



DIREITO CONSTITUCIONAL

Controle Difuso e Incidental

Arguição Incidental de Inconstitucionalidade

Introdução: a matéria constitucional não é a questão principal, não faz parte do pedido, ela é a **causa de pedir**. Ex. 'A' aciona judicialmente município 'B' pela cobrança indevida de um tributo argumentando que a lei que baseia tal tributo é inconstitucional. O pedido principal é o não pagamento do tributo, ou o ressarcimento. Ela faz parte de uma argumentação.

- Quanto ao Sujeito – **pode ser o autor, o réu, um terceiro interveniente (ex. MP), o juiz de ofício, então pode ser por provocação ou até mesmo de ofício.**
- Quanto ao Momento – **pode ser suscitada em fase processual, ainda que seja só na fase recursal (em regra)**
- Quanto ao Processo e Quanto à Decisão – **pode ser uma ação ordinária, comum, num MS, num HC ...; Quanto a decisão a matéria constitucional ela não aparece na parte dispositiva da decisão e sim nos fundamentos, pois a questão constitucional é meramente incidental, não se trata do mérito da causa.**
- Quanto ao tipo de inconstitucionalidade – **é bem amplo, podendo ser inconstitucionalidade formal, material, por ação, por omissão total, parcial, por arrastamento... todo e qualquer tipo de inconstitucionalidade.**
- Quanto ao Objeto e Quanto ao Parâmetro – **no controle difuso e incidental se o parâmetro for a CRFB, o objeto poderá ser tanto a Lei Federal, quanto a Lei Estadual quanto a Lei Municipal; e se o parâmetro for a Constituição Estadual, o objeto poderá ser tanto a quanto a Lei Estadual e Lei Municipal.**

Características

- **Anterioridade** – a matéria constitucional é anterior a matéria principal. Antes do juiz analisar o pedido principal, ele deverá dizer se a questão incidental é constitucional ou não.

- **Autonomia** – a matéria tratada incidentalmente não exclusiva daquela situação concreta, ela poderia ter sido discutida em outras ações, tanto é que essa lei poderia está sendo discutida por meio de uma ADI ou ADPF, a depender da situação, portanto, ela é autônoma.

Procedimento

- **Primeira Instância** – o fato de ter havido uma arguição incidental de inconstitucionalidade não muda em nada o procedimento do processo.

* Juiz, Juizados Especiais e Turmas Recursais – os Juízes dos Juizados Especiais podem declarar a inconstitucionalidade. **OBS.** Nas Turmas Recursais não há submissão a reserva de plenário.

- **Tribunais** – aqui incide a reserva de plenário (**full bench**): no âmbito dos tribunais a declaração de inconstitucionalidade tem que ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial do Tribunal. Se o Tribunal contar com mais de 25 julgadores, eles podem criar um órgão especial que vai fazer a função do tribunal pleno, do plenário. Ressalta-se que a decisão do plenário/órgão especial vai condicionar a decisão do órgão fracionário (Turma/Câmara). Não caberá recurso da decisão do plenário/órgão especial que decidir a questão da constitucionalidade. Caberá recurso apenas da decisão final da Turma/Câmara. (arts. 948/950 do CPC).

ATENÇÃO! O **incidente de arguição de inconstitucionalidade** previsto no procedimento dos arts. 948/950 do CPC, é um instituto jurídico, uma consequência do **controle difuso/incidental**. Agora, no âmbito do **controle concentrado** não há esse incidente de inconstitucionalidade conforme previsto no CPC, mas a **cláusula de reserva do plenário do art. 97 da CF**, tanto é que o plenário do STF é quem decide essas questões. Em suma, o incidente de arguição de inconstitucionalidade é fenômeno aplicado somente no controle difuso, porém, a cláusula de reserva de plenário acaba sendo aplicada em ambos os tipos de controle (difuso e concentrado), entretanto, com as diferenças citadas acima.

OBS. Súmula 513: “decisão que enseja a interposição

Consequência da Violação à Reserva de Plenário

de recurso ordinário ou extraordinário, não é a do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.”

“Inobservância, na espécie, da cláusula constitucional do *full bench* – Consequente **nulidade do julgamento** efetuado por órgão meramente fracionário – (...) art. 97 da Constituição, atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público” (AI 591.373-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-9-2007, Segunda Turma, DJ de 11-10-2007.)

Dispensa da Reserva de Plenário

- Órgão Fracionário entende que a norma é **constitucional**
- Decisão anterior do **Plenário** do próprio Tribunal
- Decisão anterior do **Plenário** do STF
- Não aplicação da Cláusula de Reserva de Plenário em RE no STF

O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, **tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF.** [RE 361.829 ED, rel. min. Ellen Gracie, j. 2-3-2010, 2ª T, DJE de 19-3-2010.]

- Recepção de Lei Anterior à Constituição

“(..) a incompatibilidade entre uma lei anterior (...) e uma Constituição posterior (...) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, **revogação** pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade (...). Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção – precisamente **por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (...)** – dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97).” (AI 582.280 AgR)

ATENÇÃO! Súmula Vinculante 10, STF: “Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora **não declare expressamente a inconstitucionalidade** de lei ou ato normativo do poder público, **afasta sua incidência** no todo ou em

parte”.

Fundamento: essa acaba sendo uma decisão implícita de inconstitucionalidade. Tal violação permite o manejo de uma **reclamação constitucional**.

OBS1. *Pode interpretação conforme a constituição por Órgão Fracionário?*

Depende. Sendo a norma polissêmica (admite várias interpretações), será possível se fazer uma interpretação conforme para **declarar a constitucionalidade**, mas não será possível se fazer uma interpretação que venha a entender a norma como inconstitucional.

OBS2. *O STJ está sujeito a reserva de plenário no Controle Difuso?*

Sim. O STJ exerce o controle difuso normalmente podendo declarar a inconstitucionalidade de normas, mas tem que respeitar a reserva do plenário. Lembra-se que a decisão que declara inconstitucionalidade pode ser de ofício pelo julgador, já que trata de matéria de ordem pública.

Técnica de Ampliação do Colegiado (Novo CPC) e a Reserva de Plenário.

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - **não unânime** proferido, nos tribunais, **pelo plenário ou pela corte especial**.

ATENÇÃO! Aqui, se houver julgamento de incidente de inconstitucionalidade e ele **não for unânime**, **não irá se aplicar a técnica do colegiado ampliado**, pois o próprio inc III, §4º do art. 942, CPC dispensa a não aplicação da TAC. A decisão é do próprio plenário ou órgão especial.

Reserva de Plenário e Ato

• **Não se aplica** a cláusula de reserva de plenário para atos de efeitos concretos.

Concreto Declarado Inconstitucional pelo Órgão Fracionário

“Não viola o art. 97 da CF/88 nem a SV 10 a decisão de órgão fracionário do Tribunal que declara inconstitucional **decreto legislativo** que se refira a uma situação individual e concreta. Isso porque o que se sujeita ao princípio da reserva de plenário é a lei ou o ato normativo.

Se o decreto legislativo tinha um destinatário específico e referia-se a uma dada situação individual e concreta, exaurindo-se no momento de sua promulgação, ele não pode ser considerado como ato normativo, mas sim como ato de efeitos concretos.”
STF. 2ª Turma. Rcl 18165 AgR/RR, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 18/10/2016 (Info 844).

Efeitos da Decisão

• **Efeito Subjetivo**

- Tradição: *Inter Partes*
- Mudança: *Erga Omnes* (Gilmar Mendes) – tendência do STF de alargar a sua autoridade inclusive para decisão do controle difuso.

Fundamento: máxima efetividade das normas constitucionais e **princípio da máxima efetividade da jurisdição constitucional**. O efeito *erga omnes* não é da decisão do Supremo, mas sim da sua **interpretação constitucional**. São duas linhas de argumentação da tese de Gilmar Mendes – **DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO**.

• **Efeito Temporal**

- Tradição: *Ex Tunc* - **inconstitucional desde a origem**.
- Mudança: Modulação Temporal (RE 197.917)

Resolução do Senado Federal

POSIÇÕES TRADICIONAIS:

- Resolução Suspensiva – art. 52, X da CF – **o Senado pode suspender no todo ou em parte, dando efeito *erga omnes* e vinculante a decisão do controle difuso**.
- Exigência: apenas no Controle Concreto – **no controle abstrato o efeito já é *erga omnes* e vinculante**.
- Reprodução nos Estados – **a mesma norma da CF permitindo ao Senado, pode ser reproduzida na CE permitindo a Assembleia Legislativa a suspensão de normas municipais ou estaduais decididas no controle difuso estadual**.
- Revogabilidade da Resolução: Impossibilidade – uma vez que o Senado suspendeu os efeitos da norma, ele não poderá mais revogar essa suspensão.
- Efeito Temporal da Resolução do Senado: *Ex Tunc* ou *Ex Nunc*? **Será o mesmo efeito dado pela decisão do Supremo**.
- Efeito Repristinatório e Resolução Suspensiva do Senado Federal – **se o Senado suspender os efeitos da norma, a norma anteriormente revogada volta a ter vigência através do efeito repristinatório**.

	POSIÇÃO MODERNA: • Posição de Gilmar Mendes e Nova Posição do STF (ADI-3470 e ADI-3406) ATENÇÃO! A Resolução do Senado não irá suspender a norma, ela apenas serve para garantir publicidade a decisão do Supremo. É uma construção hermenêutica que vai ao encontro do fortalecimento da autoridade das decisões do STF, enrijecendo seu papel constitucional e dando máxima eficácia a sua jurisdição.
Controle Difuso no MS	É totalmente possível, desde que a questão constitucional tratada seja meramente incidental, necessária a resolução do pedido final. Vide a súmula abaixo. SÚMULA 266 - Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. STJ - É incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 – TEMA 430)
Ação Declaratória Incidental (CPC/73) e CPC/2015	• A Ação Declaratória Incidental não podia ser usada em relação à matéria constitucional. • O Novo CPC não prevê a Ação Declaratória Incidental, possibilitando a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial (preenchidos os requisitos impostos) – art. 503, §1º, CPC/2015. Hipótese que não se aplica à matéria constitucional.
Controle Difuso na ACP e Ação Popular	• Não cabe controle abstrato – ou seja, não é possível se ingressar com a ação contra lei em tese, mas pode entrar como controle concreto e discutir a matéria constitucional como questão incidental. • Cabe controle concreto
Título Judicial fundado em norma inconstitucional no Novo CPC	CAPÍTULO III – DO CUMPRIMENTO DEFINITIVO DA SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA Art. 525. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: III - inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação

reconhecida em título executivo judicial fundado em **lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal**, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

OBS. Essa decisão do STF que declarou essa norma inconstitucional, pode ser tanto no **controle difuso como como no controle concentrado**.

13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. **A decisão** do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 **deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão** exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida **após o trânsito em julgado** da decisão exequenda, **cabará ação rescisória**, cujo **prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal**.

CAPÍTULO V - DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PELA **FAZENDA PÚBLICA**

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: III - inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também **inexigível** a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em **lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal**, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido **proferida antes** do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida **após o trânsito em julgado** da decisão exequenda, cabará **ação rescisória**, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

