

# INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – ALCANCE DA NORMA CONTIDA NO ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 9.756/98

**SIDNEY HARTUNG BUARQUE**

*Desembargador TJ/RJ. Diretor de Estudos e Ensino da EMERJ*

## INTRODUÇÃO

Para um minucioso, embora resumido exame do tema, necessário se faz que consideremos que a nossa Carta Constitucional, que se rege pelo sistema rígido, caracteriza-se pela adoção de mecanismos que dificultam sua modificação, fazendo com que o procedimento que visa a emendá-la seja complexo. Este procedimento, inclusive, é totalmente diverso daquele adotado para a instituição de normas infraconstitucionais.

Como bem relata o Mestre Alexandre Câmara, em sua obra **Lições de Direito Processual Civil**, volume II – 5ª edição:

*“este sistema, para operar de forma adequada, exige a previsão de meios de controle da Constitucionalidade das Leis e atos normativos infraconstitucionais. Adota-se, no Brasil, um sistema de controle da constitucionalidade por via judicial, que se manifesta por duas formas: controle concentrado e controle difuso.”*

## HISTÓRICO

Antes de desenvolver o objetivo principal deste trabalho, há que se fazer um histórico, mesmo que sucinto, do controle da constitucionalidade, que podemos entender, teve o seu desabrochar pelo julgamento do caso “Marbury vs Madison”; como a história nos relata, William Marbury, nomeado para cargo judiciário pelo Presidente Adams, teve sua posse obstada pelo Secretário de Estado James Madison, a mando do novo Presidente Jefferson.

Este fato ensejou o ajuizamento de uma ação perante a Suprema Corte, cujo Chief Justice, Marshall, também fora nomeado pelo Presidente Adams. O pedido foi denegado pela Suprema Corte, sob o argumento de que a Lei que lhe concedia a competência originária para a ação estava eivada de inconstitucionalidade, já que tal competência originária era fixada taxativamente na Constituição, não podendo ser ampliada por norma infra-constitucional.

Marshall, contudo, sustentou que o povo elaborara a Constituição, enquanto seus representantes em cada legislatura, editavam normas infra-constitucionais. Daí o conflito: ou a Constituição anulava os atos legislativos contrários a ela, ou as Leis, podendo modificá-la, tornariam incontrolável o Poder Legislativo.

Mas, a questão, na verdade, teve simples solução, pois se o Poder Legislativo se submete à Constituição que, inclusive, enumera a sua limitação, é fácil concluir que a medida legislativa contrária ao Texto Magno estaria coberta pelo manto da nulidade.

Mas ainda restaria uma questão a ser investigada; seria justamente saber se, mesmo nula, poderia a lei ser aplicada pelo Poder Judiciário. Se se entendesse, conforme acentuou Marshall, a possibilidade da aplicação de norma contrária aos princípios constitucionais pelo Poder Judiciário, estaria simplesmente contrariando o próprio Texto Constitucional, o que, evidentemente, colocaria a Lei Máxima à deriva.

Fácil foi se estabelecer o reconhecimento ao Judiciário quanto à sua competência, para deixar de aplicar normas inconstitucionais, pois estas simplesmente inexistem no sistema, não podendo assim gerar qualquer efeito. Esta doutrina foi adotada em nosso sistema Constitucional a partir da Carta de 1891.

No Direito Constitucional Brasileiro, há que se destacar, dado o limite do presente trabalho, os retoques contidos na Constituição de 1988, denominando de Ação Direta de Inconstitucionalidade a forma de julgar originariamente a representação contra inconstitucionalidade de lei, de ato de natureza normativa federal ou estadual.

Como bem esclarece o Professor Rodrigo Lopes Lourenço, em sua obra **Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF**, 2ª edição, Editora Forense:

*“Não ocorreram mudanças durante a vigência da Carta de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/69, as quais mantiveram os dois sistemas de controle acima apontados, restritos à modalidade de verificação por ação, isto é, inexistia método de verificação de inconstitucionalidade por omissão. A verificação abstrata, no entanto, em especial após a radicalização do movimento militar de 1964, foi bastante questionada em face de seu único legitimado ativo, o procurador-geral da República, ser ocupante de cargo comissionado, ou seja, de livre nomeação e exoneração pelo presidente da República, não tendo, assim, o titular daquele órgão a necessária independência para atuar.*

*A Constituição de 1988 legitimou outros órgãos e entidades para provocar a verificação abstrata por ação, acabando, pois, com o monopólio do procurador-geral da República, e instituiu o controle por omissão, nas modalidades abstrata, ação de inconstitucionalidade por omissão, e concreta, mandado de injunção. Através da Emenda Constitucional nº 3/93, criou-se a ação declaratória de constitucionalidade.”*

## **DESENVOLVIMENTO**

Ao tecer as considerações acima, inclusive com um breve enfoque histórico do tema, o que, na verdade, pretende-se neste trabalho é realçar as questões que mais se destacam no incidente de inconstitucionalidade.

Passamos, assim, a analisar o questionamento em relação aos órgãos que exercem este controle, que pode ser político ou jurisdicional. O primeiro se exerce pelas Comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional, e pelos Chefes do Poder Executivo e do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Pode, também, este controle ser jurisdicional quando se exerce por órgãos investidos do poder estatal.

É o caso do Juiz ou Tribunal, no julgamento de um processo, não aplicar um dispositivo legal por considerá-lo inconstitucional. É o que se costuma denominar de controle difuso da constitucionalidade.

Cabe, neste momento, como uma forma de enfatizar a importância do tema refletido neste trabalho, lembrar as palavras do ilustrado Professor Lenio Luiz Streck, quando em sua indagação, afirma uma verdade inconteste:

*“Afinal, não parece óbvio que a Constituição é uma norma superior às demais e que ela – a Constituição – é o fundamento de validade das normas infraconstitucionais? Não parece redundante dizer que uma norma infraconstitucional somente tem validade jurídica se estiver em conformidade com outra norma, superior a ela, que é a Constituição da República?”*

Conclui o Mestre:

*“Entretanto, não é isto que está ocorrendo, é dizer, nem os princípios constitucionais são aplicados e nem as normas infraconstitucionais passa(ram) pelo necessário processo de filtragem constitucional.”*

O Mestre tem razão. Talvez, inclusive, até a própria mecânica atual introduzida pela Lei nº 9.756/98 possa, de certa forma, dar a resposta justa à interrogação que o Mestre apresentou. Quem sabe, a simplicidade do sistema para afastar do universo jurídico a norma inconstitucional, não venha a ser o instrumento de sua efetividade?

Pelo atalho que acabamos de utilizar, podemos agora direcionar nossa abordagem quanto à norma insculpida no artigo 481 do CPC, cujo § único foi acrescentado pela Lei nº 9.756/98, cuja redação é a seguinte:

*“Os órgãos fracionários dos Tribunais não submeterão ao Plenário, ou ao Órgão Especial, a argüição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”*

Comentando o dispositivo em questão, o Professor Alexandre Freitas Câmara assim leciona:

*“A norma é, para dizer o mínimo, de constitucionalidade duvidosa. Trata-se de mais uma tentativa de estabelecer eficácia vinculante a decisões judiciais, o que – ao menos no caso em exame – viola a garantia constitucional do contraditório.”*

Conclui o ilustrado Processualista que a decisão sobre a prejudicial de constitucionalidade proferida num processo não pode produzir efeitos em

outro, pela diversidade de partes. Isto porque, segundo o seu entendimento far-se-á com que uma decisão judicial produza efeitos sobre pessoas que não tiveram oportunidade de influir na formação da decisão anteriormente proferida.

Acentua-se, assim, a divergência quanto ao alcance do dispositivo processual em tela, no que tange ao controle difuso da constitucionalidade, e quanto aos efeitos da decisão proferida atingindo partes que dele não participaram.

Há, portanto, a aparência de que a citada regra processual viole a exigência de *quorum* estabelecida pelo art. 97 da Constituição Federal.

Em que pese o brilhantismo das considerações acima expostas quanto ao entendimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 481 do Diploma processual, pode-se, no entanto, considerar a prescindibilidade de que um órgão fracionário de Tribunal remeta a Plenário ou Órgão Especial o exame de inconstitucionalidade de ato normativo quando a Corte Maior, o STF, já tivesse fixado entendimento antagônico à regra em conflito com a Lei Maior.

Como bem ilustra o Professor Rodrigo Lopes Lourenço:

*“O fundamento de tal decisão reside em que a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo, pelo Plenário do Pretório Excelso, é condição necessária e suficiente para que o Senado Federal, com fulcro no preceito inserto no art. 52, X, da Lei Maior, suspenda a respectiva eficácia. Assim, mesmo que a Câmara Alta não venha a exercer tal competência, a presunção de constitucionalidade da regra declarada inconstitucional já terá sido eliminada, tornando desnecessária a aplicação da norma contida no artigo 97.”*

Por outro lado, o nobre Professor José Carlos Barbosa Moreira faz a distinção das hipóteses em que se deixa de submeter a argüição ao Plenário ou ao Órgão Especial. A primeira seria quando já houvesse pronunciamento de um dos órgãos do Tribunal sobre a questão em tela, e a segunda hipótese se houvesse pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O erudito Mestre, contudo, alude a que este entendimento estará em sintonia com a norma do artigo 97 da Carta da República. No entanto, faz a distinção quanto à origem de onde adveio este pronunciamento, se em ação direta, ou mera declaração incidental. Entende, assim, que o Plenário

do STF e a maioria absoluta do Tribunal Julgador, ou seu Órgão Especial, são entidades perfeitamente distintas, e o Texto Constitucional não atribui ao primeiro o poder de suprir a falta do pronunciamento do segundo.

Dentro dos limites do presente trabalho, vê-se a divergência quanto ao tema pois a questionada norma processual, se interpretada na forma literal, estaria, inclusive, afastando norma do universo jurídico. Assim, na lição do Mestre Barbosa Moreira,

*“Enquanto não sobrevem a suspensão, a norma em foco subsiste no ordenamento e a declaração de sua inconstitucionalidade só gera efeitos no processo em que haja ocorrido.”*

Diz ainda o Mestre que:

*“Sem a suspensão pode o próprio Supremo Tribunal Federal, em outro feito, mudar de posição e admitir a compatibilidade entre a norma e a Lei Maior.”*

## CONCLUSÃO

Em que pese os doutos argumentos acima mencionados, dos brilhantes processualistas Alexandre Freitas Câmara e José Carlos Barbosa Moreira, inclino-me a favor da tese esposada pelo digno Constitucionalista Rodrigo Lopes Lourenço pois no momento em que o Plenário do Pretório Excelso declara a inconstitucionalidade de um dispositivo, ele automaticamente produz a inconstitucionalidade de todas as situações jurídicas emanadas da norma afastada do ordenamento.

Não me parece, assim, ofensa a princípios constitucionais a interpretação que se retira do parágrafo único do art. 481 do CPC, diante da finalidade instrumental das normas de direito, mormente no que concerne às questões sobre a constitucionalidade ou não de norma sob o crivo da rejeição do Plenário da Corte Maior.

É justo, assim, consagrar que o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma agasalha, com este resultado, todas as demais questões jurídicas ontologicamente idênticas àquelas, pois o dispositivo declarado inconstitucional fatalmente estende seus efeitos às matérias decididas uniformemente pela norma jurídica eivada de inconstitucionalidade. ◆