

Pelo fim da “Cláusula de Reserva de Plenário”

Fábio Carvalho Leite*

1. Introdução

A chamada cláusula de reserva de plenário, uma constante na história constitucional brasileira desde o texto de 1934, determina que, no âmbito dos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo somente pode ocorrer por decisão da maioria absoluta dos magistrados que compõem a Corte (ou seja, o pleno do tribunal). Nesse sentido, quando uma questão de inconstitucionalidade for suscitada perante um órgão fracionário de um Tribunal (Câmara ou Turma do Tribunal), no julgamento de um caso concreto, o relator, depois de ouvir o representante do Ministério Público, deverá, independentemente do entendimento deste, submeter a questão aos demais magistrados que integram o referido órgão fracionário. Caso os magistrados, por maioria, entendam que a norma impugnada é constitucional, deverão prosseguir com o julgamento. Caso entendam, por maioria, que se trata de lei inconstitucional, deverão suspender o julgamento, lavrar acórdão nesse sentido, e encaminhar a questão ao pleno do Tribunal. Caberá a este, composto por todos os magistrados que integram o Tribunal (incluindo os membros do referido órgão fracionário suscitante),

* Professor de Direito Constitucional dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-Rio. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio) e Doutor em Direito Público (UERJ). Coordenador do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio. Assessor Jurídico da Reitoria da PUC-Rio. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-RJ.
Email: fabiojur@puc-rio.br

decidir sobre a questão, só podendo declarar a inconstitucionalidade da lei se a maioria absoluta dos seus membros votarem neste sentido. Chega-se, desse modo, a uma verdadeira “posição do Tribunal” (pleno) sobre a inconstitucionalidade de uma lei, com destaque para o fato de que este resultado só pode ser alcançado se a maioria absoluta de seus integrantes também entender pela incompatibilidade da lei com a Constituição.

É verdade que a cláusula foi introduzida no direito constitucional brasileiro num processo constituinte (1933-34) marcado, no que tange ao tema do controle de constitucionalidade, por uma forte preocupação com o poder conferido ao Judiciário no exercício da *judicial review*. Mas as razões de ordem democrática que justificam esta regra superam eventuais excessos nesse sentido – tanto que foi reproduzida nas Constituições posteriores, sempre imune a críticas de qualquer espécie (diferente, por exemplo, da competência atribuída ao Senado, art. 52, X, CRFB, também criada no mesmo período, e que tem sido alvo constante de críticas por parte da doutrina).

Penso, contudo, que é chegado o momento de lançarmos um olhar crítico sobre esta regra, cuja prática tem revelado dificuldades e problemas de ordem democrática que a sua irretocável teoria oculta e – vou além – que até comprometem a legitimidade de que ela aparentemente se reveste.

Considero pontos importantes para a legitimidade da referida cláusula os seguintes aspectos: (i) há uma posição do tribunal sobre a constitucionalidade da lei, (ii) tomada pela maioria absoluta (iii) de todos os seus membros, (iv) o que inclui a participação dos magistrados que integram o órgão suscitante – e que, portanto, irão julgar o caso concreto a partir do que for decidido sobre a constitucionalidade da lei (ponto que considero relevante por razões a serem abordadas adiante).

Estes aspectos estarão necessariamente presentes nos julgados de Tribunais de Justiça (TJs) como o de Roraima (que conta com um total de 7 Desembargadores), o do Acre e o do Amapá (ambos com 9 Desembargadores), mas *absolutamente ausentes* nos julgados dos Tribunais de Justiça como o do Paraná (com 120 Desembargadores), o do Rio Grande do Sul e o de Minas Gerais (ambos com 140 Desembargadores), o do Rio de Janeiro (com 180 Desembargadores) e o de São Paulo (com 355 Desembargadores), onde a questão constitucional, por razões compreensíveis, não pode ser apreciada pelo pleno. No caso destes tribunais, o controle de constitucionalidade é exercido por um órgão especial, composto por no máximo

25 magistrados (art. 93, XI, CRFB), afastando assim todos os aspectos acima relacionados que legitimam a referida cláusula.

Tomemos como exemplo o Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo pleno conta com 355 desembargadores, e o órgão especial, com 25. No âmbito desta Corte, se 13 desembargadores que integram o referido órgão (maioria absoluta) entenderem que uma lei é inconstitucional, esta será “a posição do Tribunal”, ainda que (hipoteticamente) todos os outros 342 desembargadores que integram o mesmo tribunal entendam de outra forma – e com a agravante, deve-se lembrar, de que as leis presumem-se constitucionais. Ou seja, o controle é exercido por uma minoria, e seu resultado, imposto à maioria. A diferença, convenhamos, é gritante – de modo que, para os fins do presente estudo, e nos momentos em que for relevante ressaltar a diferenciação, chamarei de “*cláusula de reserva de órgão especial*” a regra prevista no art. 97 da CRFB quando o controle de constitucionalidade for exercido por este órgão.

Os problemas decorrentes desta “cláusula de reserva de órgão especial”, contudo, afetam somente parte dos tribunais do País – ainda que parte expressiva (11, dos 27 TJs, por exemplo, contam com órgão especial). A crítica mais contundente à regra do art. 97, CRFB, e que afeta todos os tribunais indistintamente, refere-se às limitações que ela, efetiva ou potencialmente, impõe à interpretação e à aplicação do texto constitucional pelos magistrados que integram os órgãos fracionários dos Tribunais, que, por sua vez, interpretam e aplicam as leis aos casos concretos. A idéia de “reserva”, quando efetivamente relacionada ao pleno, sugere um fórum mais amplo e, portanto, mais democrático para a análise da constitucionalidade de uma lei, reforçando a legitimidade da cláusula. Por outro lado, a mesma idéia de reserva também anuncia uma espécie de vedação aos órgãos fracionários para o exercício desta análise. É este outro lado da moeda, ocultado pela legitimidade que a idéia mais visada de “reserva” confere à cláusula, que pretendo explorar neste ponto do trabalho.

Entendo que a cláusula de reserva de plenário não impede os órgãos fracionários apenas de declararem a inconstitucionalidade da lei, mas de, potencial ou efetivamente, exercerem a chamada “jurisdição constitucional”, que é um conceito mais amplo do que a idéia de controle de constitucionalidade. É dizer, a cláusula mira no que vê, mas acerta o que não vê.

Consideremos, a título de ilustração, uma determinada lei ordinária, que, como qualquer outro ato normativo, está sujeita a interpretações. No

juízo de 1º instância (órgão monocrático), o magistrado fundamenta sua decisão a partir da leitura constitucional que faz desta lei. E o que ocorreria no âmbito de um tribunal? Pode um órgão fracionário fazer uma leitura constitucional de uma lei, afastando assim outras interpretações possíveis, porque implicariam a inconstitucionalidade do ato normativo em questão? E o que dizer daquelas situações em que a lei deve ser afastada porque sua aplicação, em determinado caso concreto, com todas as suas peculiaridades, e justamente por conta delas, seria inconstitucional? Como esta questão poderia ser encaminhada ao pleno ou ao órgão especial se a estes cabe apenas analisar a constitucionalidade da lei *em abstracto*, como tem reforçado a doutrina?

No contexto atual do direito brasileiro, marcado por uma crescente preocupação (doutrinária e jurisprudencial) com uma leitura constitucional de todos os ramos do Direito, parece temerária a idéia de que os magistrados de um órgão fracionário, no exame de um caso concreto, não tenham a liberdade de interpretar e aplicar as leis à luz da Constituição em razão de um conseqüente reconhecimento da inconstitucionalidade de outras interpretações possíveis. Da mesma forma, restaria comprometida a (necessária) metodologia jurídica se os magistrados de um órgão fracionário estivessem impedidos de afastar a aplicação de uma lei em um caso concreto em razão de *peculiaridades* que tornariam inconstitucional a sua aplicação apenas ao referido caso – o que não poderia ser apreciado pelo pleno, que se limita a examinar a lei.

O presente trabalho não é apenas crítico, mas também propositivo. Além das críticas já apresentadas, e a serem desenvolvidas, pretendo também desmistificar ou ao menos relativizar os receios em relação ao controle de constitucionalidade exercido diretamente pelos órgãos fracionários e, ao fim, apresentar algumas mudanças necessárias para que a legitimidade deste controle (razão que sustenta a cláusula de reserva de plenário) seja devidamente preservada.

2. Da Cláusula de Reserva de Plenário à Cláusula de Reserva de Órgão Especial

A experiência do controle judicial de constitucionalidade sob a égide da Constituição de 1891 levantou duas preocupações que dominaram as deliberações sobre o tema na Subcomissão do Itamaraty, responsável pela

elaboração do anteprojeto da Constituição de 1934: o fato de as declarações de inconstitucionalidade pelo STF terem eficácia meramente *inter partes* e a possibilidade de uma lei ser declarada inconstitucional por maioria apertada, sugerindo que a incompatibilidade da lei com a Constituição poderia ser duvidosa. Os temas são distintos, mas podem ser relacionados. Num sistema onde a decisão pela inconstitucionalidade de uma lei pode ser tomada por qualquer maioria e terá sempre eficácia *inter partes*, seria possível imaginar situações onde um tribunal, por maioria apertada, decidiu ora pela constitucionalidade, ora pela inconstitucionalidade de uma mesma lei. Experiências nesse sentido, aliás, foram relatadas pelos membros da Subcomissão. Themístocles Cavalcanti, ao propor a adoção de uma ação direta de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, ressaltou este ponto, observando ainda que

o seu intuito, ao apresentar a emenda, foi exclusivamente evitar as anomalias tão bem ventiladas pelo Dr. João Mangabeira. Quis evitar exatamente que uma lei julgada inconstitucional, um dia, continuasse em vigor e amanhã fosse julgada constitucional, por uma maioria ocasional, como tem acontecido. Quis impedir que o mesmo direito violado tenha, hoje, o amparo do Poder Judiciário e amanhã não tenha mais esse mesmo amparo¹.

Contudo, esta aproximação (pretendida) com as preocupações de João Mangabeira deve ser recebida com reservas. Isso porque a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por maioria apertada (diferença de um voto) dá ensejo a duas críticas distintas: (i) a possibilidade de uma jurisprudência oscilante acerca da constitucionalidade de uma lei e (ii) a eventual ilegitimidade de uma maioria precária para anular um ato normativo aprovado por órgãos representativos. A primeira crítica foi a que se fez dominante nos debates da Subcomissão, ao passo que a segunda foi ressaltada talvez exclusivamente por João Mangabeira. Este jurista reconhecia que a proposta de uma ação direta de inconstitucionalidade tinha “a vantagem de evitar que, à sombra de uma lei inconstitucional, se desenvolva e estabilize uma série de ações jurídicas para cinco ou seis anos depois vir

1 *Elaborando a Constituição Nacional – Atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933*. (21.^a Sessão da Subcomissão Constitucional). Secretaria de Documentação e Informação do Senado Federal, Brasília, 1993, p. 538.

perturbar todo um mundo de interesses que se concretizaram em contratos”. E, por esta razão, manifestou-se favorável à proposta de Themístocles Cavalcanti (e, de fato, votou nesse sentido). Mas ressaltou que

vota por esta emenda porque, mais adiante, procura, com outra que apresentará, restringir também este poder do Supremo Tribunal de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, estabelecendo que um ato do Presidente da República ou da Assembléia Nacional só pode ser declarado inconstitucional quando, dentre 15 ministros, votarem 10.

É preciso, portanto, reunir dois terços dos votos. É contra a inconstitucionalidade votada por 8 contra 7, de uma lei aprovada pela Assembléia Nacional, sancionada pelo Presidente da República, e, depois, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, numa votação em que 7 ministros são a favor e 8 são contra. É o voto de um homem que prevalece sobre todas essas entidades, que votaram².

É curioso observar que, a partir desta crítica, assegurar eficácia *erga omnes* às decisões do STF sem modificar o quorum necessário para a declaração de inconstitucionalidade não apenas não resolveria o problema apontado por João Mangabeira, como ainda agravaria a situação. Afinal, se o jurista se preocupava com a ilegitimidade da declaração de inconstitucionalidade decidida por maioria apertada quando a eficácia se restringia às partes do processo, que dizer desta mesma ilegitimidade quando a declaração atinge a todos?

A Subcomissão acabou por aprovar o quorum proposto por João Mangabeira³, mas, para os propósitos do presente trabalho, é interessante registrar que as suas críticas relativas à falta de legitimidade de uma maioria apertada do STF para declaração de inconstitucionalidade não foram as que mais geraram debates naquele fórum. E, embora estas críticas tenham sido

2 *Idem*, pp. 532-533.

3 Art. 57. Não se poderá arguir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos. §1º. O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, *senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus Ministros*. §2º. Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio*, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal Federal. §3º. Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável. (grifei)

reiteradas pelo jurista em sua coluna no *Diário Carioca* (onde defendeu o anteprojeto da Subcomissão quando este já se encontrava em discussão na Assembléia Constituinte), aparentemente não tiveram grande repercussão entre os constituintes, e a exigência de maioria qualificada imposta ao STF foi substituída pela exigência de maioria absoluta para todos os tribunais.

É no mínimo curioso que uma Constituinte que não aprovou uma ação direta de inconstitucionalidade e que tinha receio em relação a um poder excessivo ao Judiciário tenha se contentado em criar a regra da maioria absoluta – em lugar do quorum qualificado proposto por João Mangabeira e afinal aprovado pela Subcomissão. Talvez os constituintes tivessem considerado que a regra da maioria absoluta seria suficiente para se resolver algum problema relativo à (i) legitimidade da *judicial review*. Sendo este o caso, duas objeções devem ser aqui levantadas. A rigor, a exigência (ao menos para o STF) de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade já existia no plano infraconstitucional e, como mera advertência, no âmbito doutrinário (voltada a todos os tribunais). De fato, o Decreto n. 938, de 1902, já dispunha:

Art. 1º. Sempre que o Supremo Tribunal Federal tiver que julgar, nos casos de sua competência, compreendida no art. 59, ns. 1 e 3 da Constituição, ou quando em qualquer pleito se envolver questão de inconstitucionalidade das leis da União ou dos Estados e de tratados federais, as decisões finais serão proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos seus membros desimpedidos.

E a regra foi reafirmada pelo Decreto n. 1.939, de 1908, que dispunha:

Art. 8º. Quando contra os atos ou decisões das autoridades administrativas for alegada a inconstitucionalidade de tais atos ou decisões, não obstante serem os mesmos conformes com as leis ou regulamentos em vigor, a decisão final do Supremo Tribunal Federal deverá ser proferida estando presentes, pelo menos, 10 dos seus membros desimpedidos⁴.

4 Ambos os atos normativos foram citados por AMARAL JR. (2002, pp. 71-72). O autor cita também julgado do STF (Apelação Cível, 1.527), em 1916, declarando nulo acórdão "por ter sido proferido por número de Ministros deste Tribunal inferior ao exigido por lei para julgamento de questões em que uma das partes funda a sua intenção em preceito desta Constituição" (p. 72).

No âmbito doutrinário, João Barbalho e Carlos Maximiliano⁵, autores das mais importantes obras de Comentários à Constituição de 1891, haviam já destacado a importância do quorum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos, de modo que o caráter de “inovação” atribuído à Constituição de 1934 no que tange à introdução da regra de maioria absoluta deve ser um pouco relativizado.

A segunda objeção refere-se ao fato de que a maioria absoluta *pode ser* maioria apertada ou precária, é dizer, garante maioria de apenas 2 votos, se o total for número par, ou mesmo 1 voto (!), se o total for número ímpar. O fato de este aspecto não ter sido objeto de reflexão pela doutrina que se desenvolveu a partir da Constituição de 1934 (como também não o foi nos processos constituintes de 1933-34 e de 1946) diz algo sobre a compreensão que se tinha da tensão entre controle de constitucionalidade e democracia. Desde o advento da *judicial review* na Constituição de 1891, a doutrina sempre alertou para o caráter excepcional da declaração de inconstitucionalidade. Mas esta advertência doutrinária nunca questionou a regra da “simples maioria” (que não se confunde aqui com “maioria simples”). Seguindo a orientação sistematizada por Araújo Castro, a partir da doutrina de Black, um magistrado (a) não deveria levantar a questão de constitucionalidade “senão quando isso se torne absolutamente necessário à direta aplicação do caso de que se trata”, (b) não poderia apenas “invocar o espírito da Constituição para decretar a inconstitucionalidade de uma lei; é mister que a violação constitucional seja clara e evidente”, (c) deveria aplicar a lei se “aquele que alega a sua inconstitucionalidade não mostra a disposição violada”, (d) deveria, sempre que fosse possível fazê-lo, decidir uma causa sem entrar no exame da questão constitucional, pois “a presunção é toda em favor do ato legislativo”, (e) não deveria “investigar os motivos que levaram o Legislativo a votar a lei, e esta não deve ser julgada inconstitucional por parecer impolítica, injusta, absurda ou contrária aos princípios de justiça natural”, (f) não deveria declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando a objeção da sua constitucionalidade “se refere somente ao preâmbulo”, e (g) ao declarar a inconstitucionalidade de uma ou mais disposições de uma lei não deveria estender este juízo a outras disposições “que com aquelas não se achem em situação de conexão e de-

5 De acordo com o autor, “o reconhecimento da inconstitucionalidade de um decreto constará do acórdão, somente quando aprovado pela maioria absoluta dos membros do STF” (MAXIMILIANO, 1918, p. 117).

pendência” (CASTRO, 1935, p. 243)⁶. No entanto, atendidas estas exigências, bastaria que 6, num universo de 11 magistrados, entendessem pela inconstitucionalidade de uma lei para que este vício fosse reconhecido, pouco importando que os outros 5 entendessem pela constitucionalidade dessa mesma lei – constitucionalidade cuja presunção fora tão ressaltada pelo autor.

A regra de “simples maioria absoluta”, adotada pela Constituição de 1934, foi mantida nas Constituições de 1937, 1946 e 1967/69, sem ter despertado na doutrina qualquer reflexão crítica sobre o ponto levantado por João Mangabeira⁷. Grosso modo, a doutrina limitava-se a explicar mais do que analisar ou mesmo justificar a exigência do quorum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade⁸. Talvez fosse justo conferir aqui algum destaque à doutrina de Carlos Maximiliano, mas com algumas reservas quanto a esta distinção.

De fato, o problema da (i)legitimidade da declaração de inconstitucionalidade pela diferença de um voto (o que pode ocorrer mesmo quando se exige maioria absoluta) foi destacado por Carlos Maximiliano ao tratar deste tópico. No entanto, o autor o fez em nota de rodapé, quando expôs o debate doutrinário norte-americano a este respeito. Nesse contexto, não resta claro, por exemplo, se, ao afirmar que “a inconstitucionalidade só deve ser decretada quando clara, evidente; ora toda a presunção de clareza desaparece desde que a discussão se acirra e se dividem quase a meio os votos” (MAXIMILIANO, 1948, vol. 1, p. 154), o autor está criticando o dispositivo constitucional ou apenas apresentando os argumentos de auto-

6 O autor cita em nota de rodapé: BLACK. *Handbook of American Constitutional Law*, pp. 60, 63, 65, 68, 70 e 72-74.

7 Uma proposta apresentada no processo constituinte de 1946, pelo parlamentar Elói da Rocha, visando à adoção de quorum especial de 2/3 para os tribunais declararem a inconstitucionalidade das leis ou de ato do Poder Público, talvez tenha sido o último suspiro de um olhar crítico sobre aquela regra. Segundo relatou José Duarte em sua obra sobre os trabalhos daquela Assembléia Constituinte, “entendera esse representante que a maioria absoluta, como exige o texto, estaria bem se se tratasse, apenas, de decretar a inconstitucionalidade de leis, mas, há, também, o *ato do Poder Público*. Há legislações, em outros países, em que só se declara essa inconstitucionalidade quando o tribunal todo apenas, com um voto discordante, se pronuncia nesse sentido. Mário Masagão combateu a emenda. Essa exigência, para ele, equivaleria à impossibilidade de decisões, porque os tribunais funcionam, habitualmente, com metade mais um de seus juizes. Não é possível obter sempre dois terços, *nem mesmo para as simples votações*, quanto mais para a maioria requerida.” (DUARTE, 1947, vol. 3, pp. 369-370)

8 A doutrina aqui considerada restringe-se a manuais e cursos de Direito Constitucional, bem como a obras de Comentários à Constituição Brasileira, editados ao longo do período em que vigoraram as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/69.

res norte-americanos como Baldwin e Watson, que, nas palavras de Carlos Maximiliano, “consideram de pouco valor o *veredictum*, se houve maioria de um voto (5 contra 4 num tribunal de 9 membros), tendo a minoria discutido o assunto e fundamentado por escrito o seu parecer contrário” (MAXIMILIANO, 1948, vol. 1, p. 154)⁹.

Este silêncio doutrinário sobre o problema da “simples maioria absoluta” acabou por gerar um grau elevado e irrefletido de legitimidade à cláusula de reserva de plenário, a ponto de uma mudança tão drástica como a delegação das atribuições do plenário a um “órgão especial” (e que, a rigor, nada mais é que um órgão fracionário) não ter abalado em absolutamente nada uma regra cuja sustentação limitava-se basicamente ao fato de a declaração de inconstitucionalidade ser uma decisão tomada justamente pelo todo (plenário) e não por uma parte (órgão) do Tribunal.

De fato, em 7 de abril de 1977, o Presidente Ernesto Geisel, depois de haver determinado o “fechamento” do Congresso Nacional (no dia 1º de abril...), outorgou uma série de emendas constitucionais (o que ficou conhecido como “pacote de abril”), dentre as quais a EC 7, que obrigava os Tribunais de Justiça com número superior a vinte e cinco desembargadores a constituírem um “órgão especial”, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do Tribunal Pleno. Consequentemente, o dispositivo da cláusula de reserva de plenário teve a sua redação modificada para: “art. 116. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (Artigo 144, V), poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

A atribuição do controle de constitucionalidade, no âmbito dos Tribunais de Justiça, a um órgão fracionário (cuidadosamente chamado de “especial”, como se o nome tivesse o poder de mudar a coisa) retirou *completamente* a base de legitimidade da regra até então em vigor. É dizer, se a doutrina não se incomodava com o fato de a declaração de inconstitucionalidade de uma lei (cuja constitucionalidade era fortemente presumida)

9 A citação de autores norte-americanos ou o levantamento de questões experimentadas nos EUA a respeito desta exigência de maioria absoluta não era comum entre os autores brasileiros que, quando muito, afirmavam que o dispositivo constitucional inspirava-se na regra do *full bench*, adotada pelos tribunais nos EUA, ainda que sem previsão na Constituição daquele país. Maximiliano (1948, p. 153) e Bittencourt (1949, p. 44) foram, a este respeito, uma exceção.

ser tomada por apenas um voto de diferença, ao menos havia o conforto de saber que esta maioria (ainda que eventualmente apertada) era de *todo o tribunal*. A partir de então, nem isso.

A doutrina, todavia, cuidou de legitimar esta mudança. O argumento é simples: as leis presumem-se constitucionais, razão pela qual apenas a maioria absoluta do tribunal pleno pode declarar a sua inconstitucionalidade, mas como alguns tribunais têm número expressivo de magistrados, o que dificulta (se não inviabiliza) o exercício deste controle de constitucionalidade, esta competência deve ser delegada a um órgão especial, composto por número reduzido de magistrados. O fato de a razão que sustenta a regra da reserva de plenário (maioria do todo) não valer para o órgão especial (maioria de parte, que pode ser minoria do todo) não foi sequer considerado.

Os comentários de Marcelo Caetano (1978, vol. 2, pp. 417-418) a esta regra, já sob a égide da EC 7/77, são, a propósito, bastante ilustrativos:

A exigência de maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário, tal declaração quando o vício seja *manifesto* e, portanto, salte aos olhos de um grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado. Sendo atingida a majestade da lei a qual, em princípio, beneficia de precaução de estar de acordo com a Constituição, é necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável e não brote de qualquer escassa maioria, porventura de um voto só. Essa exigência, por outro lado, acautela contra uma futura variação de jurisprudência no mesmo Tribunal.

Assim, a inconstitucionalidade tem de ser declarada pelos votos conformes de um número de juízes equivalente a metade e mais um dos membros do Tribunal ou do órgão competente nele formado.

(...)

Como os Tribunais de Justiça têm, presentemente, grande número de membros, a Emenda Constitucional n. 7 determinou, no art. 144, inciso V, que “nos Tribunais de Justiça com número superior a 25 desembargadores será constituído órgão especial com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do Tribunal Pleno...”

O aumento expressivo do número de magistrados nos tribunais – se comparado ao período de 1934, quando foi criada a regra – revelou-se, de fato, um problema para a aplicação da cláusula de reserva de plenário. Mas a solução encontrada carece da lógica pretendida. E o quadro agravou-se ainda mais com a Constituição de 1988, que (mais uma vez: por razões compreensíveis) permitiu¹⁰ a criação de órgão especial em qualquer tribunal (com número superior a 25 magistrados), não mais apenas aos Tribunais de Justiça, e manteve a regra da cláusula de reserva de órgão especial (onde houver).

Esta forma de compreender o problema (em tribunais com número elevado de magistrados a reserva de plenário torna-se inviável) e justificar a solução (delegação desta competência ao órgão especial) é ainda hoje pacífica na doutrina constitucionalista. Por outro lado, a doutrina continua omissa no que tange ao fato de a razão que sustenta a regra da reserva de plenário (o todo) não se aplicar ao órgão especial (uma parte).

Identificar um problema, dizem, já é parte da solução. Admitida a impossibilidade de se transferir à reserva de órgão especial a razão de ser da reserva de plenário, o quadro que se apresenta passa a ser o seguinte: as leis presumem-se constitucionais, razão pela qual apenas a maioria absoluta do tribunal pleno poderia declarar a sua inconstitucionalidade, mas como os tribunais têm hoje número expressivo de magistrados, o que dificulta (se não inviabiliza) o exercício deste controle de constitucionalidade, e como esta competência do pleno não pode ser delegada a nenhum órgão do tribunal, pois este será sempre uma minoria e uma decisão tomada por esta minoria deixaria de ter qualquer relação com a idéia de presunção de constitucionalidade das leis, então... o que fazer?

Pretendo responder esta pergunta a partir de duas outras, a saber: (i) o que o órgão especial tem de (tão) especial? E (ii) quem tem medo dos órgãos fracionários? A primeira pergunta pretende questionar a legitimidade do órgão especial para o exercício do controle de constitucionalidade; a segunda, a ilegitimidade dos órgãos fracionários para esta mesma competência.

10 No texto constitucional de 1988, a criação de órgão especial deixou de ser uma obrigação (como determinado pela EC 7/77) e passou a ser uma faculdade (art. 93, XI) conferida aos Tribunais, o que mais se coaduna com a sua independência e autonomia. Por outro lado, há de se reconhecer que em tribunais como o TJRJ, com 180 desembargadores, ou o TJSP, com 350, o órgão especial é praticamente uma obrigação, por força das circunstâncias.

3. O Que o Órgão Especial tem de (Tão) Especial?

O art. 93, XI da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004, dispõe que nos tribunais (de qualquer ramo do Poder Judiciário) com número superior a vinte e cinco julgadores poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno. A inovação trazida pela EC 45/2004 (reforma do Poder Judiciário) refere-se justamente à composição deste órgão especial, antes deixada à autonomia dos tribunais.

A partir deste dispositivo, observa-se que (i) a criação de órgão especial é uma *faculdade* dos tribunais com número superior a vinte e cinco magistrados, (ii) sua competência envolve matéria administrativa e jurisdicional delegada do pleno do tribunal e (iii) é composto por membros mais antigos e membros eleitos. O primeiro ponto é, ao menos para os tribunais mais numerosos, irrelevante, pois a faculdade teórica é uma compreensível imposição na prática. Os pontos mais relevantes envolvem a relação entre a sua competência (ii) e sua composição (iii).

Nesse sentido, o primeiro aspecto a merecer destaque refere-se à reunião de competências administrativas e jurisdicionais. O mesmo órgão competente para decidir questões administrativas e disciplinares relativas aos magistrados (de primeira e segunda instância) que integram o tribunal será também competente para julgar as questões mais relevantes de competência do tribunal pleno. Não pretendo enfrentar aqui os problemas relativos a esta *venda casada*, que assume que um mesmo grupo de magistrados (sendo metade os mais antigos e a outra metade eleita) seja o mais apto a desempenhar ambas as funções (tão distintas, a propósito). O que destaco, por ora, é o fato de que a este órgão, a quem cabe administrar o tribunal e punir disciplinarmente os magistrados, cabe também – e com exclusividade (!) – a interpretação constitucional nos casos de conflito entre a Lei Maior e a legislação infraconstitucional. Mas, afinal, por que confiar o controle de constitucionalidade ou a guarda da Constituição (no âmbito dos tribunais) a um órgão composto pelos membros mais antigos e magistrados eleitos por seus pares?

Em relação ao primeiro grupo de magistrados – os mais antigos do tribunal –, não parece possível encontrar uma razão que justifique a atri-

buição desta competência em caráter de exclusividade. Não existe aqui nenhum preconceito *contra* os juízes mais antigos; simplesmente não há um preconceito *a favor* destes magistrados. Os juízes mais antigos de um tribunal não são os mais nem os menos aptos à tarefa de interpretar a Constituição; são apenas os juízes mais antigos do tribunal.

Quanto aos magistrados eleitos, seria até possível argumentar que seriam considerados pelos seus pares como os mais indicados a esta função. Mas somente se esta fosse a sua única função. Não é o caso. O órgão especial exerce as funções não só jurisdicionais, mas também administrativas delegadas do pleno. E parece improvável, por razões até compreensíveis, que os magistrados-eleitores coloquem em primeiro plano a função jurisdicional em prejuízo da função administrativa quando decidem seu voto.

Não parece haver razão, portanto, que justifique a atribuição do controle de constitucionalidade, em caráter de exclusividade, a um órgão fracionário (em alguns casos, expressivamente minoritário em relação ao todo) composto pelos magistrados mais antigos e por magistrados eleitos, a quem cabe também o exercício das funções administrativas de competência do pleno. Mas além da falta de qualquer traço de racionalidade na relação entre competência e composição do órgão, há outro aspecto que compromete ainda mais a legitimidade da cláusula de reserva de órgão especial: o caráter exclusivo do exercício do controle de constitucionalidade. A exclusividade, com o perdão pela redundância, exclui. A exclusão é a outra face da moeda “exclusividade”, geralmente ocultada pelo aspecto da especialidade, que neste caso, como visto, simplesmente não existe.

É importante recordar que, em sua origem, a cláusula de reserva de plenário vedava a declaração de inconstitucionalidade aos órgãos fracionários, mas não aos seus membros, que, por integrarem o pleno, também participavam deste julgamento. É dizer, a cláusula de reserva de plenário é, a este respeito, uma *regra de inclusão*, pois a vedação aqui imposta ao órgão fracionário não implica a exclusão de ninguém. Ao impedir que uma parte do Tribunal (o órgão fracionário) exerça a competência para que *todos* (o pleno) o façam, a expressão *reserva de plenário* assume uma feição participativa e democrática, não deixando margem para qualquer discussão acerca da legitimidade que o seu resultado acarreta¹¹.

11 Interessante registrar que o Tribunal Superior do Trabalho, embora conte com um órgão especial (art. 59, II do Regimento Interno), reserva ao pleno a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 68, IX, do Regimento Interno).

A atribuição desta competência ao órgão especial, como visto, subverte completamente este cenário. A cláusula de reserva, neste caso, impede que um órgão fracionário exerça a competência para que outro órgão fracionário – de composição que não guarda relação necessária com o controle de constitucionalidade das leis – o faça. A cláusula de reserva de órgão especial é, ao contrário da reserva de plenário, uma *regra de exclusão*, pois a vedação imposta aos órgãos fracionários, neste caso, implica necessariamente a exclusão de seus membros. A idéia de *reserva* neste contexto de exclusão e de transferência a um órgão sem relação com a competência delegada é antidemocrática – simplesmente retira, sem nada oferecer em troca. Não deixa de ser curioso, a propósito, que o nome *reserva de plenário* tenha sido preservado mesmo quando não há reserva de plenário. Altera-se a coisa sem mudar o seu nome, e o órgão especial aproveita-se, assim, da legitimidade que não possui.

Contudo, se não existem razões que legitimem o exercício do controle de constitucionalidade pelo órgão especial, deve-se reconhecer, por outro lado, que a atribuição desta competência ao pleno apresenta (ou pode apresentar) uma série de dificuldades e inconvenientes. O caso do Tribunal de Justiça do Ceará é, a este respeito, emblemático. Até o ano de 2009, o Tribunal contava com 27 desembargadores, a quem cabia o exercício do controle de constitucionalidade. Em julho daquele ano foi aprovada a lei estadual 14.407, criando 16 novas vagas para o Tribunal. Com um pleno agora composto por 43 magistrados, o Tribunal decidiu, em maio de 2011, criar um órgão especial (Assento Regimental n. 36, de 05/05/2011), formado por 19 desembargadores, responsável agora pelo controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Assim, se não há razão que justifique a atribuição do controle de constitucionalidade ao órgão especial, se esta atribuição implica o afastamento dos demais magistrados (que podem ser muito mais numerosos) do exercício da interpretação constitucional, se, por outro lado, não é possível a atribuição desta competência a um órgão pleno com mais de uma centena de magistrados e não é desejável mesmo quando o pleno não atinge este número, cabe indagar: por que não deixar o exercício do controle de constitucionalidade aos próprios órgãos fracionários que julgam os casos concretos?

4. Quem tem medo dos órgãos fracionários?

A cláusula de reserva de plenário (ou de órgão especial), para além de sua leitura mais óbvia, pode ser compreendida como uma regra que veda o exercício do controle de constitucionalidade das leis diretamente pelos órgãos fracionários dos tribunais. E, como consequência, afirma e reforça uma falta de legitimidade dos órgãos fracionários para o exercício daquele controle. É uma cláusula que, ao legitimar o todo (o pleno), deslegitima as partes (os órgãos fracionários).

Esta idéia tão enraizada na nossa cultura jurídica merece, contudo, ser revista. Para tanto, apresento três argumentos que relativizam (quando não negam) esta premissa:

(i) o órgão especial (cuja legitimidade nunca foi questionada pela doutrina) nada mais é que um órgão fracionário, e com a significativa desvantagem de ter de examinar a constitucionalidade da lei desvinculada do caso concreto (ponto que será explorado adiante). Aqueles que defendem a cláusula de reserva de plenário e de órgão especial costumam justificar a regra a partir da crítica a uma declaração de inconstitucionalidade proferida por uma quantidade inexpressiva de magistrados (integrantes de um órgão fracionário), mas ignoram que esta mesma crítica também é válida para o órgão especial. Afinal, o que representam 13 desembargadores – maioria absoluta dos membros do órgão especial do TJ de São Paulo – diante de um universo de 355 magistrados que integram aquele tribunal? Valendo ainda lembrar que, dos integrantes do órgão especial, metade não tem nenhuma representatividade, sendo apenas os magistrados mais antigos (o que não guarda nenhuma relação com o controle de constitucionalidade).

(ii) Nas Turmas Recursais dos juizados especiais não se aplica esta regra, e o controle de constitucionalidade é exercido diretamente pelos órgãos julgadores (órgãos fracionários)¹². Certamente não há como relacionar a *ratio* que sustenta a criação dos Juizados Especiais com uma espécie de relativização da presunção de constitucionalidade das leis. Assim, uma Turma Recursal do Juizado Especial Cível pode declarar a inconstitucionalidade da lei X por violação ao princípio constitucional Y, mas a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça não pode fazer o mesmo se esti-

12 STF – RE 468.466 AgR: "A regra da chamada reserva do plenário para a declaração de inconstitucionalidade (art. 97, da CF) não se aplica, deveras, às turmas recursais de Juizado Especial".

ver examinando um caso idêntico, mas com valor da causa superior a 40 salários mínimos.

(iii) Os órgãos fracionários têm competência para o exame da compatibilidade entre a Constituição e o direito pré-constitucional, o que, no aspecto material, pode ser idêntico ao exame entre a Constituição e o direito pós-constitucional. Embora as leis anteriores à Constituição não gozem (obviamente) de presunção de constitucionalidade, o argumento, de todo modo, se impõe. Suponha-se uma lei X que entrou em vigor em maio de 1988, violando o princípio da igualdade (formal) em seu sentido mais básico (“todos são iguais perante a lei”), presente na Constituição em vigor à época (Constituição de 1967/69). Em outubro de 1988 foi promulgada a nova Constituição, que reproduziu este mesmo princípio jurídico, de modo que, a partir de então, o conflito passou a ser “também” entre Constituição e direito pré-constitucional. No exame de um caso concreto, um órgão fracionário poderia suscitar tanto a inconstitucionalidade da lei, em face da Constituição de 1967/69, como a sua revogação, pela Constituição de 1988. A diferença é que no primeiro caso o órgão julgador deveria submeter a questão ao pleno ou ao órgão especial, ao passo que, no segundo caso, poderia ele mesmo reconhecer a incompatibilidade entre os textos normativos em conflito que, no aspecto material, são exatamente os mesmos (a lei X e o princípio da igualdade). Por que reconhecer a legitimidade do órgão fracionário para examinar a compatibilidade de uma lei com um valor constitucional num caso, mas não no outro¹³?

E se a lei X tivesse sido revogada expressamente pelo Congresso Nacional em 1989, e a legislatura seguinte tivesse aprovado uma lei Y com idêntico teor? Ou, valendo-se do que permite o art. 2º, § 3º do decreto-lei nº 4.657/42 – lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (“Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”), e se a lei Y tivesse revogado a lei revogadora e restaurado expressamente a lei X? De uma forma ou de outra, novamente teríamos os mesmos textos normativos, mas o órgão fracionário não teria competência para realizar o exame que fizera até poucos anos antes. É discutível que o princípio da presunção de constitucionalidade das leis possa gerar um tratamento tão diferenciado a situações tão semelhantes.

13 Haveria ainda outra diferença entre estes casos, relativa à retroatividade da declaração: *ex tunc*, no caso da inconstitucionalidade, e desde a entrada em vigor da CF, no caso da revogação (v. STF RE 277002), mas este aspecto é irrelevante para o argumento aqui defendido.

Estes fatos aqui reunidos demonstram que, a despeito do que se poderia supor, o ordenamento jurídico brasileiro não identifica necessariamente uma ilegitimidade no exercício do controle de constitucionalidade realizado diretamente por órgãos fracionários dos tribunais.

Mas, para além de apresentar fatos que demonstram que órgãos fracionários *podem* exercer o controle de constitucionalidade, pretendo também argumentar que os órgãos fracionários *devem* fazê-lo. É dizer, trata-se de algo positivo, a ser promovido, e não remediado ou corrigido. E isso porque a atribuição do controle de constitucionalidade aos órgãos fracionários resulta numa democratização da jurisdição constitucional (o que tem sido muito defendido num plano teórico, mas pouco promovido na prática) – considerada esta democratização não apenas no aspecto quantitativo, mas também, como pretendo sustentar, num aspecto qualitativo.

De fato, se o controle de constitucionalidade pressupõe necessariamente uma interpretação da Constituição pelo órgão ou agente que o realiza, permitir que este controle seja exercido diretamente pelos órgãos fracionários dos tribunais implicaria desde já uma ampliação expressiva do quadro de intérpretes do texto constitucional.

Embora seja possível argumentar, em sentido contrário, que os órgãos fracionários, quando encaminham uma questão ao pleno ou ao órgão especial, nos termos dos arts. 480 e 481 do CPC, já realizam uma interpretação constitucional, deve-se reconhecer, por outro lado, que esta interpretação fica condicionada a uma espécie de confirmação pelo pleno ou pelo órgão especial, apresentando assim um valor secundário que, a rigor, não possui ou não deveria possuir.

Pode-se argumentar também que essa ampliação do quadro de intérpretes só valeria para os tribunais onde se aplica a cláusula de reserva de órgão especial, pois onde vigora a reserva de plenário todos os magistrados já interpretam a Constituição e as interpretações têm o mesmo valor – o que é correto. Ainda assim, deve-se reconhecer que, embora a alteração aqui sugerida não afete todos os tribunais, seus efeitos teriam um impacto que potencialmente atingiria todos os tribunais, na medida em que novas interpretações poderiam ser produzidas, permitindo leituras distintas acerca do mesmo texto constitucional.

Mas o ponto mais sensível e talvez mais relevante da democratização da jurisdição constitucional que decorreria da proposta aqui defendida refere-se ao seu aspecto qualitativo. Como pretendo demonstrar, o fato de o con-

trole de constitucionalidade ser exercido diretamente pelo próprio órgão julgador do caso concreto (como ocorre nos juízos de 1ª instância) pode ser até indiferente em muitos casos (sobretudo nos chamados processos em massa, onde, por definição, não há peculiaridades que singularizem os julgados), mas é relevante ou talvez imprescindível em alguns outros, afetando positivamente a interpretação constitucional.

5. Jurisdição constitucional: entre a interpretação jurídica e o controle de constitucionalidade

A separação entre o caso concreto (julgado pelo órgão fracionário) e o exame de constitucionalidade da lei (realizado pelo plenário ou órgão especial) revela-se perfeitamente adequada (não necessariamente desejada) nos casos típicos de controle de

constitucionalidade, onde uma lei (ou parte dela) ou é constitucional (devendo ser sempre aplicada nos casos em que incide) ou é inconstitucional (devendo ser sempre afastada pelo Poder Judiciário nos casos em que incidiria). Contudo, para além destes casos típicos, há situações em que o controle de constitucionalidade só pode ocorrer à luz de um caso concreto, o que, se não inviabiliza totalmente esta cisão funcional, ao menos dificulta o seu exercício e, de todo modo, impõe uma revisão em seu funcionamento.

De fato, há leis que, embora sejam constitucionais em tese, podem ser inconstitucionais num caso concreto. São leis que não violam, mas “podem” eventualmente violar a Constituição, quando aplicadas a determinados casos ou em determinados contextos (singulares ou não).

Tomemos, por exemplo, a decisão do STF no julgamento do Habeas Corpus n. 83.996, impetrado em favor do diretor teatral Gerald Thomas, que havia sido denunciado pelo Ministério Público por ter “simulado uma masturbação e, em ato contínuo, exibido as nádegas” no palco do Teatro Municipal do Rio de Janeiro, como forma de protesto contra as vaias e xingamentos que recebera dos espectadores ao final da peça sob sua direção. O ato praticado por Gerald Thomas enquadrava-se no crime de ato obsceno, nos termos do art. 233 do Código Penal brasileiro, mas o diretor alegara em sua defesa que o ato praticado estava protegido pela liberdade de expressão.

A tese de defesa foi acolhida pela 2ª Turma do STF (não à unanimidade), ou seja, houve o reconhecimento expresso de que o ato praticado

pelo diretor teatral, levando-se em conta o contexto e as peculiaridades do caso concreto, estava protegido pela liberdade de expressão, afastando-se assim a aplicação da lei penal. Neste caso, por se tratar da aplicação do Código Penal de 1940 – ato normativo anterior à Constituição –, não havia dúvidas a respeito da competência do órgão fracionário (2ª Turma do STF) para decidir pela não-aplicação da lei. Contudo, caso fosse o Código Penal posterior à Constituição, deveria a questão constitucional ser encaminhada ao pleno do Tribunal? Nesta hipótese, como seria possível separar o exame da constitucionalidade da lei e o julgamento do caso concreto?

No referido julgado, foi afirmado que “um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão”, o que poderia sugerir que o fato de se tratar de um protesto (protegido pela liberdade de expressão) seria a razão suficiente para afastar a aplicação do art. 233 do Código Penal (“ato obsceno”). Seria então semelhante à decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF 187, onde o tribunal deu ao artigo 287 do Código Penal (“apologia ao crime”) interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”, já que sua aplicação a estes casos seria uma “afronta à liberdade de expressão” (expressão utilizada na petição inicial). Mas no HC 83.996 foi afirmado também que “não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato incriminado. O roteiro da peça, ressalte-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro. Difícil, pois, nesse contexto admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público.” Em que medida estas peculiaridades apontadas pelo Ministro Gilmar Mendes foram ou são imprescindíveis para se afastar a aplicação do dispositivo penal? Colocada a questão de outra forma, qual teria sido a posição do Ministro se o conflito entre este dispositivo penal e a liberdade de expressão tivesse sido encaminhado, por exemplo, por meio de ADPF, onde a questão seria avaliada num plano mais abstrato, sem estas peculiaridades? Se os argumentos iniciais sugerem que a decisão ainda seria pela não-aplicação da lei a casos como este, as considerações finais feitas pelo Ministro colocam sérias dúvidas a este respeito.

Este caso é, sob certo aspecto, bastante semelhante ao conhecido caso *Texas v. Johnson*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1989, onde o

Tribunal deveria decidir se o ato praticado por Gregory Lee Johnson, de atear fogo na bandeira dos EUA, em meio a um protesto contra a Convenção Nacional do Partido Republicano que ocorria na cidade de Dallas, Texas, enquadrava-se no crime de profanação de objeto venerado, nos termos do Código Penal do Estado. E cito o julgado justamente porque a Suprema Corte considerou que a lei, embora não fosse inconstitucional em tese (*unconstitutional as enacted*, como alegara Johnson), seria, no caso em questão, *unconstitutional as applied*, por violar a liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda.

No Brasil, embora esteja crescendo o interesse pelo estudo do “particularismo jurídico”, com a publicação de relevantes obras sobre o tema (ÁVILA, 2004; STRUCHINER, 2010; STRUCHINER, 2011), ainda não há nenhum trabalho (ao menos de impacto) que relacione a não-aplicação de atos normativos em contextos específicos e o controle de constitucionalidade.

Diversas são as razões que podem justificar a não-aplicação de uma lei a um caso concreto sobre o qual, a princípio, o referido ato normativo incidiria, que variam desde o caráter sub ou sobre-inclusivo das regras¹⁴ até a identificação de peculiaridades do caso concreto que tornariam desarrazoada a aplicação da lei em questão, considerando-se seus propósitos ou o fim que visa alcançar¹⁵, sem envolver necessariamente uma questão constitucional. Contudo, numa ordem constitucional fortemente marcada por valores e pela tutela de direitos fundamentais, como é o caso da Cons-

14 Adaptando para as reflexões deste trabalho um conhecido exemplo formulado por Schauer, imaginemos uma lei municipal que proibisse a entrada de cachorros em restaurantes, sob pena de pagamento de multa pelo proprietário do estabelecimento. Um comerciante, autuado por ter permitido a entrada de um cliente cego acompanhado de seu cão-guia, impetrou mandado de segurança, com o objetivo de não pagar a multa. Em 2ª instância, o processo seria julgado por um órgão fracionário do Tribunal de Justiça. A princípio, a lei incidiria sobre o caso, uma vez que não fazia nenhuma ressalva aos cães-guia para clientes cegos. Todavia, diversos valores constitucionais poderiam ser invocados em favor da não aplicação da lei naquele caso: dignidade da pessoa humana, solidariedade, promoção do bem de todos, não-discriminação, igualdade material. Nesta situação, a quem caberia decidir pela não aplicação da lei: ao órgão julgador ou ao plenário/órgão especial? De uma forma ou de outra, a decisão só poderia ser tomada à luz do caso concreto, e não apartada deste, como ocorre na cisão funcional em casos típicos de controle de constitucionalidade. (Sobre o tema, v. SCHAUER, 1991 – em especial, o cap. 2).

15 Este seria o caso da decisão proferida pela 2ª Turma do STF no HC 73.662-9, onde o Tribunal afastou a aplicação do art. 224 do Código Penal – que trata do crime de estupro e estabelece uma presunção incondicional de violência quando a vítima tem idade inferior a 14 anos – num caso onde a vítima tinha 12 anos. Como observou Humberto Ávila (2004, p. 37), o Tribunal “atribuiu tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*.”

tuição brasileira, é provável que em muitas situações a não-aplicação de uma lei a um caso específico seja justificada a partir da prevalência de princípios constitucionais, incluindo o(s) princípio(s) da proporcionalidade e/ou razoabilidade.

Um caso decidido recentemente pela 6ª turma especializada do TRF da 2ª região ilustra o ponto aqui ressaltado. Uma candidata ao Estágio de Adaptação de Oficiais Temporários da Aeronáutica (EAOT) havia sido excluída do processo seletivo, por decisão do diretor de saúde da Força Aérea Brasileira (FAB), devido ao fato de ter uma tatuagem (localizada na nuca). E, de fato, o ato praticado pelo diretor de saúde da FAB estava amparado na Instrução Técnica ICA 160-6 (que dispõe sobre inspeções de saúde na Aeronáutica), subitem 4.1.2.9.3, que exigia, para aprovação em exame médico, *“inexistência de qualquer tipo de tatuagem aplicada em área do corpo que vier a prejudicar os padrões de apresentação pessoal quando no uso de uniformes estabelecidos por regulamento do Comando da Aeronáutica, incluindo aqueles previstos para a prática de educação física (calção de banho e maiô)”*. A candidata impetrou mandado de segurança e a ordem foi concedida em primeira instância e confirmada pela 6ª turma especializada do TRF da 2ª região, no julgamento da Apelação Cível interposta pela União Federal. A sentença de 1ª instância invocou os princípios constitucionais da igualdade, legalidade, impessoalidade e razoabilidade (princípios também invocados pelo Ministério Público Federal em seu parecer). E o acórdão da 6ª turma especializada do TRF da 2ª região, após destacar que *“a adoção de critérios para seleção de candidatos, não obstante se encontre dentro do poder discricionário da Administração, deve observância aos princípios da legalidade e da razoabilidade”*, concluiu afigurar-se *“o critério adotado, no caso, preconceituoso, discriminatório e desprovido de razoabilidade, afrontando, inclusive, um dos objetivos fundamentais do País, consagrado na Constituição Federal, no sentido de ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV)”*.

Se o ato normativo em questão fosse uma lei ordinária, com o mesmo conteúdo da Instrução Técnica ICA 160-6, o magistrado de 1ª instância poderia proferir sentença nos mesmos termos, pelos mesmos fundamentos e alcançando o mesmo resultado. Mas e quanto à 6ª turma especializada do TRF da 2ª região, órgão fracionário do Tribunal? Teria a mesma liberdade para julgar o caso concreto ou estaria obrigada a submeter ao pleno o exa-

me da constitucionalidade da lei? Afinal, o ato praticado pela autoridade coatora estaria de pleno acordo com a lei, e a referida turma do TRF, no julgamento do caso relatado, não conferiu maior destaque a peculiaridades do caso concreto como razão para decidir em favor da candidata, embora alguns fatos tenham sido mencionados. Mas seria a lei realmente inconstitucional? E se a tatuagem fosse grande? E se estivesse localizada no rosto? E se fossem muitas tatuagens espalhadas pelo corpo? E se fosse uma frase? O conteúdo da frase seria avaliado? Sendo uma figura ou um símbolo, o seu significado poderia ou deveria ser interpretado?

Em pelo menos alguma dessas hipóteses levantadas, a lei (bastante genérica em seus termos) não deveria ser considerada constitucional? Se correta esta idéia, então o caso decidido pela 6ª turma especializada do TRF da 2ª região, onde a candidata tinha uma pequena tatuagem localizada na nuca, estaria mais próximo de uma inconstitucionalidade na aplicação da lei, cabendo assim refletir se e/ou em que medida isto se relaciona com a idéia mais geral de controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, com a observância da cláusula de reserva de plenário.

Um tema que tem recebido maior atenção por parte da doutrina, ainda nesta seara, refere-se aos casos de inconstitucionalidade de interpretação (ou interpretações) de um ato normativo – mais especificamente as técnicas hermenêuticas da interpretação conforme e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, tão em voga na jurisprudência do STF. O problema aqui reside na dificuldade de se identificar em que medida a interpretação de uma lei à luz dos valores constitucionais implica, *contrario sensu*, a declaração de inconstitucionalidade de outra(s) interpretação(ões) possível(is). Os estudos sobre o tema, contudo, limitam-se à aplicação destas técnicas exclusivamente pelo STF, seja em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou mesmo em sede de controle concreto, onde a Corte assume uma posição de destaque, ainda que não aquela pretendida por uma corrente de Ministros¹⁶. Não há estudos volta-

16 É compreensível que os ministros pretendam que as decisões proferidas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário sejam respeitadas pelas demais instâncias, mesmo quando proferidas em sede de controle concreto. Mas, ao menos nestes casos, o respeito ainda deve ser “conquistado” pela força dos argumentos, pois as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concreto-difuso têm efeito *inter partes* até que o Senado edite uma resolução suspendendo a execução da lei. Assim é e continuará sendo, por força do que dispõe o artigo 52, X, CRFB, que, enquanto não for revogado, deverá ser cumprido, sem deturpações travestidas de mutação ou interpretação – como pretendido por alguns ministros no julgamento da RCL 4335, numa leitura que, de todo modo, não se impôs.

dos à aplicação destas técnicas pela jurisdição ordinária, que é justamente onde a distinção entre estes dois conceitos se torna efetivamente relevante.

De fato, como o STF tem competência para declarar a inconstitucionalidade, com efeito vinculante, de leis e atos normativos, podendo até fazê-lo ao julgar improcedente, no mérito, uma ADC (embora a recíproca não seja verdadeira em relação à ADI (LEITE, 2008), com a devida vênia dos que sustentam a ambivalência desta ação), torna-se secundária (ao menos assim tem se revelado) a distinção, no âmbito da jurisprudência daquela Corte, entre declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição (que é uma declaração de constitucionalidade da qual pode resultar o reconhecimento da inconstitucionalidade de outra interpretação possível). Já no âmbito dos demais tribunais, é fundamental saber se a interpretação conforme é uma declaração de constitucionalidade – o que pode ser feito diretamente pelos órgãos fracionários – ou uma declaração de inconstitucionalidade (sem redução de texto), tarefa reservada ao pleno ou ao órgão especial. Ao tratar destas técnicas de decisão, embora com uma reflexão voltada ao STF, o Ministro Gilmar Mendes (1996, p. 275) observa que

se essa equiparação [entre declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição] parece possível no controle abstrato de normas, já não se afigura isenta de dificuldades a sua extensão ao chamado controle incidental ou concreto, uma vez que, nesse caso, ter-se-ia de conferir, também no âmbito dos tribunais ordinários, tratamento especial à interpretação conforme à Constituição.

Em outra passagem, afirma o Ministro (1996, p. 275):

somente teria a característica de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto aquela interpretação conforme à Constituição desenvolvida pela Corte Constitucional, ou no nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque, do contrário, também as questões que envolvessem interpretação conforme à Constituição teriam de ser submetidas ao Pleno dos Tribunais ou ao seu órgão especial (CF, art. 97).

Estas observações parecem sugerir que a interpretação conforme dispensa a observância da reserva de plenário, reforçando o seu caráter de de-

claração de constitucionalidade. Afinal, como prossegue o Ministro (1996, p. 275):

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmáticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

A questão, todavia, não é simples. Se é correto que a interpretação conforme nada mais é que uma “modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os juízes e tribunais” (MENDES, 1996, p. 275), onde se afirma que uma lei (ou parte dela) será constitucional desde que interpretada de determinada forma, não é menos correto reconhecer que esta técnica de decisão, ao fixar uma interpretação como constitucional, pode, “expressa ou implicitamente, excluir determinada possibilidade de interpretação, por inconstitucionalidade” (MENDES, 1996, p. 275). Assim, não resta claro se no âmbito do controle concreto-difuso a interpretação conforme deve ser compreendida como mero resultado da clássica orientação de hermenêutica (formulada junto com o surgimento da *judicial review*) segundo a qual “sempre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, tão restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida” (doutrina de WILLOUGHBY, citado em nota de rodapé por MAXIMILIANO, 1948, p. 156), ou se deve ser entendida como uma espécie de declaração de inconstitucionalidade (sem redução de texto) da interpretação considerada contrária ao texto constitucional.

É importante frisar que, nos casos em que um juiz recorre a esta técnica de decisão, a dúvida em torno da interpretação mais adequada à Constituição será justamente o incidente necessário à resolução da lide, de modo que a opção por determinada interpretação muito provavelmente – se não invariavelmente – irá afastar uma interpretação possível, por inconstitucionalidade. Para ilustrar o argumento, cito o caso do §1º do art. 16 da Lei 5.540/68 (antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que o Ministro Gilmar Mendes (1996, p. 267) aponta como um exemplo de interpretação conforme (e justamente por isso), decidido pelo STF na Rep. 1454. Re-

ferido dispositivo exigia a formação de lista sêxtupla (a ser encaminhada ao chefe do Poder Executivo) para o preenchimento de cargos de direção superior das universidades públicas, o que em tese incluiria as instituições estaduais. Como a competência legislativa da União se limitava a estabelecer diretrizes e bases, e como o *modus faciendi* da lista era assunto específico, escapando à esfera legislativa federal, o STF entendeu que o referido dispositivo seria constitucional desde que fosse aplicado apenas às universidades públicas federais, excluindo as instituições estaduais do âmbito de aplicação da norma impugnada. Este caso foi apreciado em sede de controle abstrato, por meio de representação de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República atendendo a requerimento do Reitor da USP. Mas como teria sido decidido se fosse no âmbito do controle concreto-difuso, num mandado de segurança talvez, a ser julgado pelo órgão fracionário de um Tribunal? Poderia o referido órgão julgar o caso sem encaminhar a questão ao pleno ou órgão especial? É importante lembrar que o mandado de segurança em questão teria sido impetrado justamente em razão da aplicação do §1º do art. 16 da Lei 5.540/68, sem qualquer ressalva.

Ao que parece, haveria argumentos para os dois lados. E isso resume a dificuldade de se separar com precisão, nestes casos em que não há declaração de inconstitucionalidade de texto, onde termina a interpretação constitucional e onde começa o controle de constitucionalidade. Esta dificuldade não gera nenhuma consequência nos casos julgados pelos juízes de 1ª instância, que reúnem o dever de interpretar as leis de acordo com a Constituição e a competência para deixar de aplicar as leis que julgarem inconstitucionais. O problema surge no âmbito dos tribunais, onde os desembargadores têm o mesmo dever de interpretar as leis de acordo com a Constituição, mas são incompetentes (vamos chamar a coisa pelo nome) para deixar de aplicar uma lei se entenderem-na contrária ao texto constitucional.

No contexto atual do direito brasileiro, em que tanto se promove a constitucionalização dos diversos ramos do direito, é no mínimo curioso, e talvez paradoxal, que a orientação de que toda a legislação infraconstitucional seja interpretada à luz da Constituição resulte no afastamento da Constituição nos julgados dos órgãos fracionários dos tribunais. Afinal, ainda que de forma simplista, pode-se dizer que quanto mais necessária a invocação de valores constitucionais para a melhor interpretação de um

ato normativo, maiores as chances de que o órgão fracionário seja incompetente para fazê-lo.

Consideremos, por exemplo, um caso onde uma cidadã, de 1,64m de altura, fosse impedida de participar de um concurso para agente de polícia pelo fato de a Lei Orgânica da Polícia Civil do respectivo Estado estabelecer expressamente a altura mínima de 1,65m. Um juiz de 1ª instância poderia julgar procedente um mandado de segurança impetrado pela candidata, por considerar que a altura não influi no exercício das funções de agente de polícia, de modo que qualquer legislação nesse sentido seria inconstitucional; ou por considerar que a altura mínima de 1,65m é excessiva, invocando como mero reforço argumentativo o fato de haver jurisprudência da 2ª turma do STF entendendo razoável a exigência de altura mínima de 1,60 para este mesmo cargo (RE 148.095); ou por considerar que não seria razoável impedir que a cidadã se candidatasse por não alcançar a altura mínima por apenas 1 centímetro; ou ainda por considerar que a lei não deveria estabelecer a mesma altura para homens e mulheres. Sem fazer um juízo de valor sobre estes argumentos, o fato é que o juiz de 1ª instância teria plena liberdade para invocar princípios e valores constitucionais para interpretar a legislação aplicável e decidir o caso concreto. Mas que dizer sobre o órgão fracionário que julgaria o caso em 2ª instância? Deveria encaminhar a questão ao pleno ou órgão especial? E o que seria examinado pelo pleno ou órgão especial: a constitucionalidade da discriminação por altura; a constitucionalidade da altura de 1,65m; a constitucionalidade da aplicação da lei a quem tem 1,64m; ou a constitucionalidade da imposição de altura mínima sem distinção de gênero?

Veja-se também o próprio caso que gerou o citado RE 148.095, onde a 2ª turma do STF havia entendido razoável a exigência de altura mínima de 1m60 para o cargo de agente de polícia civil do Estado do Mato Grosso do Sul. Este requisito estava expresso no art. 13, VI da Lei complementar estadual nº 38 (já revogada pela Lei complementar estadual nº 114/2005) que estabelecia "requisitos mínimos para o ingresso na Polícia Civil". E o art. 4º definia as "categorias funcionais do Grupo Polícia Civil, abrangidas por esta Lei Complementar", que, dentre outras, compreendiam Delegado de Polícia (inciso I), Escrivão de Polícia (inciso V) e Agente de Polícia (inciso VI). Uma candidata ao cargo de agente de polícia, tendo altura inferior àquela exigida por lei, impetrou mandado de segurança e obteve decisão favorável, tanto em 1ª como em 2ª instância. Ocorre que a decisão do Tri-

bunal de Justiça (TJMS) foi tomada por órgão fracionário, sem pronunciamento do órgão especial sobre a inconstitucionalidade do dispositivo legal, e o acórdão recebeu a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA – AGENTE DE POLÍCIA - ALTURA IGUAL OU SUPERIOR A 1,60M – DISCRÍMEN INCONSTITUCIONAL - RECURSO IMPROVIDO.

O requisito referente à altura poderá ser ou não inconstitucional, caso respeite ou transgrida o princípio da isonomia, isto é, caso seja ou não pertinente, o que se verificará em cada caso concreto. A altura em nada influirá no exercício das funções de agente de polícia, razão por que é inconstitucional o critério de seleção que exclui o candidato com estatura inferior a 1,60m. (grifei)

Nos autos do RE interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela improcedência do recurso alegando que “não existindo razoabilidade entre a exigência de altura mínima e as funções do cargo de agente de polícia, é *de se considerar inconstitucional a norma* contida no art. 13, VI da Lei Complementar nº 38, de 13.01.89, do Estado do Mato Grosso do Sul.” (grifei)

A 2ª Turma do STF, contudo, acompanhou o voto do relator, Min. Marco Aurélio, pela “inviabilidade de vislumbrar-se inconstitucionalidade na Lei Complementar nº 38”, entendendo que a exigência de altura seria razoável para o cargo em questão, e ressaltando ainda que “pouco importa que, na espécie, tenha-se o envolvimento de candidata do sexo feminino. A altura mínima exigida mostra-se média, em relação aos padrões brasileiros.”

O histórico deste processo, onde a polêmica acerca da inconstitucionalidade da lei foi tão ressaltada, sugere que o órgão fracionário do TJMS não poderia ter julgado o caso sem a manifestação do órgão especial. No entanto, 10 meses após este julgamento, a mesma 2ª Turma do STF, sem submeter o julgamento ao plenário da Corte, deu provimento ao recurso extraordinário (RE 150.455) interposto por uma candidata ao cargo de escrivã de polícia do Estado do Mato Grosso do Sul, que havia sido declarada reprovada na fase alusiva à investigação social por ter altura de 1,59m, ou seja, 1cm inferior àquela exigida pelo art. 13, VI da lei complementar nº38. Os ministros da 2ª Turma acompanharam o voto do relator, novamente o Min. Marco Aurélio, que destacou a diferença entre os cargos de agente de

polícia, “quando, então, é viável exigir-se uma certa compleição física”, e de escrivão de polícia, onde a exigência de altura mínima não estaria em sintonia com a função a ser exercida. A ementa do acórdão reforça que a *ratio decidendi* é a inconstitucionalidade da exigência de altura mínima para o cargo de escrivão de polícia.

Contudo, o Ministro não deixou de ressaltar aspectos do caso concreto, ao afirmar que “a ora Recorrente (...) acabou por deixar de atender à exigência do concurso em face de uma *diferença mínima de um centímetro*. Exigida a altura de um metro e sessenta, apresentou-se com um metro e cinquenta e nove centímetros de altura, o que, para a média brasileira, *considerado o sexo feminino*, é um[a] altura razoável.” E concluiu: “Por tais razões, conheço e provejo este extraordinário para, emprestando interpretação ao inciso VI do art. 13 da Lei Complementar nº 38, de 12 de janeiro de 1989, do Estado do Mato Grosso [do Sul], entendendo-a, no dispositivo, inaplicável, considerado o cargo de escrivão de polícia, restabelecer o entendimento sufragado pelo Juízo na sentença de fls...”

Independentemente das avaliações que se façam a respeito destes casos – se eles se enquadram ou não na categoria de casos atípicos de declaração de inconstitucionalidade –, a constatação de que existe esta zona cinzenta, indeterminada, a meio caminho entre a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade, com todas as dificuldades daí decorrentes, apenas reforça o argumento de que tal controle deve ser realizado diretamente pelos órgãos fracionários, que são os julgadores do caso concreto. Mas o argumento vai além destas hipóteses. Isso porque o controle de constitucionalidade, em qualquer situação, envolve uma interpretação do texto constitucional, e os órgãos fracionários deveriam ter a mesma liberdade de que gozam os juízes de 1ª instância para interpretar a Constituição, até por serem órgãos “especializados” (Câmaras Cíveis, Criminais, de Fazenda Pública) – e não pretensamente “especiais” – que, lançando um olhar eventualmente próprio para determinada matéria, contribuem para a melhor interpretação das leis e do próprio texto constitucional.

Em tempos de constitucionalização do direito, insistir na cláusula de reserva de plenário, com a cisão funcional que ela impõe, é afirmar algo para negar no instante seguinte – sem mencionar o risco, na prática, de um afastamento da Constituição do processo hermenêutico, numa espécie de “desconstitucionalização do direito”.

Por razões sobre as quais não cabe aqui especular, é notória certa resistência à regra da reserva de plenário por parte de órgãos fracionários de tribunais (também não cabe aqui – até porque é indiferente ao argumento – tentar quantificar ou identificá-los). Um levantamento perfunctório de recursos extraordinários, recursos especiais e embargos de declaração, por desrespeito aos arts. 480 e 481 do CPC, ou, mais recentemente, de reclamações junto ao STF, por descumprimento do que impõe a Súmula Vinculante nº 10 (“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.”), já seria suficiente para confirmar essa premissa sem maior dificuldade¹⁷. É claro que, de acordo com as regras vigentes, os órgãos fracionários efetivamente violam a Constituição ao não encaminharem a questão constitucional quando necessário (ou “podem estar violando” – quando o caso se afasta das hipóteses típicas de controle de constitucionalidade) nos termos do que determina o art. 97 do texto. Mas podemos lançar outro olhar sobre estas situações, o que não legitima o desrespeito à regra, mas ajuda a refletir sobre a conveniência da sua manutenção. É que, a depender do caso, o não encaminhamento da questão ao pleno ou, sobretudo, ao órgão especial, pode ser entendido também como uma vontade de interpretar a Constituição, ou para usar expressão já consagrada de Konrad Hesse (1991, p. 19), uma “vontade de Constituição”.

De todo modo, ainda que a hipótese não convença, admitir que os órgãos fracionários exerçam diretamente o controle de constitucionalidade gera necessariamente uma democratização da jurisdição constitucional, na medida em que amplia de forma expressiva o quadro de intérpretes da Constituição, o que aqui é apontado como mais um motivo pelo qual a reserva de plenário deve ser no mínimo repensada.

Já ocupa um lugar seguro no debate constitucional brasileiro (e felizmente) a idéia de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* (HABERLE, 2007). Contudo, muitos dos que difundem a idéia também defendem regras e modelos que geram uma centralização da interpretação constitucional (seja no STF, seja nos órgãos especiais, seja no Poder Judiciário),

17 A própria súmula vinculante n. 10 é resultado do não encaminhamento da questão constitucional pelos órgãos fracionários sob o curioso argumento de que não estariam “declarando a inconstitucionalidade da lei”, nos termos do art. 97, da CRFB, mas apenas afastando sua aplicação no caso concreto... por ser a lei inconstitucional.

sem perceberem as possíveis (embora não necessárias) contradições que daí decorrem. Ocorre que a qualidade da interpretação constitucional não está necessariamente relacionada ao órgão que a realiza. A interpretação constitucional feita pelo STF, por exemplo – já que tem sido a mais valorizada, e sustentada a partir de *uma leitura* da expressão “guardião da Constituição” prevista no art. 102, CRFB – não é melhor (nem pior) que aquelas realizadas por outros juízes e tribunais, ou mesmo por outros agentes. É apenas a última. E isso pressupõe – ou deveria pressupor – outras interpretações anteriores. Mais: deveria impor ao STF a consideração dessas interpretações, num processo dialógico de interpretação e construção do direito, do que seriam, aliás, bons exemplos os recursos extraordinários 148.095 e 150.455, citados acima, onde se notou a participação de diversos órgãos e agentes na interpretação do mesmo princípio constitucional da isonomia. Este aspecto, no entanto, tem sido negligenciado pelos que defendem a centralização da interpretação constitucional.

Esta ideologia da centralização tem gerado no direito constitucional brasileiro uma sensível tensão, ainda sem resultado definido. Alguns exemplos ilustram bem este quadro. Quando se discutia a conveniência (ou mesmo a constitucionalidade) da adoção do instituto da súmula vinculante, ganhou espaço no debate uma proposta alternativa: a súmula impeditiva de recursos. Ambas tinham o mérito de impedir recursos protelatórios, que seriam interpostos contra decisões que seguiriam a orientação sumulada do STF. A diferença, ao que aqui se ressalta, é que, no caso das súmulas impeditivas de recurso, os magistrados seguiriam a orientação do STF por estarem de acordo com ela, reconhecendo a força de seus argumentos, ao passo que, no caso das súmulas vinculantes, o fariam por imposição, e não por convencimento, fechando as portas para uma “outra” interpretação constitucional. Isso nada obstante, foi vencedora a proposta da súmula vinculante, incorporada pela EC 45/04.

Outro exemplo desta ideologia pode ser apontado numa interpretação do parágrafo único do art. 481 do CPC (introduzido pela Lei 9.756, de 17.12.1998), que dispõe que “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Trata-se de um enunciado aparentemente simples (e assim tem sido apresentado pela doutrina processualista e até constitucionalista, quando

esta se aprofunda minimamente sobre o tema), mas que oculta algumas questões que podem se revelar polêmicas, como, por exemplo: (i) a decisão do STF pela inconstitucionalidade (em controle difuso, é claro) *vincula* o órgão fracionário? (ii) e se for uma decisão (também pela inconstitucionalidade) tomada pelo órgão especial ou pelo plenário do Tribunal? (iii) e se a decisão (tanto do STF, como do plenário dos Tribunais ou de seu órgão especial) for pela constitucionalidade do ato normativo? Estarão os órgãos fracionários *vinculados* ao que houver sido decidido? (iv) e se houver decisão do STF pela constitucionalidade e decisão do pleno do Tribunal ou de seu órgão especial pela inconstitucionalidade da lei? (v) e se for o contrário (decisão do STF pela inconstitucionalidade e do pleno pela constitucionalidade da lei)?

O Ministro do STJ Teori Albino Zavascki já defendeu, em sede doutrinária, que, por força do que dispõe esta norma processual, a decisão proferida pelo STF deveria “vincular” não apenas os órgãos fracionários, mas também o pleno dos tribunais. Em suas palavras (2001, p. 37):

A imperativa dispensa do pronunciamento do plenário não significa, obviamente, que os órgãos fracionários terão a liberdade de julgar livremente a questão constitucional. Isso ofenderia o art. 97 da CF. O que ela significa é que, havendo pronunciamento do plenário do STF pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de um preceito normativo, os órgãos fracionários dos tribunais estarão vinculados, daí em diante, não mais à decisão da sua própria Corte, mas, sim, ao precedente da Corte Suprema.

Esta leitura do art. 481, § único, do CPC, que privilegia a centralização da interpretação constitucional no STF, conta com apoio minoritário na doutrina processualista (LEITE, 2011), e, de todo modo, esbarra em algumas dificuldades, como o fato de que a decisão do STF “vincularia” os tribunais (a quem se destina o dispositivo processual), mas não os juízes de primeira instância, que, ao lado do STF, teriam plena liberdade para interpretar a Constituição.

Ademais, estudo realizado a partir da análise dos regimentos internos dos 27 Tribunais de Justiça do País (LEITE, 2011) também demonstrou que, ao menos neste plano normativo, e ainda que não haja um consenso em torno da interpretação do dispositivo processual, é isolado o entendimento de que a decisão do STF vincularia (e de forma definitiva) os

órgãos fracionários – posição adotada apenas pelo TJMG. Todos os demais privilegiam, ainda que em graus e sob condições distintas¹⁸, as saudáveis divergências entre os órgãos jurisdicionais neste processo hermenêutico, revelando uma compreensão mais aberta, pluralista e, conseqüentemente, democrática de interpretação constitucional e controle de constitucionalidade das leis.

Um último exemplo de manifestação desta ideologia de centralização da interpretação constitucional pode ser notado na idéia de ambivalência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tem sido propagada em sede doutrinária sem maiores reflexões. A idéia de que a improcedência da ADI deveria equivaler à procedência da ADC, e vice-versa, por serem “ações iguais, com sinal trocado” já está equivocada logo na premissa, pois as ações, a rigor, não são iguais, mas semelhantes. Há diferenças objetivas entre elas: o objeto da ADC é mais restrito; a participação do AGU ocorre apenas na ADI; e é necessário que se comprove a existência de controvérsia judicial relevante para o ajuizamento de ADC – sendo este último aspecto o mais importante para que não se possa admitir que a improcedência de uma ADI (que prescinde desta exigência) tenha o mesmo efeito da procedência de uma ADC. Até porque, a despeito do que afirma a doutrina em geral, o objetivo desta ação não é simplesmente “afastar a insegurança jurídica” (BARROSO, 2004, p. 176; MORAES, 2006, p. 700) ou “a incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal” (LENZA, 2005, p. 146), ou “estabelecer uma orientação homogênea na matéria” (BARROSO, 2004, p. 176), ou “transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes” (MORAES, 2006, p. 700; LENZA, 2005, p. 146). São afirmações corretas, mas imprecisas, já que todos estes resultados poderiam ser alcançados se o STF julgasse procedente uma ADC *logo após a entrada em vigor de uma lei federal*. Isso, contudo, não seria permitido – justamente porque a finalidade da ação é, de modo mais específico, pôr fim a uma controvérsia judicial (rele-

18 “O trabalho também demonstrou que dos 27 regimentos internos, 7 não estabelecem uma vinculação entre a decisão do pleno e os casos futuros a serem julgados pelos órgãos fracionários, ao passo que 20 admitem esta possibilidade. Destes 20 regimentos, 7 exigem decisão unânime para que haja vinculação, outros 6 definem um quorum qualificado para tanto, e os 7 restantes estabelecem que qualquer decisão do pleno ou do órgão especial vincula os órgãos fracionários. Mas, em qualquer caso, verificou-se que *decisão vinculante* não significa *decisão definitiva*, uma vez que os regimentos (em sua maioria) admitem explicitamente que os órgãos fracionários suscitem novamente a manifestação do pleno, devendo para tanto apontar um *motivo relevante* que poderia levá-lo a rever seu entendimento.” (LEITE, 2011, pp. 228-229)

vante), reafirmando a constitucionalidade da lei e impedindo que, *a partir de então*, os demais órgãos do Poder Judiciário deixem de aplicar a lei sob o fundamento de sua inconstitucionalidade¹⁹, ao menos pelos argumentos já explorados no julgamento da ADC. É dizer: a ADC *encerra* (embora não em caráter definitivo) uma divergência judicial sobre a constitucionalidade de uma lei, não a evita. Ao contrário, a ADC pressupõe o controle difuso de constitucionalidade e só se legitima na medida em que já tenha ocorrido uma divergência significativa de interpretações constitucionais, realizadas pelos órgãos do Poder Judiciário. Trata-se de uma ação que, se bem compreendida, equilibra “segurança jurídica” e “democratização da jurisdição constitucional”. E, se bem aplicada, confrontaria as interpretações já realizadas por outras instâncias, resultando na construção de uma interpretação que seria a síntese desse processo.

Nestes termos, a improcedência de uma ADI – que não demanda comprovação nem mesmo a existência de controvérsia judicial relevante, ou seja, de outras interpretações constitucionais possíveis e em conflito – jamais poderia equivaler à procedência da ADC, como sugerido pelos que defendem a ambivalência destas ações.

Estes exemplos revelam um quadro de forte tensão no pensamento constitucional brasileiro entre as idéias de centralização da interpretação constitucional e democratização da jurisdição constitucional. E é à luz desta tensão, e pelas razões expostas ao longo do trabalho, que a cláusula de reserva de plenário e, sobretudo, a cláusula de reserva de órgão especial deveriam ser revistas. Insistir nesta regra implica necessariamente reforçar a idéia de centralização da interpretação constitucional. Não por coincidência ou mero acaso, José Levi Mello do Amaral Jr. – num dos poucos trabalhos dedicados ao tema no Brasil (e de seriedade e qualidade indiscutíveis) –, ao defender a manutenção da cláusula (em linha diametralmente oposta ao que aqui sustento), reconhece que a regra da reserva de plenário (ou órgão especial) “guarda similitude com o incidente de inconstitucionalidade adotado em países europeus no concerto entre tribunal constitucio-

19 Este aspecto foi ressaltado por Oscar Vilhena Vieira (2002, p. 135), para quem a finalidade da ADC seria a de “transferir para o Supremo a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, suspendendo assim o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, todos os juízes e também o Poder Executivo ficam obrigados à decisão proferida pelo Tribunal.”

nal e juízos ordinários” (2002, p. 52)²⁰ – modelo caracterizado justamente pela centralização do controle de constitucionalidade²¹, e que, vale acrescentar, nos países em que é adotado, não deixa de apresentar dificuldades e suscitar questões polêmicas e mal-resolvidas a respeito da (i)legitimidade dos juízos ordinários para interpretar e aplicarem a Constituição (CAL-LEJON, 1990).

6. Propostas

Toda regra jurídica se sustenta a partir de um valor, e o valor que legitima a cláusula de reserva de plenário é o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. O peso deste argumento talvez seja o responsável por uma absoluta ausência de qualquer crítica a esta regra no direito constitucional brasileiro.

Contudo, se a presunção de constitucionalidade é de fato um valor a ser tutelado em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário – talvez com certa urgência – repensar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro no que tange a este aspecto, pois não apenas a reserva de plenário (ao menos quando se converte em reserva de órgão especial) não é uma

20 O autor chega a propor mudanças que reforcem ainda mais a centralização do controle de constitucionalidade, no que afeta a relação entre juízes de 1ª instância e os respectivos tribunais a que estão vinculados. (Cap. 6. “Repensando a dinâmica da regra do *full bench*”, op. cit., pp. 109-115)

21 Mas não seria paradoxal que uma regra criada justamente no modelo norte-americano, onde vigora o controle difuso, guardasse similitude – como de fato guarda – com o modelo europeu, onde vigora o controle concentrado? Para resolver este paradoxo, é necessário esclarecer que, embora a cláusula de reserva de plenário tenha sido inspirada no sistema norte-americano (*full bench* ou *en banc*), a idéia de que esta regra seja aplicada nos EUA com o mesmo rigor com que é imposta no Brasil está mais próxima de um mito do que de um fato. Historicamente, a doutrina norte-americana sempre revelou cautela e preocupação com o poder dos juízes de declarar a inconstitucionalidade, fixando orientações sempre em favor da presunção de constitucionalidade das leis – orientações que foram logo incorporadas na doutrina brasileira desde o advento do controle de constitucionalidade no país. A regra do *full bench* – ou julgamento *en banc* – não está expressa na Constituição dos EUA, o que já conferiria, num primeiro momento, certa flexibilidade para sua aplicação. A regulamentação da regra nos EUA é dispersa, ao menos em relação às Cortes estaduais, e, em regra, sua aplicação se dá em caráter excepcional, sendo, aliás, comum a declaração de inconstitucionalidade por órgão colegiado composto por três magistrados, e decidida por maioria (2-1). Nestes casos, é possível requerer que a questão seja levada a julgamento *en banc* (pelo pleno dos tribunais – que contam com um número de magistrados muito inferior à média brasileira), mas este requerimento pode ser indeferido. A propósito, um dos aspectos que legitimam o julgamento *en banc* é justamente a divergência entre órgãos do mesmo tribunal acerca de uma questão constitucional. Ou seja, pressupõe a pluralidade de intérpretes e interpretações, promovendo uma democratização da jurisdição constitucional. Portanto, se é correto afirmar que a cláusula de reserva de plenário, no Brasil, foi criada à luz do modelo norte-americano, deve-se reconhecer que hoje, a este respeito, a criatura se distanciou muito do criador e talvez seja para ele até irreconhecível.

regra adequada a assegurar o princípio, como outros pontos pacificamente admitidos em nosso sistema enfraquecem a presunção de constitucionalidade das leis.

No confronto entre teoria e prática, temos o seguinte quadro sutilmente contraditório: o sistema brasileiro valoriza e enaltece a presunção de constitucionalidade das leis, *mas*, por outro lado, permite que uma lei votada por um órgão de representantes eleitos, eventualmente com maioria esmagadora e com participação popular, talvez sancionada pelo chefe do Poder Executivo, igualmente eleito por voto popular – todos de alguma forma interpretando a Constituição –, possa ser declarada inconstitucional por (i) um órgão fracionário (chamado de especial), (ii) algumas vezes com uma composição expressivamente minoritária em relação ao todo, (iii) decidindo por maioria de 1 ou 2 votos e (iv) adotando fundamentos diversos.

Pelas razões expostas ao longo do trabalho, entendo que o controle de constitucionalidade poderia ser realizado diretamente pelos órgãos julgadores no âmbito dos Tribunais, devendo-se recordar que são, muitas das vezes, órgãos especializados (Câmaras Cíveis, Criminais, de Fazenda Pública), que, lançando um olhar eventualmente próprio para determinada matéria, contribuem para a melhor interpretação das leis e do próprio texto constitucional.

Por outro lado, se efetivamente o ordenamento jurídico pretende valorizar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, dever-se-ia exigir um quorum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade, que, no controle concreto-difuso, é uma questão prejudicial a ser decidida antes do julgamento do mérito do caso concreto. Talvez fosse exagero exigir a unanimidade dos votos para o reconhecimento da inconstitucionalidade. Mas convém frisar que, quando um órgão colegiado (fracionário ou não) decide pela inconstitucionalidade por diferença de 1 voto apenas, está invalidando uma lei cuja constitucionalidade (presumida, por ter sido aprovada pelos demais Poderes do Estado) fora confirmada praticamente pela metade dos magistrados do referido órgão. Num caso como este, a interpretação de que a lei é efetivamente constitucional, como pretendiam os representantes do Poder Legislativo e, eventualmente, o Poder do Executivo que a aprovaram, teria sido endossada por um número expressivo de magistrados. Em outras palavras, embora a maioria dos votos seja pela inconstitucionalidade, cada voto vencido é um voto pela presunção de constitucionalidade das leis, e se este é um valor que o sistema consti-

tucional efetivamente pretende homenagear, não seria absurdo sugerir que deveria ter um peso diferenciado. Contudo, pela diferença de um único voto, a interpretação pela constitucionalidade é ignorada, prevalecendo uma leitura constitucional que invalida a lei. Seria importante, nesse sentido, recuperarmos as questões levantadas por João Mangabeira no processo constituinte de 1933-34 a respeito do quorum para a declaração de inconstitucionalidade, que representaria uma garantia mais concreta e eficaz ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Afinal, como alegara o jurista:

O que não pode, absolutamente, continuar é o inconveniente de decisões do Supremo Tribunal por oito votos contra sete, em que um só ministro, com o seu voto, põe abaixo uma lei votada por uma Assembléia e sancionada pelo Presidente da República, em um caso de inconstitucionalidade, inconstitucionalidade essa tão duvidosa que no próprio Supremo Tribunal teve sete votos contra ela²².

Não bastasse isso, esta maioria pode ser alcançada por interpretações diversas e eventualmente até idiossincráticas do texto constitucional. Levada esta situação ao extremo, se cada magistrado de um tribunal entender que uma lei é inconstitucional por um fundamento distinto, próprio, isso significa que, em relação a cada um destes fundamentos, a lei será constitucional para todos os demais magistrados. Pontes de Miranda (1967, pp. 564-565) já havia alertado que "se os fundamentos da alegação da inconstitucionalidade são dois ou mais (...), somente se pode apreciar a nulidade da regra jurídica ou do ato do poder público em relação a cada fundamento, de per si. (...) Não se somam como parcelas quantidades heterogêneas."

Este ponto também já foi ressaltado pelo processualista Humberto Theodoro, que, ao tratar do julgamento da arguição de inconstitucionalidade, anotou que (2002, p. 599):

o tribunal pode não reconhecer a incompatibilidade alegada pela parte, mas declarar a inconstitucionalidade da lei frente a outro dispositivo de natureza constitucional. Os votos dos membros do tribunal para atingirem a maioria absoluta hão de ser homogêneos, pois, como ensina Pontes de Miranda, "não

22 *Elaborando a Constituição Nacional ...*, op.cit., p. 537.

se somam como parcelas quantidades heterogêneas”. Só os que tiverem os mesmos fundamentos podem ser somados, portanto. Não basta, outrossim, que a maioria dos membros do Tribunal participe do julgamento. Para reconhecimento da inconstitucionalidade é indispensável que haja votos homogêneos em tal sentido proferidos por número de juízes superior à metade do total dos membros do tribunal, ou do órgão especial a que alude o art. 93, XI, da Constituição. Se o reconhecimento for apenas de maioria simples (isto é, maioria dos votantes, mas não do tribunal ou do órgão especial), a lei ou ato impugnado não será declarado inconstitucional.

Isso nada obstante, o próprio STF parece legitimar decisões pela inconstitucionalidade por argumentos distintos, firmando um peculiar modelo de decisão “com dispersão de fundamentos”, para usar expressão do Ministro Celso de Mello²³, e distanciando-se do processo decisório adotado pelas cortes constitucionais e tribunais internacionais. Nesse sentido, reconheceu o Ministro Cezar Peluso:

Não me escuso, na oportunidade, de enfatizar a parcimônia, senão o rigor e a precisão, com que deve ser acolhida, entre nós, a teoria da chamada *transcendência dos motivos determinantes*, à vista do *singular modelo deliberativo historicamente consolidado neste Supremo Tribunal Federal*. É que aqui, diferentemente do que sucede em outros sistemas constitucionais, *não há, de regra, tácita e concordância necessária entre os argumentos adotados pelos Ministros*, que, em essência, quando acordes, assentimos aos termos do capítulo decisório ou parte dispositiva da sentença, mas já nem sempre sobre os fundamentos que lhe subjazem. *Não raro, e é coisa notória, colhem-se, ainda em caso de unanimidade quanto à decisão em si, públicas e irreduzíveis divergências entre os fundamentos dos votos que a compõem*, os quais não refletem, nem podem refletir, sobretudo para fins de caracterização de paradigmas de controle, a verdadeira *opinion of the Court*. (Rcl 9428) (grifei)

23 No julgamento do HC 92.566-SP, o Min. Celso de Mello, fazendo referência à decisão do STF no RE 466.343-SP (onde o Tribunal firmou novo entendimento acerca da hierarquia dos tratados de Direitos Humanos, anteriores à EC 45/04, no ordenamento jurídico brasileiro), observou que “houve, no julgamento anterior, clara dispersão dos fundamentos que deram suporte às correntes que se formaram, nesta Corte, no exame da controvérsia em referência. De um lado, e conferindo natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, situam-se os votos dos Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Grau, além de meu próprio. De outro lado, estão os votos dos Ministros que atribuem hierarquia especial (Ministro Menezes Direito) ou conferem caráter de supralegalidade às referidas convenções internacionais (Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Carlos Britto). O eminente Ministro Marco Aurélio não perfilhou qualquer dessas duas orientações.”

Mais uma vez, se o ordenamento jurídico pretende valorizar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, dever-se-ia exigir, além do quorum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade, que os fundamentos fossem coincidentes, como havia ressaltado Pontes de Miranda, em lição que curiosamente tem sido ignorada pelos tribunais (incluindo o STF) sem, no entanto, ter sido contestada. A prática adotada pelos tribunais – e, pelo visto, legitimada ao menos pelos Ministros citados – resulta numa afronta à presunção de constitucionalidade das leis na medida em que admite que uma leitura singular do texto constitucional, incapaz de convencer sequer outro magistrado do mesmo tribunal, seja considerada suficiente para, somada a outras leituras singulares, eventualmente idiossincráticas, anular uma lei aprovada pelos órgãos de representação popular. Este “singular modelo deliberativo” a que se referiu o ministro é, na verdade, um eufemismo para designar uma conversa de surdos-mudos numa sala escura.

Em suma, considerando-se tudo o que foi exposto ao longo deste trabalho, sobretudo as críticas e dificuldades a respeito das cláusulas de reserva de plenário e de reserva de órgão especial, e assumindo-se a legitimidade em se preservar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, seria mais adequado permitir o exercício pleno do controle de constitucionalidade pelos órgãos fracionários julgadores, exigindo-se, contudo, um quorum qualificado e homogeneidade de fundamentos (*opinion of the Court*) para a declaração de inconstitucionalidade das leis.

As reflexões aqui desenvolvidas tiveram em mira o controle concreto-difuso, demonstrando que a atuação do pleno ou do órgão especial dos tribunais é prescindível e talvez indesejável. Contudo, o mesmo não pode ser dito em relação ao controle abstrato estadual, que, por ser também controle concentrado, demanda a existência de um único órgão competente para a guarda da Constituição do Estado (nada obstante todas as limitações impostas pela Constituição Federal e, sobretudo, pela jurisprudência do STF ao desenvolvimento de um constitucionalismo estadual mais autônomo, com maior liberdade de auto-organização e maior espaço para auto-legislação). Por razões de ordem prática, a competência do pleno ou do órgão especial para este caso deveria ser preservada, ao menos num

primeiro momento, pois caberia em seguida refletir sobre a conveniência de se criar um órgão voltado exclusivamente para esta função, uma espécie de Câmara Constitucional. Enfim, um órgão que não seria “especial”, mas “especializado”!

7. Bibliografia

- AMARAL JR. José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITTENCOURT, Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional* (vol. 2: Direito Constitucional Brasileiro). Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CASTRO, Araújo. *A Nova Constituição*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935, p. 243.
- DUARTE, José. *A Constituição Brasileira de 1946 – Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.
- LEITE, Fábio Carvalho. ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta. In: *Revista de Direito do Estado* (RDE), vol. 10, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.
- _____. A Cláusula de Reserva de Plenário Segundo os Tribunais de Justiça. In: *Direitos Fundamentais & Justiça* / Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, n. 15 (abr./jun. 2011). Porto Alegre: H.S. Editora, 2011.

- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 8.ed. São Paulo: Editora Método, 2005.
- MACHADO, Joana de Souza. (2008), *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional e Teoria do Estado, PUC.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1918.
- _____. *Comentários à Constituição Brasileira 1946*. (vol. 1). Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967* (Tomo III). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford, Clarendon, 1991.
- STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas: Por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: José Rodrigo Rodriguez; Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa; Samuel Rodrigues Barbosa. (Org.). *Nas Fronteiras do Formalismo*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: Ronaldo Porto Macedo Jr.; Catarina Barbieri. (Org.). *Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 40.ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Autor convidado