



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Georges Abboud

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 adotou duas modalidades de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. O primeiro é monopolizado pelo STF, ao tempo que o segundo pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. Sem perder de vista que as Constituições Estaduais podem prever controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual.

Qualquer juiz ou tribunal pode, diante de um determinado caso, deixar de aplicar a lei ao vislumbrar sua inconstitucionalidade. A decisão é *inter partes*, ou seja, não afeta terceiros, estranhos à lide julgada. O controle de constitucionalidade integra a motivação do *decisum* e não seu dispositivo.

Quando o julgado opera controle difuso de constitucionalidade, a lei atacada não é expurgada do ordenamento. Permanece vigente, válida e eficaz, apenas não se aplica ao caso decidido, porquanto ante este foi considerada inconstitucional.

Em nosso entendimento, não é nenhum exagero afirmarmos que a gênese remota do controle difuso de constitucionalidade é anglo-saxônica. O inglês Edward Coke foi essencial para a sua estruturação. Foi Coke quem conferiu, ainda que no *common law*, *status superior* à Constituição. Para Coke, a Carta Magna constituiu um colosso de estatura tal que não pode suportar nenhum soberano acima dela. Essa é a premissa sustentada por Coke para defender a supremacia do parlamento, não a sua soberania.¹

Depois de proceder à limitação do poder do rei e restringir a soberania do parlamento, Coke passa a demonstrar a importância fundamental que a atuação do Judiciário deve desempenhar para a implementação dos direitos fundamentais. Assim, os

¹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, p. 88.

Ver também: JOLOWICZ, John Anthony. El control judicial de las leyes en el Reino Unido. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, v. I, p. 785.

juízes eram verdadeiros leões que deveriam custodiar, frente ao rei, os direitos dos cidadãos.²

Ao tema objeto do presente verbete, já nos debruçamos, em obra dedicada ao exame do processo constitucional.³ Passaremos à análise dos principais aspectos do controle difuso, com enfoque na sua origem, função e especificidades que circundam o seu manejo em vista das modernas técnicas de decisão constitucional.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. A origem histórica da judicial review	4
1.1. <i>Bonham's case</i> . A contribuição de Edward Coke para a estruturação da <i>judicial review</i>	4
1.1.1. A influência do <i>Bonham's case</i> na formação da <i>judicial review</i>	8
2. O caso <i>Marbury vs. Madison</i> . Aplicação da Constituição como regra jurídica....	10
3. A importância de se conferir natureza de direito fundamental à <i>judicial review</i> ..	15
4. Controle de constitucionalidade pelo STJ.....	17
5. A regra de reserva de plenário	20
5.1. As sentenças interpretativas e a regras da reserva de plenário – art. 97 da CF/1988.....	21
5.1.1. Reserva de plenário e a decisão que aplica interpretação conforme a Constituição e a Súmula Vinculante 10.....	21
5.1.2. Reserva de plenário e a decisão que efetua arguição de nulidade sem redução de texto.....	24

² MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, p 89. Ressaltando a importância da atuação de Coke para combater o absolutismo inglês ver: MATTEUCCI, Nicola. *Breve storia del costituzionalismo*, pp. 55-58.

³ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*.

5.1.3. Aspectos controvertidos acerca da interpretação da Súmula Vinculante 10.....	27
Referências	29

1. A ORIGEM HISTÓRICA DA JUDICIAL REVIEW

O controle de constitucionalidade tem sua origem no processo Bonham. Esse processo, que teve Coke como seu protagonista, muito provavelmente contém uma das mais famosas e discutidas sentenças judiciais, uma vez que ela constitui precedente da moderna instituição conhecida como controle de constitucionalidade.⁴

1.1. Bonham's case. A contribuição de Edward Coke para a estruturação da judicial review

O caso Bonham (*Bonham's case – The College of Physicians vs Dr. Thomas Bonham*)⁵ figura entre os casos mais importantes em que atuou Sir Edward Coke. Esse caso é considerado o antecedente mais importante para a formação e consolidação da técnica da *judicial review* consagrada no caso *Marbury vs. Madison*. Além da *judicial review*, o caso Bonham também traria os antecedentes históricos necessários para a estruturação do preceito judicial da razoabilidade.⁶

⁴ Admitindo ser esse o precedente da *judicial review* ver: MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, p. 91.

Sobre a evolução histórica e procedimental da *judicial review*, ver: JOLOWICZ, John Anthony. El control judicial de las leyes en el Reino Unido. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, v. I, pp. 798-799.

⁵ Para consultar a decisão do caso Bonham, ver: THOMAS, John Henry; FRASER, John Farquhar (orgs.). *The reports of Sir Edward Coke in thirteen parties*, v. IV, nº 107a/121a, pp. 355-383.

Christopher Wolfe destaca que o caso Bonham teve maior influência fora da Inglaterra do que em seu país de origem. WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of Freedom or Precarious Security?*, pp. 90-91.

⁶ Comentando o caso Bonham, ver: REY MARTINEZ, Fernando. Una relectura de Dr. Bonham's case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, pp. 847-866.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, pp. 91 e ss.

Ver ainda: MATTEUCCI, Nicola. *Breve storia del costituzionalismo*, p. 58.

Antes de se examinar o que foi decidido no caso Bonham, faz-se necessário examinar seu antecedente histórico que é a doutrina Jenkins (*Jenkins Doctrine*).⁷ Tanto o caso Jenkins quanto o Bonham são oriundos de conflitos judiciais envolvendo o Colégio de Médicos da Inglaterra, instituição criada pelo *Lord Canciller Card Wolsey*, em 1518, sob o reinado de Enrique VIII.

O Colégio de Médicos era a instituição responsável pela concessão de licença para a prática da medicina. Em 1540, foi promulgada, pelo Parlamento Inglês, a lei (*Act of Parliament*) que concedeu amplos poderes para o Colégio. A partir dela, o Colégio de Médicos, além de admitir e expulsar sócios, passou a poder apenar com prisão os infratores que praticassem medicina sem licença ou fizessem mau uso dela, mantendo-os presos durante o tempo que considerasse oportuno.⁸

O Colégio de Médicos era uma instituição que não possuía vínculo com nenhuma Universidade, e, durante o século XVI, utilizou de seus generosos poderes, conferidos pelo *Act of Parliament* de 1540, para perseguir diversos médicos. Um desses médicos foi Roger Jenkins que havia recusado se submeter à autoridade do Colégio que imediatamente determinou sua prisão. Em seguida, Jenkins impetrou *habeas corpus*, a fim de obter sua liberdade provisional para o Tribunal (*Common Pleas*). O mérito do *habeas corpus* foi julgado pelo *Chief Justice Popham* que decidiu a favor do Colégio de Médicos, afirmando que ele teria competência suficiente para decretar a prisão dos infratores, afirmando, ainda, que os tribunais não podem decidir sobre a liberdade dos infratores, mas tão somente apreciar as formalidades da decisão do Colégio dos Médicos.⁹

Desse modo, antes de surgir o caso Bonham, o Tribunal (*Common Pleas*) já havia corroborado a autoridade regulatória e sancionatória do Colégio de Médicos de Londres. Tal situação mudará radicalmente com o caso Bonham.

⁷ Para uma exposição da doutrina Jenkins conferir: REY MARTINEZ, Fernando. Una relectura der Dr.Bonham's case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, pp. 852-854.

⁸ Para maiores detalhes ver: REY MARTINEZ, Fernando. Una relectura der Dr.Bonham's case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 852.

⁹ *Idem*, p. 853.

No ano de 1605, o médico Thomas Bonham, que havia estudado medicina em Cambridge, submeteu ao Colégio petição solicitando o direito de administrar medicamentos.

O Colégio de Médicos negou o pedido. Em seguida, Thomas Bonham quando convocado, apresentou respostas que foram consideradas impertinentes pelo Colégio e, em função disso, exerceu a medicina por algum tempo e sem autorização para tanto.

A atitude de Bonham lhe rendeu multas impostas pelo Colégio de Médicos. Além das multas, após comparecer perante o Presidente do Colégio (Henry Atkins), Bonham contestou a autoridade do Colégio e afirmou que essa instituição não teria poder contra os universitários graduados em medicina. Em seguida, Bonham foi preso por desacato em *Newgate*.

Após a prisão, em menos de uma semana, o advogado de Bonham conseguiu obter *habeas corpus* no Tribunal (*Common Pleas*), presidido agora pelo Chefe de Justiça, Edward Coke. Entretanto, a concessão desse *habeas corpus* contrariava o que havia sido estabelecido na *jenkins doctrine*. O Colégio de Médicos, após consultar comitê seletivo de juízes, e por estar plenamente confiante no precedente Jenkins, resolveu levar o assunto para os tribunais do *common law*.¹⁰

A lide travada entre Bonham e o Colégio de Médicos foi instaurada no Tribunal (*Common Pleas*) com a presidência de Coke. Nesse processo, Bonham reclamava cem libras a título de danos particulares em razão de *false imprisonment* por parte do Colégio de Médicos. Ocorre que o texto da Lei de 1540 era claro em estabelecer possibilidade de o Colégio de Médicos apenar quem exercesse medicina sem licença (prática ilícita) ou fizesse mau uso dela (*malpraxis*). A Lei também outorgava ao Colégio a possibilidade de realizar prisões.

Por sua vez, Bonham defendia seu ponto de vista com fundamento no espírito da lei. Afirmava que a Lei tinha a intenção de prevenir práticas médicas incorretas que seriam as realizadas por impostores. Todavia, ele era médico formado na Universidade de Cambridge e, por possuir título universitário, estaria isento da jurisdição do Colégio de Médicos.

¹⁰ Para relato mais detalhado do caso ver: REY MARTINEZ, Fernando. Uma relectura der Dr.Bonham's case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, pp. 854-855.

Paralelamente ao julgamento no Tribunal do *common law*, o caso foi decidido pelo Tribunal do *King's Bench*, no dia 03.02.1609. Bonham foi condenado por prática ilícita de medicina e condenado a pagar sessenta libras. Por não ter essa quantia, foi decretada sua prisão.

Após um ano, o caso foi decidido a favor de Thomas Bonham pelo Tribunal (*Common Pleas*). A votação foi por maioria, três votos favoráveis e dois contras.¹¹

A tese favorável a Bonham prevaleceu em virtude da sofisticada decisão proferida por Edward Coke. A decisão de Coke começa com premissa de que a autoridade concedida pelo rei ao Colégio de Médicos concedia dois poderes distintos, com fundamento em duas cláusulas também distintas. A primeira referia-se à prática ilícita, que permitia ao Colégio multar quem exercesse a medicina sem sua licença. A segunda, dizia respeito ao exercício da má (errônea) prática médica que poderia ser apenada com a prisão.¹²

Para Coke, não era lícito ao Colégio apenar com prisão quem praticasse a medicina sem a licença do colégio, mas, de maneira adequada. Contudo, essa conduta somente poderia ser multada. Coke afirmava que existiria grande diferença entre praticar a medicina sem licença e a praticá-la de maneira incorreta.

Fernando Rey Martinez, ao interpretar a decisão de Coke, afirma que ela teria realizado uma distinção entre infração administrativa (exercer medicina sem licença) e

¹¹ REY MARTINEZ, Fernando. Una relectura der Dr.Bonham's case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 857.

¹² Nas exatas palavras de Coke: “*The first reason was, that these two absolute, perfect and distinct clauses, and as parallels and therefore the one did not extend to the other; for the second begins, praeterea voluit et concessivly, & c. and the branch concerning fine and imprisonment is parcel of the second clause. 2. The first clause prohibiting the practice of physic, & comprehends four certainties: – 1. Certainty of the thing prohibited, sc, practice of physic. 2. Certainty of the time, sc. Practice for one month. 3. Certainty of penalty, sc. 5l. 4. Certainty in distribution, sc. One moiety to the King, and the other moiety to the college; and this penalty he who practices physic in London incurs, although he practices and uses physic well, and profitable for the body of man; and on this branch the information was exhibited in the King's Bench. But the clause to punish delicta in non bene exequendo, & c. on which branch the case the case at bar stands, is altogether uncertain, for the hurt which may come thereby may be little or great, lexe vel grave, excessive or small, &c. and therefore the King and the makers of the act could not, for an offence so uncertain, impose a certaint of the fine, or time of imprisonment, but leave it to the censors to punish such offences, secundum quantilatem delicti, which is in included in these words, per fines, amerciamenta, imprisonment corporum suorum, et per alias vias rationabiles et congruas*” THOMAS, John Henry; FRASER, John Farquhar (orgs.). *The reports of Sir Edward Coke in thirteen parties*, v. IV, n. 107a/121a, pp. 355-383.

REY MARTINEZ, Fernando. Una relectura der Dr.Bonham's case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 858.

infração penal (exercer medicina de forma incorreta). A segunda infração, tendo em vista a gravidade do dano que poderia provocar, seria a única que poderia acarretar pena de prisão.¹³

Nesse sentido, além da importância para a construção da *judicial review*, Coke teria antecipado princípios fundamentais do direito sancionador no Estado de Direito, *e.g.*, o direito penal figurar como a última *ratio* para o Estado agir e a obrigatoriedade de se examinar a proporcionalidade (razoabilidade) das penas.¹⁴

1.1.1. A influência do *Bonham's case* na formação da *judicial review*

A questão constitucional, ínsita ao *Bonham's case*, não constitui o núcleo dessa decisão, caracterizando-se como *obiter dictum*. Coke realiza sua argumentação afirmando que a cláusula que permitia ao Colégio apenar a prática de medicina sem licença, consistiria em cláusula contraditória e absurda (*repugnant*),¹⁵ uma vez que permitiria que o Colégio de Médicos fosse ao mesmo tempo juiz e parte no processo.¹⁶

Desse modo, a lei que permitia ao Colégio de Médicos, a um só tempo, sancionar o exercício de medicina sem licença, por meio de procedimento no qual ele seria ao mesmo tempo parte (acusadora e beneficiária de eventual sanção) e juiz, seria desarrazoada (*repugnant*), porque iria contra o preceito já consolidado no *common law* de que ninguém pode ser simultaneamente juiz e parte no mesmo processo.¹⁷

¹³ *Idem*, p. 859.

¹⁴ REY MARTINEZ, Fernando. Una relectura der Dr.Bonham's case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 859.

¹⁵ A definição de *repugnant*, em dicionário consagrado, é a seguinte: “*adj. Inconsistent or irreconcilable with; contrary or contradictory to the court's interpretation was repugnant to the express wording of the statute*”. GARNER, Bryan A. (org.). *Black's law dictionary*, verbete: *repugnant*, p. 1306.

¹⁶ REY MARTINEZ, Fernando. Una relectura der Dr.Bonham's case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 860.

¹⁷ Coke destaca que a lei seria contrária à *common law*, por consequência, deve ser controlada. *Verbis: “And it appears in our books, that in many cases, the common law Will (d) control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law Will controul it, and adjudge such act to be void”* (THOMAS, John Henry; FRASER, John Farquhar (orgs.). *The reports of Sir Edward Coke in thirteen parties*, v. IV, 1826n. 118a, p. 375).

REY MARTINEZ, Fernando. Una relectura der Dr.Bonham's case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 861.

Assim, Coke, ainda que de maneira marginal (*dictum*), admite a correção e a limitação da legislação vigente com fundamento em preceitos jurídicos consagrados historicamente pelo *common law*.¹⁸

No mesmo diapasão, Nicola Matteucci destaca que a interpretação exata do caso Bonham pode ser controvertida, contudo, é inegável que, tanto para a Inglaterra quanto para os Estados Unidos, o *Bonham's case* constitui o início do desenvolvimento da máxima que admite a revisão da lei pelo Poder Judiciário, qual seja, o próprio controle de constitucionalidade das leis.¹⁹

Na referida decisão, Coke destacou que o *common law* regula e controla os atos do Parlamento, e, em certas ocasiões, julga-os todos nulos e sem eficácia, uma vez que, quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comum, o *common law* o controlará e o julgará nulo e sem eficácia. Coke destaca a existência de um direito superior à lei do Parlamento e que estaria contido na própria historicidade, dado que uma lei tem validade formal quando deriva do Parlamento. Contudo, esta somente adquire validade substancial, quando é racional, e o controle de seu conteúdo corresponde aos juízes do *common law*.²⁰

O racional referido por Coke pode ser entendido como o estar de acordo com a historicidade. Com efeito, ao Judiciário caberia exercer o controle dos demais atos de poder público que fossem violadores dos direitos fundamentais historicamente assegurados aos cidadãos, ainda que parte desses atos estivesse em consonância com a legislação vigente, mas em confronto com a historicidade (*common law*).

Desse modo, faz-se evidente, a partir das assertivas de Coke – e do desenvolvimento posterior dessa tecnologia pelo constitucionalismo estadunidense –, a importância da *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade) como direito

¹⁸ Essa é a leitura que fazemos do caso Bonham. Nicola Matteucci também visualiza nesse caso a origem da *judicial review* que se formou nos Estados Unidos. Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, p. 91 e ss.

Em posição intermediária, ver REY MARTINEZ, Fernando. Uma relectura der Dr. Bonham's case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 865.

¹⁹ Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Breve storia del costituzionalismo*, p. 59.

²⁰ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, p. 91.

Ver THOMAS, John Henry; FRASER, John Farquhar (orgs.). *The reports of Sir Edward Coke in thirteen parties*, v. IV, n. 118a, p. 375.

fundamental do cidadão. Da mesma maneira que a atividade do Parlamento impõe limites ao poder real, a supremacia dele não pode ser interpretada como absoluta soberania. Assim, principalmente o Judiciário, por meio da *judicial review*, tem a função primordial de limitar os dois outros poderes, buscando resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

2. O CASO *MARBURY VS. MADISON*. APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO REGRA JURÍDICA

A *judicial review*,²¹ propriamente dita como a conhecemos, tem sua origem no célebre caso *Marbury vs. Madison*.

O contexto desse caso é de fundamental importância para correta compreensão, de modo que passamos a uma breve explanação. Os Estados Unidos haviam acabado de sair da revolução que culminou na proclamação da independência e a instituição da federação. Por outro lado, iniciava-se o mandato do terceiro presidente norte-americano, o democrata-republicano Thomas Jefferson, que havia derrotado, nas eleições de 1800,

²¹ Sobre origem e desenvolvimento da *judicial review* ver: MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: história del constitucionalismo moderno*, p. 204 e ss.

Ver ainda: MARSHALL, John. *Judicial review e stato federale*. Para exame sobre a evolução da justiça constitucional a partir do caso *Marbury vs Madison*, conferir: BARBISAN, Benedetta. *Nascita di un mito: Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*.

Para análise política, conferir: OROPEZA, Manuel González. *Marbury vs. Madison: La politica en la justicia. Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, t. I, p. 315 e ss.

CLINTON, Robert Lowry. *Marbury vs. Madison and Judicial Review*, n. 5-8, p. 81 e ss.

Conferir, ainda, WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 39 e ss.

O citado autor destaca que o principal argumento de Marshall a própria submissão de todos os magistrados ao texto constitucional. *Verbis*: “*the first and most powerful argument that Marshall gave from the Constitution itself was that ‘the judicial Power is extender to all cases arising under the constitution’. How can one decide a case arising under the Constitution without looking at the Constitution? But if the judges can look at the Constitution in some cases, why are they forbidden to do so in others*”. WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Para uma análise evolutiva da *judicial review* e sua relação com a teoria de Jon Elser sobre a constituição como restrição cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *A Constituição e o estamento: contribuições à patogênese do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. 20 Anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*, pp. 227-229.

Sobre o conceito de Constituições como restrições ver: ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*, p. 119 et seq.

John Adams, do partido federalista.²² Nesta eleição, a disputa entre o partido democrata-republicano e o partido federalista foi muito intensa.²³

Depois da derrota, Adams continuou no governo por alguns meses, juntamente com o Congresso com o qual governou os seus últimos dois anos de mandato (período conhecido como *lame-duck session*). Nesse ínterim, ele promoveu uma série de reformas. Entre tais reformas, podemos citar o estabelecimento de 10 novas cortes distritais e aumento do número de tribunais federais de 03 para 06, criando novos cargos de juízes em cada um deles. Além disso, deu ao presidente, com a aprovação do Congresso, o poder de nomear juízes federais e juízes de paz. Por fim, reduziu o número de juízes da Suprema Corte de 06 para 05, retirando a possibilidade de nomeação de um novo juiz por parte do novo presidente.

A manobra, epitetada *Midnight Judges Act*, teve um claro intuito de preservar a influência do partido federalista nos estados, através da ocupação de cargos estratégicos do Poder Judiciário.²⁴

Um desses juízes nomeados com base no *Midnight Judges Act* era Willian Marbury. Marbury fora nomeado juiz de paz no Distrito de Columbia. Mas, no curto espaço de tempo que teve para formalizar todas as nomeações, o secretário de justiça de Adams, John Marshall, não conseguiu emitir o diploma de nomeação de Marbury antes de deixar o governo. Na verdade, John Marshall também havia se beneficiado do “testamento político” deixado por Adams que, nesse mesmo período, o indicou para a função de juiz da Suprema Corte.²⁵ Desse modo, sem a formalização de sua nomeação,

²² De se consignar que, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, a conformação partidária do sistema político estadunidense era distinta daquela que prevalece na atualidade, baseada na bipolaridade partido democrata – partido republicano. Na verdade, a bipolaridade atual nasce de uma cisão operada exatamente no partido de Jefferson que, naquele tempo, era chamado de partido democrata-republicano.

²³ A explicação do caso é retirada do artigo escrito em coautoria com Rafael Tomaz Oliveira (A gênese do controle difuso de constitucionalidade. *Revista de processo – RePro*, vol. 229, p. 433 e ss).

²⁴ Como relatam Cliff Sloan e David Mckean em *The great decision: Jefferson, Adams, Marshall and the battle of the Supreme Court*, p. 53. “During February 1801, his last month in office, Adams submitted a staggering total of 217 nominations to the Senate, an average of more than 7 per day, every day of that momentous month. The appointments included 93 judicial and legal offices, 53 of which were for the District of Columbia, and 106 military naval positions. Adams was determined to make every possible federal appointment in his final days and hours in office. The ‘Burden upon me in nominating Judges and Consuls and other offices... is and will be heavy’, Adams reported to Abigail. ‘My time will be taken up’”.

²⁵ Sobre a relação entre Marshall e Adams, Sloan e Mckean afirmam o seguinte: “Adams relied on one man most of all to help him with this burden [The *Midnight Judges* – *acrescentei*] – Secretary of State, an now the newly installed Chief Justice, John Marshall. Marshall was in the thick of the last-minute appointments. Job-seekers and their patrons flooded Marshall with letters as Adams’s representative. Marshall was extraordinarily busy overseeing the logistics of nominations – writing to nominees, preparing an submitting

Marbury entrou no governo democrata-republicano de Thomas Jefferson em situação precária: havia a nomeação do presidente, mas o diploma, que dava atributos jurídicos à sua nomeação, não havia sido lavrado pela autoridade competente, no caso o secretário de justiça.²⁶

Assim, com base em um ato do congresso (uma lei, poderíamos dizer) de 1789, o *Judiciary Act*, Marbury impetrou uma ação judicial, diretamente na Suprema Corte, chamada *writ of mandamus*, pedindo para que lhe fosse entregue o devido diploma de nomeação, que lhe dava direito ao exercício do cargo, uma vez que o secretário de estado de Thomas Jefferson, James Madison, recusava-se a fazê-lo.

A referida ação foi proposta em dezembro de 1801. Deflagrar esse processo foi como atear fogo em um barril de pólvora. Já no início 1802, o novo Congresso, agora com maioria republicana, mobilizou-se para promover um ato com o escopo de revogar o *Midnight Judges Act*. A aprovação de uma *Repeal Bill*, que alterasse as disposições votadas em 1801, foi objeto de intenso debate, tanto no Senado quanto na Câmara, tendo o caso *Mabury vs Madison* (ainda pendente de julgamento) como ponto de estofó.²⁷

O ato de revisão, que alterou o *Midnight Judges*, foi definitivamente aprovado no curso do primeiro semestre de 1802. Duas são as consequências desse novo *Judiciary Act*. Em primeiro lugar, reorganizou a composição dos distritos, retirando as vantagens partidárias que os federalistas haviam criado em seu ato de 1801 (por óbvio que, tal alteração colocou no lugar uma estrutura que interessasse mais aos democratas-republicanos). Em segundo lugar, com o fito de evitar questionamentos judiciais sobre essa nova manobra política, o Congresso criou dificuldades para o desenvolvimento da sessão da Suprema Corte durante o ano de 1802 até fevereiro de 1803.²⁸

the actual nominations, formalizing the appointments with official commissions, having the commissions delivered to the new office holders” (Ibidem).

²⁶ ABOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade. *Revista de processo – RePro*, vol. 229, p. 433 e ss.

²⁷ Sobre o assunto, consultar SLOAN, Cliff; MCKEAN, David. *The great decision: Jefferson, Adams, Marshall and the battle of the Supreme Court*, em especial o capítulo VIII, sugestivamente intitulado *The Firestorm*.

²⁸ Federal Judicial History. *The Judiciary Act of 1802 – Historical Note*, 2 Stat. 156. Cf., também, SLOAN, Cliff; MCKEAN, David. *Op. cit.*, pp. 113-114. Segundo os autores, “*the second bill concerning circuit-riding and the Supreme Court schedule (suspending the Supreme Court sessions until the following year)*”. ABOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade. *Revista de processo – RePro*, vol. 229, p. 433 e ss.

Quando voltou a se reunir, em janeiro de 1803, a Corte – presidida por John Marshall – teve de decidir, de bate-pronto, o caso da nomeação do juiz de paz Willian Marbury. A situação política era, portanto, deveras dramática para uma república recém-nascida. Por um lado, o juiz responsável por conduzir o julgamento pertencia ao grupo político de Adams e, sendo assim, tinha lá seus interesses na nomeação; por outro, o presidente Jefferson dava demonstrações públicas de que, se lhe fosse determinada a entrega de atos de investidura, não cumpriria a decisão do Judiciário. De outra banda, havia ainda certo “terror” pairando sobre os juízes federalistas. Com efeito, em 1802, a Câmara deflagrou um processo de impeachment contra um juiz federal vinculado ao partido federalista. Havia algum temor de que a mesma manobra pudesse ser estendida aos juízes da Suprema Corte. Tudo isso junto, a derreter em altas temperaturas no cadinho político norte-americano, dava contornos dramáticos ao julgamento.²⁹

Em sua decisão, Marshall cravou o argumento que viria a transformar o direito constitucional e a própria teoria do direito: afirmou que a garantia de que a Constituição era revestida de supremacia, se apresentando como uma espécie de “lei das leis”, como a *paramount law*, implicava na conclusão lógica de que o poder judiciário teria o poder de fiscalizar os atos do congresso que fossem editados em contrariedade aos ditames constitucionais. A saída de Marshall para a decisão do caso *Marbury v.s. Madison* foi pela via de uma questão preliminar, não do mérito. Ele reconheceu o acerto do *writ of mandamus* impetrado por Marbury. Entendeu que tal ação era adequada para a tutela do direito em discussão. Porém, afirmou que a Suprema Corte não poderia julgar o mérito daquela ação em face de uma inconstitucionalidade que viciava, desde a origem, o Judiciary Act de 1789. No caso, este ato do Congresso, conferia uma competência originária para a Suprema Corte que estava fora das atribuições que lhe foram asseguradas pela Constituição. Nesse sentido, se ao Congresso fosse autorizado modificar a Constituição do mesmo modo que se altera uma lei ordinária, a sua supremacia seria, então, uma grande ficção. A Constituição seria, assim, uma vã tentativa dos homens de limitar um poder que, ao final, sempre se mostra como ilimitado.³⁰

²⁹ ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade. *Revista de processo – RePro*, vol. 229, p. 433 e ss.

³⁰ *Ibidem*.

A partir de então, ficou assentada a possibilidade de o judiciário rever os atos do Congresso que fossem contrários à Constituição, inaugurando a *Judicial Review of legislation*.

A revisão das leis através do processo constitui garantia fundamental (elemento essencial) para a existência, preservação e concretização de uma Constituição Escrita,³¹ cujas normas devem ser consideradas sempre superiores às emanadas pelo Poder Legislativo. A sentença *Marbury vs Madison* concretiza mudanças profundas no constitucionalismo. A partir dela, fica institucionalizada a influência direta que a Constituição escrita impõe ao processo democrático.³²

Na opinião doutrinária de Alessandro Pizzorusso, o caso *Marbury vs Madison* revolucionou a própria classificação das fontes do direito, na medida em que a lei deixava de constituir a fonte das fontes, passando a ser uma das fontes do direito previstas e disciplinadas na Constituição Federal.³³

Christopher Wolfe pontua a importância da Constituição Escrita para a consolidação da *judicial review* nos Estados Unidos. Isso ocorre porque se o povo americano optou por ter Constituição escrita, por consequência, essa Constituição deverá controlar e rechaçar todos os atos legislativos contrários ao seu teor.

Do contrário, caso admita-se que os atos legislativos inconstitucionais poderiam ter o mesmo valor e igual eficácia em relação aos constitucionais, a real distinção entre governo limitado e ilimitado estaria desfeita, na medida em que qualquer ato legislativo poderia alterar a Constituição Federal, o que impediria que ela usufrísse do status de lei fundamental.³⁴

Pode-se afirmar, assim, que, a partir de 1803, tem-se por construída a ideia da Constituição como regra jurídica (de se salientar que os modelos de direito próximos à

³¹ Para exame da evolução histórica da *judicial review* nos Estados Unidos conferir: CLINTON, Robert Lowry. *Marbury vs. Madison and judicial review*, pp. 4-72.

³² MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, p. 169.

Sobre a importância da formação da *judicial review* e sua influência na função da Suprema Corte ver: OLIVEIRA, Rafael Tomaz. A Constituição e o Estamento: contribuições à patogênese do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. *20 Anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*, pp. 230-233.

³³ Nesse sentido, PIZZORUSSO, Alessandro. Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislative. *Estudios en homenaje à Héctor Fix-Zamudio*, p. 555.

³⁴ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 82.

Europa continental, somente conhecerão o conceito de constituição como regra jurídica a partir do segundo pós-guerra). Portanto, o caso *Marbury vs Madison* tem como grande inovação selar a Constituição com o caráter da normatividade.³⁵

A partir do caso *Marbury vs Madison*, fica expressamente registrado que o *judicial review* constitui elemento fundamental para garantir a concretização da Constituição Federal. Nesse sentido, asseveramos que a *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade) possui a natureza de direito fundamental.

Do contrário, ter-se-ia que admitir a existência de situações em que o cidadão ficaria obrigado a submeter-se a situações e atos formalmente legais, mas em desconformidade com o que está previsto na Constituição Federal.

3. *A IMPORTÂNCIA DE SE CONFERIR NATUREZA DE DIREITO FUNDAMENTAL À JUDICIAL REVIEW*

Assim, se a Constituição Federal consagra rol de direitos e garantias fundamentais ao cidadão, por consequência, faz-se necessário garantir ao particular todos os meios para fazer valer seus direitos constitucionalmente previstos.

Desse modo, diante de restrições aos direitos fundamentais do cidadão por algum ato do Poder Público formalmente legal, somente por meio da *judicial review* seria possível ao particular corrigir a ilegalidade e preservar seu direito fundamental. Ou seja, sem a existência da *judicial review*, o direito de ação (acesso à justiça) fica seriamente prejudicado.

É mister frisar que a atribuição de status de direito fundamental à *judicial review* tem por escopo impedir que essa garantia fundamental do cidadão (controle difuso de constitucionalidade) seja suplantada pelo próprio Judiciário, principalmente pelo recrudescimento das decisões de efeito vinculante do STF.

Ademais, a defesa do controle difuso de constitucionalidade, enquanto garantia fundamental do cidadão, justifica-se, principalmente, porque é a *judicial review* que

³⁵ Para análise histórica e contemporânea acerca da importância da *judicial review* em diversos ordenamentos jurídicos, ver: CAPPELLETTI, Mauro. The significance of judicial review of legislation in the contemporary world. *Ius privatum gentium: Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 05.07.1969*, pp. 147-164.

permite a observância das particularidades de cada caso concreto, ou seja, sem o controle difuso de constitucionalidade, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988) não seria concretizado em sua plenitude.

Nesse sentido, Christopher Wolfe destaca que, por meio da *judicial review*, o Judiciário não anula simplesmente o ato legislativo, pelo contrário, o Judiciário interpreta e esclarece o teor da legislação, inclusive afastando-a, a fim de não se permitir a violação a direitos fundamentais perante o caso concreto. O controle difuso de constitucionalidade legitima-se até mesmo porque a proteção desses direitos é o principal escopo do Poder Público.³⁶

Daí que o controle difuso de constitucionalidade não pode sofrer restrições legislativas, ou do próprio Poder Judiciário. Todavia, não se está aqui defendendo nenhuma supremacia ou ativismo do Poder Judiciário.³⁷ Pelo contrário, a própria valorização do controle difuso de constitucionalidade é que possibilita, em dimensão máxima, o controle de constitucionalidade³⁸ dos atos do Poder Público e permite que seja evitada a supressão de algum direito fundamental em decorrência de decisão com efeito vinculante do próprio Judiciário, *e.g.*, súmula vinculante.³⁹

³⁶ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 79.

³⁷ Para uma crítica ao ativismo judicial e ao suposto protagonismo judicial, conferir a obra de Lenio Luiz Streck, *O que é isto – decido conforme minha consciência?*

³⁸ Sobre esse ponto, merece transcrição a seguinte passagem de Lenio Luiz Streck:

“Entre outras coisas, devemos levar o texto a sério, circunstância que se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do direito. Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade. Portanto, não será o juiz, com base na sua particular concepção de mundo, que fará as correções morais das leis defeituosas (...).

Mas atenção: essa crítica ao subjetivismo – que é, fundamentalmente, uma crítica ao pragmatism(o) – não implica a submissão do Judiciário a qualquer legislação que fira a Constituição, entendida no seu todo principiológico. Legislativos irresponsáveis – que aprovelem leis de conveniência – merecerão a censura da jurisdição constitucional. No Estado Democrático de Direito, nenhum ato do Poder Executivo ou Legislativo está imune à sindicabilidade de cariz constitucional!” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, pp. 102-103).

³⁹ Sobre essa questão, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery admitem expressamente, o controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante. *Verbis*: “em razão da natureza legislativa da súmula vinculante, como o juiz pode controlar, in concreto, a constitucionalidade de lei, complementar ou ordinária, ou de ato normativo contestado em face da CF, a ele é possível, também, fazer o controle da constitucionalidade de verbete da súmula vinculante do STF, que tem caráter geral e normativo”. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, comentário 16, CF 103-A, p. 742.

Portanto, o historicismo⁴⁰ acima destacado, permite depreender a importância que a preservação dos direitos fundamentais e o controle do poder possuem para a construção do constitucionalismo. Assim, os direitos fundamentais são atualmente os elementos fundantes e legitimadores do Estado Democrático de Direito. O Judiciário possui papel fundamental para a defesa dos direitos fundamentais, isso porque, conforme ressalta Coke, é a função do Judiciário garantir a supremacia dos direitos fundamentais perante a ingerência do Poder Público (real ou parlamentar) e também averiguar e controlar a adequabilidade dos atos do Poder Público ao historicismo. Ou seja, o Judiciário teria a função de examinar se atos do poder público, ainda que formalmente válidos, não estão em dissonância em relação aos da tradição histórica de determinada sociedade que, em sua formação, assegurou historicamente e progressivamente direitos fundamentais, cuja grande parte está atualmente positivada no texto constitucional.

Dessa forma, é evidente a importância que a *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade) conferiu para a elaboração e a garantia dos direitos fundamentais. Em conformidade com o que foi demonstrado até o presente momento, a limitação do poder e a preservação dos direitos fundamentais constituem o principal mote perseguido pela evolução do constitucionalismo. Assim sendo, os direitos fundamentais não podem ser violados pelo Poder Público, porquanto sua preservação é o ponto fundante da legitimidade do próprio Poder Público (Estado).

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STJ

O STJ, não obstante ser o órgão responsável em assegurar a incolumidade e a uniformidade da legislação federal, possui a prerrogativa de realizar o controle difuso de constitucionalidade ao realizar o juízo de revisão dos Recursos.

Como é cediço, tanto o recurso especial, quanto o recurso extraordinário, têm efeito devolutivo restrito; por isso, o julgamento desses recursos excepcionais ocorre em duas etapas. Na primeira etapa, ocorre o juízo de cassação,⁴¹ no qual o STJ decide se o

⁴⁰ Sobre nosso conceito de historicidade, v. nota 50 da obra de nossa autoria: *Processo constitucional brasileiro*.

⁴¹ “RE e REsp. Juízo de cassação. Cassar significa desconstituir, anular. Há países – como, por exemplo, Itália e França – nos quais existem o recurso de cassação e o correspondente tribunal de cassação, constituindo sistema separado do recurso de revisão, com o seu correspondente tribunal de revisão. Nesse

acórdão recorrido violou ou não os dispositivos das leis federais invocadas no recurso especial. Vale ressaltar que é no bojo do juízo de cassação que pode ocorrer a desconstituição (anulação) do acórdão recorrido ou decisão de última ou única instância recorrida.

Apenas se for positivo o juízo de cassação é que o STJ está autorizado adentrar no juízo de revisão, no qual passará a rejulgar a lide. Quando o STJ exerce a função de cassação, ele apenas controla a higidez do acórdão. Desse modo, o que não estiver contido na decisão (o que não tiver sido decidido) não pode ser sindicado pelo tribunal superior, no caso o STJ.

No juízo de revisão⁴² ocorre rejulgamento da lide. Em outras palavras, o STF e o STJ passam a atuar como tribunais de apelação, sendo-lhes facultado examinar provas e apreciar *ex officio* as matérias de ordem pública.

Nesse contexto, o STF já sumulou a possibilidade de no juízo de revisão aplicar-se o direito à espécie. *Verbis*. Súmula 456 do STF: “O supremo tribunal federal,

caso, ao dar provimento ao recurso, o tribunal de cassação apenas cassa, anula a decisão recorrida, devolvendo os autos à instância inferior para que esta possa rejulgar a causa, aplicando necessariamente a interpretação e a conclusão dadas pelo tribunal de cassação. Este tribunal de cassação não tem o poder de rejulgar a causa (juízo de revisão). Nessa função de cassação, o tribunal superior apenas controla a higidez do acórdão ou decisão de última ou única instância recorrida: o que não estiver na decisão (o que não tiver sido decidido) não pode ser sindicado pelo tribunal superior, ainda que seja matéria de ordem pública, pois esse exame, pela primeira vez, sem decisão anterior do tribunal a quo, não está autorizado pelo art. 102, III, da CF/1988 (RE) nem pelo art. 105, III, da CF/1988 (REsp). Ao exercer a função de tribunal de cassação, STF, STJ e TST só poderão analisar questões de direito que tiverem sido efetivamente decididas pelo órgão jurisdicional inferior (STF 282 e 356), protegendo a CF, o respeito à lei federal e uniformizando o entendimento da lei federal no País, sendo-lhes vedado o simples reexame de prova (Súmulas 279 do STF e 7 do STJ). Verificando, v.g., o desrespeito à CF ou à lei federal, o tribunal superior dará provimento ao recurso excepcional, cassando (anulando) a decisão incorreta. Somente se for provido o recurso excepcional é que o tribunal poderá passar ao segundo juízo: o de revisão”. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, coment. 6 ao art. 541 do CPC, p. 1134.

⁴² “RE e REsp. Juízo de revisão. Revisar significa rejulgar, julgar de novo. É atributo típico da competência recursal de tribunal. O conteúdo e os limites do juízo de revisão são dados pelo sistema legal que disciplina o recurso. Para que se possa proferir adequada e corretamente o juízo de revisão, o tribunal superior deverá ingressar livremente no exame da prova constante dos autos, funcionando como verdadeiro tribunal de apelação, podendo inclusive corrigir injustiça. No juízo de revisão, porque exerce funções de tribunal de apelação (segundo grau de jurisdição), pode o tribunal superior examinar pela primeira vez as questões de ordem pública, que devem ser examinadas em qualquer grau ordinário de jurisdição (art. 267, § 3.º, e 301, § 4.º, CPC), circunstância decorrente do efeito translativo dos recursos (v. Nery. Teoria geral dos recursos, nº 3.5.4, p. 460 e ss.). Está correta a disposição do STF 456: ‘o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do [rectius: dando provimento ao] recurso extraordinário julgará a causa, aplicando o direito à espécie’. Esse verbete aplica-se também, por extensão, ao STJ quando do julgamento do REsp, conforme previsto no RISTJ 257”. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, coment. 7 ao art. 541 do CPC, p. 1134.

conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. A citada súmula 456 do STF aplica-se ao STJ em virtude do estabelecido no art. 237 do RISTJ: “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

Destarte, o STJ, como qualquer outro órgão ou juízo singular, tem a plena capacidade de exercer a *judicial review* perante texto legislativo inconstitucional, no instante em que estiver realizando o juízo de revisão ou ao julgar processos de sua competência originária (art. 105, I, da CF/1988), bem como no julgamento do recurso ordinário (art. 105, I, da CF/1988). Desse modo, é inconteste que o STJ, uma vez tendo sido superada a admissibilidade do recurso especial (juízo de cassação), estará autorizado a, ao julgar o mérito recursal, exercer o controle de constitucionalidade quando for necessário.⁴³

A polêmica sobre essa questão foi suscitada no julgamento do incidente de inconstitucionalidade no Resp 1135354 em que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não conheceu da arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 4.^a Turma a respeito dos incs. III e IV do art. 1.790 do CC/2002. Prevaleceu na ocasião, o entendimento do Min. Teori Zavascki.⁴⁴

⁴³ Nesse mesmo sentido, é a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *verbis*: “REsp. Controle da constitucionalidade das leis e atos normativos federais. Juízo de cassação. É possível ao STJ, no julgamento de ação de sua competência originária (art. 105, I, da CF/1988), ou por meio de recurso ordinário (art. 105, II), controlar a constitucionalidade de lei federal e de ato normativo federal ou estadual contestado em face da CF (controle concreto ou difuso), observada a reserva de plenário (art. 97 da CF/1988). No entanto, no juízo de cassação do REsp é absolutamente inadmissível o conhecimento de questão constitucional” (Constituição federal comentada e legislação constitucional. coment. 20 ao art. 105 da CF/1988, p. 759-760).

⁴⁴ “1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade, suscitado pela 4.^a Turma, relativamente aos incs. III e IV do art. 1.790 CC/2002, que tratam da ordem de sucessão do companheiro ou da companheira, relativamente aos bens adquiridos na vigência da união estável. O relator, Min. Luis Felipe Salomão acolheu o incidente, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos referidos, ao argumento fundamental de que o tratamento discriminatório por eles conferido ao companheiro ou companheira, em união estável, em relação ao cônjuge, em regime formal de casamento, não é compatível com o art. 226, § 3.º da Constituição. O Min. César Rocha, em voto-vista, divergiu, primeiro para suscitar preliminar de não conhecimento do incidente e, no mérito, para afastar a inconstitucionalidade, ao fundamento de que casamento e união estável, embora recebam ambos da Constituição o reconhecimento como entidade familiar, nem por isso se igualam, necessariamente, para fins patrimoniais e sucessórios, nada impedindo que o legislador outorgue tratamento diferente para cada situação. 2. Proceda a preliminar suscitada pelo Min. César Rocha. O acórdão recorrido, confirmando decisão no mesmo sentido proferida em primeiro grau, julgou a causa aplicando – e, portanto, considerando constitucional – o art. 1.790 do CC. É evidente, portanto, que a reforma do julgado supõe a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo. Justamente por isso é que a questão constitucional foi suscitada nas razões de recurso especial. O próprio

Ocorre que, ao que tudo indica, o juízo de cassação poderia ser dado em virtude de divergência jurisprudencial, o próprio recurso especial também se lastreava na alínea c do inc. III do art. 105 da CF. Por conseguinte, a cassação se daria por divergência jurisprudencial, e a questão da constitucionalidade ficaria restrita ao juízo de revisão. No reexame (juízo de revisão), o STJ passaria a proferir nova decisão mediante controle difuso de constitucionalidade dos incs. III e IV do art. 1.790 do CC.

Por fim, caso seja realizado o controle de constitucionalidade, o STJ tem a obrigação de atender à regra da reserva de plenário, sendo-lhe vedado exercer o controle difuso de constitucionalidade sem observar a regra do *full bench* disposto no art. 97 da CF/1988.⁴⁵ Na hipótese de o STJ desatender ao previsto no art. 97 da CF/1988, caberá recurso extraordinário contra o acórdão proferido pelo STJ, por violação expressa ao que estabelece o art. 97 da CF/1988.

5. A REGRA DE RESERVA DE PLENÁRIO

voto do Ministro relator, referindo-se aos fundamentos do recurso especial, registrou que o recorrente “sinalizou dissídio jurisprudencial quanta à aplicação do art. 1.790 do CC/2002 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício”. Ora, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. O recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso, que também contamina, por derivação natural, o do presente incidente de inconstitucionalidade. Assim, em preliminar, voto pelo não conhecimento do incidente” (STJ, Corte Especial, AgIn REsp 1.135.354 – PB voto do Min. Teori Zavascki).

⁴⁵ Paradigmático nesse sentido é o seguinte acórdão do STJ:

“1. Nos órgãos colegiados dos Tribunais, a proclamação do resultado do julgamento do recurso se dá pelas conclusões dos votos, não pelos seus fundamentos. 2. Não tendo sido apontado, em face do acórdão recorrido, qualquer dos vícios enumerados no art. 535 do CPC, não há como acolher os embargos declaratórios interpostos. 3. O prequestionamento de matéria federal infraconstitucional é requisito de cabimento do recurso especial: não pode ser conhecido tal recurso quando tem como fundamento violação a preceito constitucional. Isso, todavia, não significa dizer que ao STJ jamais é dado enfrentar matéria constitucional, como se o Tribunal fosse obrigado a, necessariamente, aplicar o preceito normativo invocado no recurso, mesmo que o considere incompatível com a Constituição. 4. Na instância extraordinária, superado o juízo de admissibilidade do recurso, cumpre ao Tribunal ‘julgar a causa, aplicando o direito à espécie’ (RISTJ, art. 257; súmula 459 do STF). Nessa oportunidade, o STJ não só pode, como deve, se necessário, enfrentar eventuais razões de ordem constitucional que impedem a aplicação, à causa em julgamento, da norma federal infraconstitucional invocada pelo recorrente. Cumpre-lhe, assim, afastar a aplicação dessa norma não só quando a considerar inconstitucional (observado, nesse caso, o princípio da reserva de plenário – art. 97 da CF/1988), como também quando, como no caso, a considerar revogada, implícita ou expressamente, pela ordem constitucional superveniente. 5. Embargos de declaração rejeitados” (STJ, EDcl no REsp 738689/PR, 1.^a Seção, julgado em 12.12.2007, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 07.02.2008).

5.1. As sentenças interpretativas e a regras da reserva de plenário – art. 97 da CF/1988

Nesse tópico, será examinada a aplicação da reserva de plenário (art. 97 da CF/1988) para as decisões interpretativas. Desenvolveremos argumentação para demonstrar a desnecessidade de atender ao *full bench* na decisão que efetua interpretação conforme a Constituição e sua relação com a Súmula Vinculante 10. Em seguida, analisaremos a aplicação da reserva de plenário para as decisões que utilizam a técnica da arguição de nulidade sem redução de texto.

5.1.1. Reserva de plenário e a decisão que aplica interpretação conforme a Constituição e a Súmula Vinculante 10

Quando se aplica a interpretação conforme, não existe uma decisão de inconstitucionalidade, tal como destaca Rui Medeiros,⁴⁶ muito menos ocorre a declaração da inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de determinado texto normativo; isso acabaria provocando o equívoco de se converter uma modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os tribunais e juízes, em uma técnica de declaração de inconstitucionalidade.⁴⁷

Por não consistir numa decisão de inconstitucionalidade, uma vez que na interpretação conforme a norma não é declarada inconstitucional, e, por isso, não é uma lei inválida e, sim, constitucional, essa forma de decisão não acarreta a necessidade de se suscitar o incidente de inconstitucionalidade (art. 97 da CF/1988) quando praticada pelos tribunais inferiores.⁴⁸

A jurisprudência do STF é uníssona em afirmar a desnecessidade de aplicação da reserva de plenário (art. 97 da CF/1988) quando ocorrer simples interpretação

⁴⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, p. 318.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 461.

⁴⁸ Nesse sentido, v. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 662.

conforme a Constituição. Tanto assim é que o Pretório Excelso promulgou a Súmula Vinculante 10.⁴⁹

A Súmula Vinculante 10 demonstra que o STF entende que o afastamento de determinado dispositivo legal em razão de inconstitucionalidade demanda a reserva de plenário. A simples interpretação conforme a Constituição, não pode ser manejada para afastar a incidência de determinada lei, mas apenas para lhe conferir a interpretação mais adequada à Constituição Federal, mas não para afastar sua incidência.

Desse modo, o STF superou entendimento anterior do Min. Moreira Alves,⁵⁰ para quem não se equipara a controle difuso de constitucionalidade o afastamento da lei por meio da interpretação conforme a Constituição.⁵¹

⁴⁹ Súmula vinculante 10 do STF: “Viola a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/1988) 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”.

⁵⁰ No sentido que criticamos: ver o seguinte precedente, atualmente superado pela jurisprudência do próprio STF:

“Interpretação conforme à Constituição e reserva de plenário. Caderneta de poupança. Direito adquirido. Interpretação do art. 17 da MedProv 32/1989 convertida na Lei 7.730/1989. Redução do percentual da inflação aplicável ao caso. – Inexistência de ofensa ao art. 97 da CF. Com efeito, o acórdão recorrido não declarou a inconstitucionalidade do art. 17, I, da MedProv 32/1989, convertida na Lei 7.730/1989, mas, apenas, em respeito ao direito adquirido, o interpretou no sentido de que não se aplicava ele às cadernetas de poupança em que, antes da edição dela, já se iniciara o período de aquisição da correção monetária. Note-se que no controle difuso interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da CF, e isso porque, nesse sistema de controle, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, não é utilizável a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, por se lhe dar uma interpretação conforme à Constituição, o que implica dizer que inconstitucional é a interpretação da norma de modo que a coloque em choque com a Carta Magna, e não a inconstitucionalidade dela mesma que admite interpretação que a compatibiliza com esta. – Falta de prequestionamento (súmulas 282 e 356) da questão constitucional relativa ao direito adquirido no que diz respeito à redução do percentual da inflação aplicável ao caso. Recursos extraordinários não conhecidos” (STF, RE 184093/SP, 1.^a T., j. 29.4.1997, v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU 05.09.1997, p. 41894).

⁵¹ Explicitando o novo entendimento do STF, conferir:

“Reserva de plenário. Controle difuso de constitucionalidade. A estrita observância, pelos Tribunais em geral, do postulado da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da CF/1988, atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. Doutrina. Jurisprudência. – A inconstitucionalidade de leis ou de outros atos estatais somente pode ser declarada, quer em sede de fiscalização abstrata (método concentrado), quer em sede de controle incidental (método difuso), pelo voto da maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal, reunidos em sessão plenária ou, onde houver, no respectivo órgão especial. Precedentes. – Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal, em consequência, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no art. 97 da Constituição da República. Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão meramente fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno. Equivalência, para os fins do art. 97 da constituição, entre a declaração de inconstitucionalidade e o

No AgRg Ag 472897, o rel. Min. Celso de Mello decidiu pela necessidade de aplicação da reserva de plenário, em caso no qual o Superior Tribunal de Justiça considerou que o art. 56 da Lei 9.430/1996 não poderia derrogar isenção tributária concedida por lei complementar (a LC 70/1991, no caso). O STJ pretensamente fundamentou sua decisão no princípio da hierarquia das leis; entretanto, o STF entendeu que o STJ, na realidade, ao deixar de aplicar a Lei 9.430/1996, art. 56, afastou a aplicação da referida lei do caso concreto, o que implica em controle de constitucionalidade que demanda reserva de plenário.⁵²

O STF, com a promulgação da súmula vinculante n. 10, considerou que a reserva de plenário deverá sempre incidir, não apenas quando ocorrer de maneira explícita a

juízo, que, sem proclamá-la explicitamente, recusa aplicabilidade a ato do poder público, sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional. Equivale à própria declaração de inconstitucionalidade a decisão de Tribunal, que, sem proclamá-la, explícita e formalmente, deixa de aplicar, afastando-lhe a incidência, determinado ato estatal subjacente à controvérsia jurídica, para resolvê-la sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional. Precedentes (STF)” (STF, AgRg Ag 472897/PR, 2ª Turma, julgado em 18.09.2007, rel. Min. Celso de Mello, DJU 26.10.2007, p. 79). Em âmbito consoante, já se pronunciou o STJ:

“Declaração de inconstitucionalidade, ainda que não expressa, não dispensa a reserva de plenário. 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC na hipótese em que todas as questões suscitadas, ainda que implicitamente, tenham sido examinadas no acórdão embargado. 2. O princípio da reserva de plenário deve ser observado, quando o órgão fracionário deixa de aplicar determinada lei por vício de inconstitucionalidade, ainda que não tenha expressamente declarado tal inconstitucionalidade. 3. Reconhecida a violação do princípio da reserva de plenário, deve ser anulado o julgado por ofensa aos arts. 480 e 481 do CPC. 4. Recurso especial provido parcialmente” (STJ, REsp 745970/RS, 2ª Turma, julgado em 12.06.2007, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 06.08.2007, p. 476).

⁵² Nos termos do voto do Min. Celso de Mello:

“O exame dos presentes autos revela que o E. Superior Tribunal de Justiça, em acórdão emanado de órgão meramente fracionário, ao decidir que o art. 56 da Lei (ordinária) 9.430/1996 não poderia derrogar isenção tributária concedida por lei complementar (a LC 70/1991, no caso), culminou por afastar – com apoio no princípio da hierarquia das leis (na verdade, com fundamento na reserva constitucional de lei complementar), – a incidência, na espécie, de mencionada norma legal (Lei 9.430/1996, art. 56), em julgamento que deixou de observar o postulado da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da Constituição da República.

É importante acentuar, neste ponto – tendo em vista o próprio conteúdo do v. acórdão impugnado em sede recursal extraordinária, emanado de colenda Turma do E. STJ (órgão fracionário, portanto) – que o Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência (RE 432.597-AgR/SP e AgIn 473.019-AgR/SP, ambos relatados pelo Min. Sepúlveda Pertence), considera ‘declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidí-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição’ (RTJ 169/756-757, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Na realidade, esta Suprema Corte *tem entendido equivaler, à própria declaração de inconstitucionalidade, o julgamento, que, sem declará-la, explícita e formalmente, vem a recusar aplicabilidade ao ato do Poder Público, sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional.*

Vê-se, desse modo, que o julgamento em questão – como resulta do próprio acórdão recorrido e é ressaltado pela União Federal – realizou-se em confronto com a exigência contida no art. 97 da Lei Fundamental, cuja observância é essencial em tema de declaração de inconstitucionalidade” (STF, AgRg Ag 472897/PR, 2ª T., j. 18.09.2007, v.u., rel. Min. Celso de Mello, DJU 26.10.2007, p. 79, voto do relator).

declaração de inconstitucionalidade, mas também quando suceder o afastamento da aplicação da lei, porque a sua incidência seria considerada inconstitucional.

No entendimento do STF – consolidado em súmula vinculante (10) – não podem os tribunais escamotear a declaração de inconstitucionalidade, sempre que a lei for afastada do caso concreto, em razão de outros princípios constitucionais; nesses casos, deve sempre ser aplicada a reserva de plenário.⁵³

Desse modo, a interpretação conforme a Constituição embasa-se na não declaração da inconstitucionalidade de um preceito normativo, enquanto este puder ser interpretado em conformidade com o texto constitucional. A interpretação conforme a Constituição não afasta a incidência do texto interpretado do caso concreto, trata-se de decisão que não desaplica a lei, ou seja, não é decisão de inconstitucionalidade. Por consequência, sua utilização pode ser feita sem a necessidade de se atender à reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF/1988.

5.1.2. Reserva de plenário e a decisão que efetua arguição de nulidade sem redução de texto

Mais polêmica se afigura a desnecessidade de utilização do incidente de inconstitucionalidade (art. 97 da CF/1988) nas decisões em que é utilizada a arguição de

⁵³ Sobre o tema, merece destaque a transcrição do interior teor do acórdão da Questão de Ordem do RE 580108/SP, que foi o *leading case* que originou a atual Súmula Vinculante 10:

“O caso que trago à consideração deste Plenário, nesta questão de ordem, diz respeito aos procedimentos da implantação do regime da repercussão geral aos recursos extraordinários.

Refiro-me às matérias que não precisarão ser levadas ao julgamento de mérito pelo Plenário ou pelas turmas, por já terem sido enfrentadas, formando jurisprudência nesta Corte.

É o caso deste recurso extraordinário, que trata da necessidade de observância d cláusula constitucional da reserva do plenário, para que os tribunais possam negar vigência a disposição legal expressa.

Para contextualizar o cenário em que se deu a decisão impugnada, transcrevo abaixo, os arts. 3.º e 4.º da LC 118/2005, que foram objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça em embargos de declaração.

(...)

O Superior Tribunal de Justiça entendeu inaplicável o disposto no art. 4º, às ações ajuizadas anteriormente à sua vigência, afastando, de forma expressa, o texto legal que dita sua aplicação retroativa, ao determinar a incidência do art. 106 do CTN, segundo o qual, a lei interpretativa aplica-se aos fatos anteriores à sua vigência:

(...)

A impossibilidade de afastamento de disposição legal expressa, sem observância da cláusula de reserva de plenário, é matéria já exaustivamente decidida nesta Casa, na linha contrária à que foi adotada pelo acórdão recorrido em embargos declaratórios” (STF, Pleno, QO no RE 580108/SP, julgado em 11.06.2008, rel. Min. Ellen Gracie, DJUe 18.12.2008, voto da relatora).

nulidade sem redução de texto, porque nestas ocorre a declaração de inconstitucionalidade de uma variante de sentido, ainda que o texto constitucional se mantenha incólume. Para Lenio Streck, também nesse caso, a suscitação do incidente será desnecessária, em razão da característica das sentenças interpretativas; o incidente é dispensável porque a inconstitucionalidade é declarada sobre um dos sentidos da lei, enquanto o texto permanece.⁵⁴

A arguição de nulidade sem redução de texto, ainda que implique uma declaração de inconstitucionalidade, não atinge o texto da lei, não retira o ato normativo do ordenamento jurídico, conseqüentemente, em regra, não deve ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade, desde que a declaração de inconstitucionalidade de um dos sentidos da lei não implique na declaração de inconstitucionalidade de uma das hipóteses de incidência prevista no próprio texto da lei e, conseqüentemente, a desaplicação da lei ao caso concreto.

O art. 97 da CF diz que a reserva de plenário (*full bench*) deve ser arguida quando for declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Nas sentenças interpretativas, consoante já afirmamos, o controle de constitucionalidade não incide sobre o texto da lei em si, e sim, sobre suas variantes interpretativas. Essas modalidades de sentença são sistematizáveis a partir da distinção entre texto normativo e norma – separação à qual dedicamos todo o primeiro capítulo da obra *Processo Constitucional Brasileiro*.⁵⁵

Atualmente, a norma não deve mais ser confundida com o texto legal, ela possui uma concepção expansiva; assim, o controle de constitucionalidade não deve mais ser restrito aos enunciados e dispositivos do texto legislativo, devendo, pelo contrário, abranger as normas resultantes deles através da interpretação.⁵⁶ As normas podem ser fiscalizadas pelas sentenças interpretativas que as corrigem sem alteração do texto legal.

Por não atingirem o texto da lei, declarando-o em parte ou totalmente inconstitucional, essas sentenças interpretativas, que aplicam a interpretação conforme a Constituição e a arguição de nulidade sem redução de texto, dispensam a necessidade de

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 670.

⁵⁵ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*.

⁵⁶ Cf. MEDEIROS, Rui. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada de constitucionalidade. *Derecho constitucional para el siglo XXI*, t. II, p. 3731 e ss.

se instaurar o incidente de inconstitucionalidade previsto no art. 97 da CF/1988. Podem, portanto, os órgãos fracionários proferir sentenças interpretativas sem que haja anterior declaração proferida pelo órgão especial ou pelo plenário.

Frise-se que a reserva de plenário não poderá ser dispensada se a arguição de nulidade, ao declarar inconstitucional um dos sentidos da lei, culminar na não aplicação da lei ao caso concreto, quando a própria lei previa sua aplicação ao caso. Nesse caso, estará sendo utilizada erroneamente a arguição de nulidade sem redução de texto, porquanto nessa hipótese fica caracterizada a declaração de inconstitucionalidade da própria lei e não de um de seus sentidos ao caso concreto. Assim, se a arguição de nulidade for utilizada para afastar a aplicação da lei ao caso concreto, em virtude de inconstitucionalidade, incidirá a regra da reserva de plenário (CF/1988, art. 97), sob pena de se permitir modalidade de declaração de inconstitucionalidade que burlaria a regra do *full bench*.

Sobre o tema, também merecem destaque duas situações em que o STF entendeu ser aplicável o incidente de inconstitucionalidade. A primeira consiste no fato de que a declaração de inconstitucionalidade superveniente não afasta a nulidade do acórdão que não atendeu anteriormente à reserva de plenário.⁵⁷ A outra situação que exige a reserva de plenário ocorre quando se aplica um dispositivo anterior em detrimento de norma superveniente por fundamentos extraídos da própria Constituição, isso equivaleria à declaração de inconstitucionalidade.⁵⁸

⁵⁷ “Declaração de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial de maneira superveniente não afasta a nulidade do acórdão que não atendeu à reserva de plenário. Suspendem-se os efeitos do acórdão recorrido até o julgamento do apelo extremo em que se invoca descumprimento da cláusula alusiva à reserva de Plenário (art. 97 da Constituição Federal). 2. A decisão proferida posteriormente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, sobre o mesmo tema ou matéria de fundo, em Arguição de Inconstitucionalidade, constitui fato superveniente que não afasta a nulidade formal antes apontada no processo subjetivo. Fato, além do mais, que não espelha nenhum dos pressupostos dos embargos declaratórios, nos termos do art. 535 do CPC (omissão, contradição ou obscuridade). 3. Embargos a que se nega provimento” (STF, EDcl na AC 930/RJ, 1ª Turma, julgado 23.10.2007, rel. Min. Carlos Britto, DJUe 10.04.2008).

⁵⁸ “Aplicação de dispositivo anterior em detrimento de norma superveniente por fundamentos extraídos da CF equivale à declaração de inconstitucionalidade. Reserva de plenário. Necessidade. Agravo regimental em recurso extraordinário. Possibilidade de quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa sem prévia autorização do Judiciário. 2. Recurso extraordinário provido monocraticamente para afastar a Aplicação do art. 8º da Lei 8.021/1990 (‘Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei 4.595, de 31.12.1964.’) e restabelecer a sentença de primeira instância. 3. Aplicação de dispositivo anterior em detrimento de norma superveniente, por fundamentos extraídos da Constituição, equivale à declaração de sua inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Agravo regimental provido, por maioria de votos, para anular a

5.1.3. Aspectos controvertidos acerca da interpretação da Súmula Vinculante 10

O Supremo editou o enunciado n. 10 de sua súmula vinculante dispondo sobre o tema, com a seguinte redação: “Viola a cláusula de reserva de plenário (no art. 97 da CF/1988) a decisão do 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”.⁵⁹

Tal enunciado deve ser interpretado à luz da necessidade da reserva de plenário sempre que a declaração de inconstitucionalidade atingir o texto normativo –seja totalmente ou em parte. Quando a declaração de inconstitucionalidade for parcial e incidir sobre o texto, ainda que ausente declaração expressa, será necessário o incidente de inconstitucionalidade. Em outros termos, sempre que houver desaplicação da lei nas hipóteses fáticas em que ela deveria incidir (porque o próprio texto legal assim determina) não poderá ser dispensada a reserva de plenário.

decisão monocrática e remeter o recurso extraordinário para julgamento do Plenário” (STF, AgRg RE 261278/PR, 2ª Turma, julgado em 01.04.2008, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJUe 31.07.2008).⁵⁹ “Reserva de plenário. STF 10. Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Incidência da Súmula Vinculante n. 10. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, AgRg no Ag 505016/RS, 2ª Turma, julgado em 11.11.2008, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJUe 05.02.2009).

O STJ já se manifestou pela necessidade de reserva de plenário ainda que não haja declaração expressa da inconstitucionalidade: “Declaração de inconstitucionalidade, ainda que não expressa, não dispensa a reserva de plenário. 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC na hipótese em que todas as questões suscitadas, ainda que implicitamente, tenham sido examinadas no acórdão embargado. 2. O princípio da reserva de plenário deve ser observado, quando o órgão fracionário deixa de aplicar determinada lei por vício de inconstitucionalidade, ainda que não tenha expressamente declarado tal inconstitucionalidade. 3. Reconhecida a violação do princípio da reserva de plenário, deve ser anulado o julgado por ofensa aos arts. 480 e 481 do CPC. 4. Recurso especial provido parcialmente” (STJ, REsp 745970/RS, 2ª Turma, julgado em 12.06.2007, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 06.08.2007, p. 476).

Consoante ao que defendemos, o STF já se pronunciou: “Note-se que no controle difuso interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da CF, e isso porque, nesse sistema de controle, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, não é utilizável a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, por se lhe dar uma interpretação conforme à Constituição, o que implica dizer que inconstitucional é a interpretação da norma de modo que a coloque em choque com a Carta Magna, e não a inconstitucionalidade dela mesma que admite interpretação que a compatibiliza com esta. – Falta de prequestionamento (súmulas 282 e 356) da questão constitucional relativa ao direito adquirido no que diz respeito à redução do percentual da inflação aplicável ao caso. Recursos extraordinários não conhecidos” (STF, RE 184093/SP, 1ª Turma, julgado em 29.04.1997, rel. Min. Moreira Alves, DJU 05.09.1997, p. 41894). Reiterando esse posicionamento cf. STF, RE 460971, 1ª Turma, julgado em 13.02.2007, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 30.03.2007, p. 76).

Ou seja, se uma lei X estabelece em seu artigo X' que ela deve ser aplicada à hipótese Y' e em seu artigo X'' à hipótese Y'', caso o Tribunal entenda que a aplicação da Lei X à hipótese Y'' é inconstitucional, mesmo que não declare expressamente a inconstitucionalidade do artigo X'', o incidente de inconstitucionalidade deverá ser suscitado, porque essa decisão não é puramente interpretativa, mas havia um dispositivo legal (X'') prevendo expressamente a incidência da lei X a uma determinada hipótese (Y'') que foi considerada inconstitucional. Nesse caso, ainda que a declaração de inconstitucionalidade não seja expressa, o texto da lei (artigo X'') é atingido, logo essa sentença não é puramente interpretativa e deve, assim, ser aplicado a ela o art. 97 da CF, bem como o enunciado n. 10 da súmula vinculante.

Contudo, se, no mesmo exemplo, a Lei X não apresentasse os artigos X' e X'' e suas hipóteses de incidência fossem produto da interpretação do texto normativo, a interpretação do teor literal da lei X permitiria a visualização de sua aplicação às hipóteses Y''' e Y''', ressaltando que essas hipóteses não estão previstas no texto legislativo, mas são produto da interpretação dos tribunais. Caso o Tribunal entenda que o sentido interpretativo que permite a incidência da lei X à hipótese Y''', é inconstitucional, essa sentença será interpretativa porque não atinge de maneira alguma o texto da lei X, apenas declara inconstitucionalidade de uma de suas variantes interpretativas (Y''').

No exemplo anterior, a inconstitucionalidade atingia uma hipótese de aplicação (Y'') prevista no texto da lei (X''). A declaração de inconstitucionalidade dessa hipótese de incidência repercute no próprio texto legal que expressamente a albergava, o que implica dizer que essa decisão não é meramente interpretativa porque não mantém intacto o texto legal, uma vez que, ainda que não se manifeste expressamente, considera parte dele inconstitucional. Nessa sentença, o incidente de inconstitucionalidade (art. 97 da CF/1988) faz-se obrigatório, mesmo nos termos da Súmula Vinculante 10.

No segundo exemplo, o texto legal não possui nenhum dispositivo prevendo expressamente quais serão as hipóteses de aplicação da lei, as hipóteses serão produto da interpretação dos tribunais. Caso uma decisão considere inconstitucional uma das hipóteses de incidência dessa lei, estará atingindo apenas um dos possíveis sentidos interpretativos dela, mantendo o texto legislativo intacto; essa é uma típica decisão

interpretativa, por conseguinte, nela não deve ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade.⁶⁰

Em síntese, no caso de decisões que atingem o texto da lei, faz-se necessário suscitar o incidente de inconstitucionalidade, algo que não deve ser aplicado às decisões interpretativas em que é atingida apenas uma das possíveis interpretações da lei, porque “o juízo de inconstitucionalidade de uma determinada interpretação da lei não afeta a lei em si mesma, não pondo portanto em causa a obra do legislador”.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Processo – RePro*, vol. 229. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARBISAN, Benedetta. *Nascita di un mito: Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*. Bologna: Il Mulino, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *The significance of judicial review of legislation in the contemporary world. Ius privatum gentium: Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 05.07.1969, Band I – Rechtsmethodik und internationales recht*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1969.

CLINTON, Robert Lowry. *Marbury vs. Madison and judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 1989.

ELSTER, Jon. *Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Unesp, 2009.

JOLOWICZ, John Anthony. El controle judicial de las leyes en el Reino Unido. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor*

⁶⁰ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, p. 330.

Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. México: Marcial Pons, 2008. Volume I.

MARSHALL, John. *Judicial review e stato federale*. Milão: Giuffrè, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. *Breve storia del costituzionalismo*. Brescia: Morcelliana, 2010.

_____. *Organización del poder y libertad: história del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed. 1999.

_____. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada de constitucionalidade. *Derecho constitucional para el siglo XXI*. Javier Pérez Royo et al. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006. Tomo II.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *A Constituição e o Estamento: contribuições à patogênese do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. 20 Anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. Lenio Luiz Streck; Vicente de Paula Barreto e Alfredo Santiago Culleton (orgs.). São Leopoldo: Óikos, 2010.

OROPEZA, Manuel González. *Marbury vs. Madison: La política en la justicia. Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*. Mexico: Universidad Autónoma de México, 1988. Tomo I.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislative. Estudios en homenaje à Héctor Fix-Zamudio, v. 5*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (orgs.). México: Universidad Autónoma de Mexico, 2008.

REY MARTINEZ, Fernando. Uma relectura der Dr.Bonham's Case y de la Aportación de Sir Edward Coke a la Creación de la Judicial Review. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (org.). México: Marcial Pons, 2008.

SLOAN, Cliff. MCKEAN, David. *The great decision: Jefferson, Adams, Marshall and the battle of the Supreme Court*. New York: Public Affairs, Kindle Edition.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THOMAS, John Henry; FRASER, John Farquhar (orgs.). *The reports of Sir Edward Coke in thirteen parties*. London: Joseph Butterworth and Son, 1826, n. 107a/121a. Volume IV.

WOLFE, Christopher. *Judicial Activism: bulwark of Freedin ir Precarious Security?* New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

_____. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.