto.

Diversamente do que poderia fazer supor a letra do dispositivo, nele não se cuida apenas de dispensar a remessa da arguição para o pleno ou para o órgão especial.

Mais do que isto.

Quando o legislador 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”, diz menos do que na realidade pretendeu dizer, aludindo antes ao efeito do que à causa.

A liberação do órgão fracionário de suspensão do julgamento e de envio dos autos é mera consequência: pressupõe, em verdade, autorização para que, havendo decisão incidental, ou do pleno do Supremo Tribunal Federal, ou do pleno ou órgão especial de outro tribunal – uma única que seja –, os órgãos fracionários passem, desde então, eles próprios, independentemente de incidente, a decidir a questão de constitucionalidade no mesmo sentido em que o fizeram aqueles órgãos – *declarando os órgãos fracionários, em suma, ainda que em caráter incidental, a inconstitucionalidade* e negando no caso concreto, consequentemente, aplicação do dispositivo.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, já decidira mais de uma vez no sentido da solução agora expressamente adotada, entendendo que o denominado princípio de reserva de plenário só se justificava quando a questão não houvesse sido ainda decidida pelo tribunal pleno ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ **Informativo 80** – RE N. 191.898-5 – RELATOR: Min. Sepúlveda Pertence. EMENTA: Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (Const., art. 97): inaplicabilidade, em outros tribunais quando já declarada pelo Supremo Tribunal, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma questionada: precedentes. 1. A reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, somado a razões de segurança jurídica. 2. A decisão plenária do Supremo Tribunal, declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade: a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário;

Informativo 87 – RE N. 192.205-2 – RELATOR: Min. Sepúlveda Pertence. EMENTA: 1. Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (Const. art. 97): inaplicabilidade, em outros Tribunais, quando já declarada pelo Supremo Tribunal, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma questionada: precedente (RE 191.905; 1ª T; 27.5.97). 2. Finsocial: empresa dedicada exclusivamente à venda de serviços. Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido da constitucionalidade, não apenas do art. 28 da L. 7.738/89 - que instituiu a contribuição social sobre a receita bruta das empresas prestadoras de serviços -, como das normas posteriores que elevaram em até 2% a alíquota da contribuição devida por essas empresas. Precedente: RE 187.436 (Pleno, 25.6.97).

Informativo 93 – RE N. 196.430 – RELATOR: Min. Sepúlveda Pertence. EMENTA: I. FINSOCIAL: empresa comercial. É firme na jurisprudência do Tribunal, por força do art. 56 ADCT, a recepção do DI. 1940/82 e suas alterações preconstitucionais e, declarada a inconstitucionalidade do art. 9º da L. 7.689/88 (RE 150.764, M. Aurélio, 16.12.92, RTJ 147/1.024), a continuidade da sua vigência - e conseqüente exigibilidade da exação, nas bases nele estabelecidas - até o advento da LC 70/91.

II. Recurso extraordinário adesivo: duplicação do prazo de interposição. Devendo o recurso adesivo manifestar-se “no prazo de que a parte dispõe para responder” (C. Pr. Civ., art. 500, I, red. cf. L. 8.950/94), é patente sua duplicação, nos termos do art. 188 C. Pr. Civ., cuja recepção pela ordem constitucional superveniente o Tribunal já tem assentado (v.g., RE 181.138, C. Mello, DJ 12.5.95). III. RE adesivo: indeferimento, no tribunal de origem, fundado exclusivamente no indeferimento do RE principal: processamento. Determinado o processamento do RE principal por força do provimento de agravo, impõe-se o exame da admissibilidade do adesivo, malgrado sua denegação, fundada exclusivamente no indeferimento do RE principal (C. Pr. Civ. art. 500, III), não haver sido impugnada pela parte que o interpôs: dada a relação de dependência existente entre os dois recursos, mais que inexigível, seria *inadmissível* o agravo que, para viabilizar o seu recurso adesivo, a parte interpusesse contra o indeferimento do recurso principal da parte adversa. IV. RE adesivo: admissibilidade quando não conhecido o RE principal. Não obsta, em princípio, à admissão do RE adesivo, que o recurso extraordinário ou especial principal, interposto pela letra a, segundo a terminologia do STF, não seja conhecido, porque se repute inexistente a contrariedade à Constituição ou à lei federal, conforme o caso. Precedentes: RE 87.355, RTJ 95/210; RE 102.308, RT 611/245. V - Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (Const., art. 97): inaplicabilidade, em outros Tribunais, quando já declarada pelo Supremo Tribunal, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma questionada. Precedente: RE 191.905, DJ 29.8.97.

Cf., ainda, THEOTÔNIO NEGRÃO, ob. cit., notas ao art. 97.º “Se o Pleno do Tribunal (ou do STF) já se manifestou anteriormente pela inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, não há necessidade de remessa dos autos a ele pela Turma, para que novamente aprecie a questão (CPC 481 § ún.). Neste sentido: STF-RDA 202/232”; “A declaração pelo Plenário do STF da inconstitucionalidade de norma permite que os órgãos parciais de outros tribunais acolham essa decisão na fundamentação de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão da constitucionalidade ao seu próprio plenário” (STF-RT 746/162). No mesmo sentido: RTJ 164/1.093”.

A solução já figurava, também, com acréscimo por vezes de exigências complementares, em regimentos internos de Tribunais, como no TJRJ⁷⁾.

De acordo com o texto do parágrafo único do art. 481, para que o órgão fracionário do tribunal possa reconhecer incidentalmente – é de declaração incidental que se trata – a inconstitucionalidade de norma jurídica e deixar de aplicá-la ao caso concreto sob julgamento, basta que haja, ou decisão neste sentido do próprio tribunal, através do órgão competente (pleno ou órgão especial), ou decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal.

Da leitura do parágrafo único não se extrai senão que basta *uma decisão incidental* do pleno ou do órgão especial para que, a partir dela, os órgãos fracionários estejam habilitados a resolver pela inconstitucionalidade.

Talvez deva observar-se que a solução adotada pelo legislador poderia ter sido mais rigorosa, à semelhança do que prudentemente fez o RI do TJRJ – editado anteriormente à Lei 9756 -, já que as decisões, ainda quando com observância do *quorum* especial exigido pela Constituição, às vezes estão fundadas em maiorias formadas provisória ou precariamente, suscetíveis de alterar-se mediante modificação mínima da composição do órgão julgador, e conviria que a permissão para que os órgãos do tribunal deixassem de aplicar regras jurídicas por inconstitucionais fosse calcada em base mais consistente e estável, não passível de flutuações.

É de acrescentar-se, aliás, que o dispositivo não deve entender-se, por isso mesmo, como uma imposição para que os órgãos do tribunal acatem cegamente, em todos os casos e sob quaisquer circunstâncias, decisões do pleno ou órgão especial, ou mesmo do Supremo Tribunal Federal, cujos julgados, apesar da autoridade jurídica e prática que ostentam, não têm caráter obrigatório.

⁷⁾ RITJ RJ, art.103 – “A decisão que declarar a inconstitucionalidade ou rejeitar a arguição, se for proferida por 17 (dezessete) ou mais votos, ou reiterada em mais 02 (duas) sessões, será de aplicação obrigatória para todos os Órgãos do Tribunal.

§ 1º - Nas hipóteses deste artigo, enviar-se-ão cópia dos acórdãos aos demais Órgãos Julgadores, ao Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil e à Revista de Jurisprudência do Tribunal.

§ 2º - Qualquer Órgão Julgador, por motivo relevante reconhecido pela maioria de seus membros, poderá provocar novo pronunciamento do Órgão Especial, salvo se a Assembléia Legislativa já houver suspenso a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

§ 3º - Suscitada nova arguição, com igual objeto e fundamento, fora da hipótese do § 2º, o relator indeferir-lhe-á o processamento e ordenará, se for o caso, a devolução dos autos ao Órgão de origem. Do indeferimento caberá o agravo previsto no art. 226 do Código de Organização e Divisão Judiciárias. 23

§ 4º - Cessarão a obrigatoriedade a que se refere o *caput* deste artigo se sobrevier decisão, em sentido contrário, do Supremo Tribunal Federal, tratando-se da Constituição da República, ou do Órgão Especial, quando se tratar da Constituição do Estado.”

A referência a *obrigatoriedade* se mostra, *data venia*, imprópria: não há obrigatoriedade para o órgão ao qual tramita o processo onde se suscitou a arguição; o que ocorre, como exposto no texto, é a *incorporação* da decisão do Órgão Especial ao julgamento em curso; não há, tampouco, obrigatoriedade para os demais órgãos do Tribunal de Justiça, e sequer para o Órgão Especial em outros casos; este efeito vinculativo o direito brasileiro não prevê – ou ainda não prevê – e está nele reservado às ações diretas e às representações por inconstitucionalidade.

Com efeito, e ressalvados casos em que, no tocante a regras federais ou estaduais, o Senado Federal ou a Assembléa Legislativa, respectivamente, diante da decisão incidental do tribunal competente, haja decretado a *suspensão da norma*, nada impede, de um lado, que os órgãos fracionários considerem *constitucional* e apliquem à espécie sob julgamento regra declarada incidentalmente *inconstitucional* pelo Supremo Tribunal Federal, pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial, e, de outro, nada obsta a que os órgãos do tribunal tenham a possibilidade de remeter ao pleno ou ao órgão especial *novamente* a questão, mesmo já decidida anteriormente, quando houver motivos capazes de autorizar a suposição de que o resultado a que se chegou na argüição incidental de inconstitucionalidade pode ou deve ser revisto, eventualmente à luz de novos argumentos.

4. Um último aspecto que merece destaque diz com possibilidade que não havia até a introdução do parágrafo único pela Lei 9756 e que, a partir dela, merece ser considerada: estarem pendentes, simultaneamente, argüição incidental de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ou o pleno ou órgão especial do tribunal, e causas ou recursos cuja apreciação envolva o exame da regra questionada na argüição, perante órgãos fracionários.

Até o advento da Lei 9756, como a competência exclusiva para decisão da argüição incidental era do pleno ou órgão especial, não havia, a rigor, outro caminho senão remeter-lhes os autos quando o órgão fracionário considerasse a regra inconstitucional, já que, mesmo quando a argüição incidental pendente desembocasse neste resultado, não teria o órgão fracionário legitimidade para reproduzir ou adotar, na espécie que lhe estivesse afeta, a decisão lá proferida – fazendo abstração do entendimento mais ou menos recente do Supremo Tribunal Federal, que acima se mencionou, e de regras como a do RI do TJRJ.

Neste quadro a inovação introduzida pelo parágrafo do art. 481 abre outra possibilidade.

É que, a poder o órgão fracionário adotar, no julgamento perante ele pendente, a decisão que vier a ser prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo pleno ou órgão especial do próprio tribunal, seja ela qual for, inclusive se importar no reconhecimento da inconstitucionalidade, já o simples bom senso evidencia haver-se tornado viável que, se entender conveniente, venha a *suspender o órgão fracionário o julgamento*, não mais para remeter os autos para o tribunal pleno ou órgão especial, mas pura e simplesmente para *aguardar* o pronunciamento que vier a ser proferido na argüição incidental pendente.

A possibilidade não se encaixa perfeitamente na letra do art. 265 do CPC⁽⁸⁾, diferentemente do caso de estar pendente ação direta ou representação, que corresponde com exatidão à primeira parte da letra a do inciso IV. Mas

⁽⁸⁾ Art. 265 - Suspende-se o processo:

...

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

certamente se ajusta ao espírito que o anima - a questão da constitucionalidade não é senão, do ponto de vista lógico, questão prejudicial - e tem obviamente vantagens, ao tornar desnecessário que se remetam ao pleno ou órgão especial dezenas, quiçá centenas de arguições idênticas, suscitadas com o mesmo objeto.

- b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo;
- c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente;

...

§ 5º - Nos casos enumerados nas letras a, b e c do nº IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo

(*) HELCIO ALVES DE ASSUMPÇÃO é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Processual Civil da UERJ.