

A inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constitucionalidade das leis perante órgãos jurisdicionais de primeira instância

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO (*)

I. Introdução e focalização do tema

01. O controle da constitucionalidade das leis consiste, basicamente, na verificação de adequação de determinado ato normativo aos termos da Constituição Federal.

02. Essa adequação é fruto do Princípio da Supremacia Constitucional, e ocorre porque cada ordenamento jurídico possui uma norma fundamental responsável por conferir unidade a todas as outras.

03. Não é por outra razão que se diz ser a Carta Magna o fundamento de validade de todas as outras normas, que, por sua vez, devem ser interpretadas de acordo com os princípios nela estabelecidos e com ela se harmonizar ⁽¹⁾.

04. Vale aqui a lição de KELSEN ⁽²⁾:

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos por tomar em conta apenas a ordem jurídica estadual (estatal), a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”.

(1) Conferir a respeito BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1996, pág. 54.

(2) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Coimbra: Arménio Amado Editora, 1979, pág. 310.

05. Nessa perspectiva, torna-se clara a necessidade de adoção de meios de se controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos em sentido estrito, de modo a sempre preservar a autoridade da Carta Magna e, em última análise, a própria existência da Federação, com suas regras e repartições de competências.

06. Segundo a doutrina especializada ⁽³⁾, esse controle pode ser preventivo ou repressivo, de acordo com o momento em que é realizado, tendo em vista o processo legislativo referente à criação da norma em análise frente ao texto constitucional.

07. No sistema brasileiro encontramos exemplos das duas formas de controle; assim, será preventivo (ou político, para alguns) o controle exercido através do veto do Presidente da República ou ainda pela atuação da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados (artigos 66, § 1º e 58 da Carta de 1988).

08. Por outro lado, o controle pode ser repressivo, quando é exercitado após a promulgação do ato normativo. Nesse caso, apenas ao Poder Judiciário é facultado exercitar esse controle, que pode ser difuso ou concentrado.

09. O controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, através de ações especiais, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Nessas ações, o objeto principal do feito é a declaração de inconstitucionalidade da norma, daí se dizer que aqui o controle se exerce pela via principal, ou seja, a ação é proposta, *ab initio*, com o claro e único propósito de ver declarada a inadequação da norma aos termos constitucionais ⁽⁴⁾.

10. Já o controle difuso, como o próprio nome já indicia, é exercido por praticamente todos os magistrados do país, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, independente do grau de jurisdição em que se encontre a demanda.

11. Importante notar que nessa forma de controle o requerimento de declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal da ação; tal pedido é feito de forma incidental, ou seja, no curso de determinado feito.

12. Dessa forma, onde se discute, por exemplo, a exigência ou não de determinado tributo, o autor pode, em grau incidental, pedir que o Juiz considere a norma que determina tal exigência tributária inconstitucional, permitindo assim um desfecho favorável da ação.

⁽³⁾ Sobre o tema, e principalmente acerca das possíveis classificações, veja-se, entre outros, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª Edição, Coimbra: Almedina, 1993; CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997; e LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. Acerca da experiência de outros países, indica-se CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado* (trad. Aroldo Plínio Gonçalves e revisão de José Carlos Barbosa Moreira), Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

⁽⁴⁾ De se registrar ainda os meios de controle concentrados referentes à Intervenção Federal e, ainda, a Representação de Inconstitucionalidade de normas municipais ou estaduais frente à Constituição de cada Estado, sendo esta última de competência privativa do Tribunal de Justiça do Estado.

13. Como dissemos acima, esse controle incidental pode ser feito em qualquer grau de jurisdição, e a lei oferece mecanismos diversos para tal providência, de acordo com a posição hierárquica do órgão jurisdicional incumbido de solucionar o litígio.

14. Assim é que, se o requerimento surge ou é formulado perante um dos órgãos do Tribunal, a sistemática a ser adotada é aquela referida pelos artigos 480 *usque* 482 do Código de Processo Civil.

15. Já sendo a solicitação formulada perante um órgão jurisdicional de primeira instância, não há regulamentação no *Codex*.

16. Talvez por questão de política legislativa, ou ainda por entender que nessa hipótese a inconstitucionalidade deveria ser tratada como uma questão prejudicial como qualquer outra, o legislador silenciou acerca do tema. Observa-se apenas, regramento no que guarda pertinência ao controle difuso da constitucionalidade nos órgãos fracionários dos Tribunais ⁽⁵⁾.

17. A partir dessa carência de sistematização legal, o controle difuso exercido pelos juízes de primeira instância viu-se cercado de algumas complexidades que estão a demandar apurado exame.

18. Nesse contexto, é muito comum a confusão entre a pretensão de declaração incidental de inconstitucionalidade e a ação declaratória incidental prevista nos artigos 5º e 325 do *Codex*, sendo certo, e este é o enfoque principal deste trabalho, que o instrumento processual da ação declaratória incidental não se presta ao controle da constitucionalidade pela via incidental.

19. A fim de demonstrar a veracidade de tal afirmação, faremos um estudo das questões (prévia e principal) no processo civil, enfocando a natureza da pretensão declaratória de inconstitucionalidade e a forma através da qual pode e deve ser deduzida no caso concreto.

20. Isto se torna necessário a fim de analisar qual é a autoridade competente para conhecer da questão constitucional, de modo a envolvê-la com o manto da coisa julgada, impedindo assim que novas pretensões sejam formuladas nesse sentido.

21. Assim, introduzido o tema e focalizada a problematização do trabalho, passamos ao estudo das questões processuais atinentes à matéria.

II. Questão principal e questões prévias. Distinção. Ação declaratória incidental. Hipóteses de cabimento

22. Toda relação processual instaurada tem por fim atender a um determinado requerimento formulado por uma ou ambas as partes.

23. Como vige entre nós o sistema dispositivo ou da Inércia Jurisdicional (artigos 2 e 128 do C.P.C.), em princípio só pode haver prestação jurisdicional ante a expressa solicitação dos interessados.

⁽⁵⁾ Nesse sentido, o legislador constitucional deixou assegurado no artigo 97 da Carta que "*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*"

24. Assim é que a relação processual, ao ser instaurada, dirige-se à consecução de um determinado objetivo, ou melhor, de um predeterminado objetivo, qual seja, atender à solicitação formulada pela parte ou pelo interessado.

25. A essa solicitação chamamos questão principal do processo, devendo o órgão julgador sobre ele se debruçar, estudar e, afinal, proclamar o direito do vencedor.

26. Contudo, além dessa questão principal, surgem na relação processual outras questões denominadas prévias.

27. Questão prévia é um gênero, do qual são espécies a questão preliminar e a prejudicial.

28. A questão preliminar é aquela que, uma vez conhecida, impede o órgão julgador de adentrar o exame do mérito da causa. É, via de regra, relacionada a uma questão processual ligada aos pressupostos de existência do processo ou, ainda, às condições para o regular exercício do direito de ação, não subsistindo de forma autônoma frente à questão principal.

29. Já a questão prejudicial insere-se usualmente no campo do direito material e existe autonomamente em relação à principal, a qual não impede o exame, mas, antes, condiciona. É ela na verdade um antecedente lógico da questão principal; vale dizer, o Juiz não tem como examinar esta sem antes analisar aquela.

30. JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, em excelente análise acerca do tema, assim se manifesta ⁽⁶⁾:

“Realmente, a questão principal ou prejudicada é de suma relevância, pois sobre ela versará o mérito da causa e, justamente para se obter uma decisão sobre ela, é que se forma o processo. Ninguém deduz uma lide em juízo simplesmente para levar ao exame do juiz uma questão prejudicial. Mas as prejudiciais são também relevantes, tanto quanto a questão prejudicada. Esta relevância resulta do simples fato de elas condicionarem a decisão sobre o mérito, mas nem por isso a questão principal vai deixar de ser principal. Aquela questão que constitui o mérito é a principal e continua sendo principal. O que há é um condicionamento, porque, embora de menor valor, a prejudicial é relevante para o julgamento da lide, para a composição do conflito de interesses.”

31. Como dito anteriormente, ao contrário da questão preliminar, a prejudicial existe autonomamente frente à principal, podendo ser aduzida no mesmo processo ou em relação processual distinta. Daí se classificar a prejudicial

⁽⁶⁾ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 6ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, pág. 171.

em interna ou externa, conforme surja na mesma estrutura processual da questão principal ou não.

32. A grande importância da questão prejudicial e, ao mesmo tempo, seu grande ponto controvertido, é sua correlação com o instituto da coisa julgada.

33. Coisa julgada é, nas palavras do mestre GIUSEPPE CHIOVENDA ⁽⁷⁾:

“ a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos.”

34. A autoridade da coisa julgada, ou do caso julgado, é, portanto, a qualidade ⁽⁸⁾ que reveste a decisão judicial, conferindo-lhe foros de imutabilidade.

35. Essa imutabilidade se dá, num primeiro momento dentro do processo (coisa julgada formal), estendendo-se, após, a toda e qualquer relação processual que venha a ser instaurada (coisa julgada material).

36. Ora, a regra em processo civil é que apenas a questão principal transite em julgado sob o enfoque material.

37. A questão preliminar, se reconhecida pelo juiz, ocasiona a extinção do processo sem julgamento de mérito, na forma do disposto no artigo 267 do C.P.C. A questão prejudicial, mesmo quando suscitada no mesmo processo da principal (prejudicial interna), não transita em julgado, sendo apenas analisada, *mas não decidida* (na acepção técnica da palavra) pelo juiz da causa.

38. Essa regra é uma consequência direta do princípio dispositivo, eis que o autor, ao ajuizar a demanda, pediu que o Estado-Juiz se manifestasse apenas quanto à questão principal, não podendo o órgão julgador estender os limites da lide frente à inércia da parte.

39. Nesse sentido, veja-se o artigo 469 do *Codex*:

“Art. 469 - Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

⁽⁷⁾ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Bookseller, 1998, pág. 452.

⁽⁸⁾ Muito tempo se discutiu sobre ser a coisa julgada um efeito ou uma qualidade da sentença. No sentido do texto, que aliás está aliado à doutrina prevalente, veja-se, por todos, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, págs. 37 e segs.

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo." (grifei)

40. Entretanto, há determinados casos em que essa questão prejudicial pode ser efetivamente decidida no processo, como se fosse uma questão principal, previamente a esta.

41. Para isso, é necessário que uma das partes solicite isso expressamente ao Juiz, servindo-se de um mecanismo que recebe a denominação de ação declaratória incidental⁽⁹⁾, e encontra-se previsto nos artigos 5º e 325 da Lei Processual.

42. Confirmam-se, uma vez mais, os dispositivos legais:

"Art. 5º - Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

.....
Art. 325 - Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º)."

43. Nesse caso, e somente aí, estará o Juiz devidamente autorizado a não apenas analisar e examinar tal questão, mas a decidí-la definitivamente, de modo a fazer incidir sobre ela também a coisa julgada que originalmente apenas abranjeria a questão principal.

44. Novamente citamos o dispositivo legal que consagra a regra em exame:

"Art. 470 - Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide."

III. A inconstitucionalidade como questão prejudicial

45. Como dito anteriormente, o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade admite tanto a forma concentrada como a difusa.

⁽⁹⁾ Para maiores esclarecimentos sobre tal instrumento processual, conferir LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 1995.

46. Se é certo que apenas algumas poucas pessoas têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade ou mesmo a ação declaratória de constitucionalidade (artigo 103, *caput* e § 4º da Carta Magna), é igualmente certo que qualquer cidadão pode solicitar ao Poder Judiciário que examine uma questão de inconstitucionalidade em caráter prejudicial à questão principal da relação processual já instaurada.

47. Que fique bem claro: não se trata aqui de ajuizar uma ação cujo objeto principal seja a declaração de inconstitucionalidade de uma norma; mas sim pedir ao Juiz que conheça e examine tal matéria ao decidir a demanda.

48. Dessa forma, pode a inconstitucionalidade assumir o papel de questão prejudicial numa relação processual.

49. E aqui chegamos ao âmago de nosso trabalho; reconhecida tal natureza jurídica, pode a parte interessada solicitar ao juiz que decida a questão relativa à inconstitucionalidade, na forma do já citado artigo 470 do C. P. C., servindo-se da ação declaratória incidental contemplada nos artigos 5º e 325?

50. A resposta para tal indagação é, a nosso ver, invariavelmente negativa.

51. Isto se dá, basicamente por duas razões: a primeira, de ordem lógica, consiste no fato de que a própria sistemática do controle difuso exclui a possibilidade da ação declaratória incidental, pois, como vimos, caso fosse tal hipótese admitida, acabaríamos por ter um controle pela via principal, eis que a questão prejudicial seria decidida junto com o mérito, passando a integrá-lo, para efeitos de decisão e coisa julgada.

52. A segunda razão, de ordem processual, reside em impedimento que nos é apresentado pelo próprio legislador na redação do artigo 470 acima transcrito.

53. Nesse dispositivo legal, fica bastante claro que um dos requisitos para que a questão prejudicial seja julgada e integrada ao mérito é que o Juiz possua competência em razão da matéria para analisá-la. Ora, como é cediço, apenas o Supremo Tribunal Federal, nas questões que ofendem a Carta Magna, e o Tribunal de Justiça local, para aquelas contrárias à Carta Estadual, têm competência *ratione materiae* para examinar tais matérias *principaliter*.

54. De se registrar, nessa esteira, que o vício oriundo da inobservância da competência material é absoluto e não se convalida nem com a passagem do tempo e tampouco pode ser alterado pela vontade das partes, como ocorre com a denominada incompetência relativa ⁽¹⁰⁾.

55. Nesse sentido, precisa a lição de ALEXANDRE CÂMARA ⁽¹¹⁾:

"Dispõe o art. 5º do C.P.C. no sentido de que qualquer das partes pode ajuizar a demanda de declaração incidente, ampliando assim o objeto do processo, fazendo com

⁽¹⁰⁾ Conferir a respeito os artigos 111 e 114 do Código de Processo Civil.

⁽¹¹⁾ FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*, Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1998, págs. 320/321.

que a apreciação da questão prejudicial se dê principalmente e, portanto, seja alcançada pela autoridade de coisa julgada, tornando-se imutável e indiscutível. É preciso, porém, se ter em conta que é fundamental se perquirir a existência de competência do juízo onde tramita o processo para decidir a questão prejudicial (art. 470 do CPC). É requisito de admissibilidade da demanda declaratória incidental, portanto, que o juízo seja competente *ratione materiae*, além de ter competência funcional. Os critérios de competência em razão do valor e do território não precisam ser observados, posto que derogáveis aplicando-se o disposto no art. 109 do CPC.

A existência deste requisito de admissibilidade da 'ação declaratória incidental' é que torna impossível a qualquer das partes demandar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo incidentalmente. É que a competência para conhecer da inconstitucionalidade como objeto principal do processo é do Supremo Tribunal Federal, não podendo nenhum outro juízo proferir decisão sobre o tema que venha a ser alcançada pela autoridade de coisa julgada."

56. Também NAGIB SLAIBI FILHO⁽¹²⁾ comunga desse entendimento, mas por fundamento diverso. Entende esse autor que carecem as partes de interesse processual para provocar o órgão jurisdicional através de ação declaratória incidental que vise à afirmação de inconstitucionalidade de norma legal ou ato normativo.

57. Em sede jurisprudencial, outro não tem sido o entendimento adotado, como se vê do aresto⁽¹³⁾ adiante transcrito:

"Ação Declaratória. Declaração 'incidenter tantum' de inconstitucionalidade. Questão prejudicial.

O controle da constitucionalidade por via incidental se impõe toda vez que a decisão da causa o reclame, não podendo o juiz julgá-la com base em lei que tenha por inconstitucional, senão declará-la em prejudicial, para ir ao objeto do pedido. Recurso extraordinário conhecido e provido."

58. Como se vê das transcrições acima, tanto em doutrina como em sede jurisprudencial, a questão vem recebendo tratamento uniforme.

⁽¹²⁾ SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988 - Aspectos Fundamentais*, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, pág. 89.

⁽¹³⁾ STF - 1ª Turma. RE 89553/CO. Relator Ministro Rafael Mayer. Unânime. Julgado em 24/03/1981.

59. Dessa forma, torna-se bastante claro que a questão constitucional pode (e deve) ser argüida no plano da prejudicialidade. Será examinada e levada em consideração pelo órgão julgador como um antecedente lógico da questão principal, mas não integrará o mérito da causa. Dessa forma, o pronunciamento emitido pelo Juiz quanto a essa questão prejudicial não alcançará o *status* de *res judicata* e, portanto, poderá ser questionado a qualquer tempo, dentro ou fora do processo, em grau de recurso ou através de ação autônoma.

60. Essa é a grande peculiaridade que pretendíamos enfatizar e estudar neste modesto trabalho, demonstrando a interação existente no tema entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil e, principalmente, a importância da matéria no que diz respeito à efetividade do controle da constitucionalidade.

61. É certo que tal regra acaba por delimitar bastante a eficácia do controle da constitucionalidade pela via incidental, uma vez que as decisões jamais se tornarão imutáveis quanto a essas questões constitucionais. Contudo, há uma clara preocupação do legislador no sentido de não banalizar tais questões ou mesmo de exercer um rígido controle acerca da legitimidade e capacidade processual das pessoas autorizadas a questionar, pela via principal, a validade de um ato normativo *lato sensu*.

62. Tal controle chega, por vezes, a ser exagerado.

63. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, que se uma lei do Estado do Rio de Janeiro aparenta conflitar com a Carta Federal, o Chefe do *Parquet* Estadual não tem legitimidade para promover a competente ADIn, sendo necessário, nesse caso, oficial ao Procurador-Geral da República para que este, se entender cabível, promova a medida.

64. Em todo caso, é preciso reconhecer tratar-se realmente de matéria que carece de certo controle por parte do legislador constituinte, até mesmo para que não se corra o risco de ver o Poder Judiciário inoperante ante o excessivo número de ações, muitas vezes praticamente idênticas.

65. Quanto a esse aspecto, talvez fosse interessante a adoção nas ADIn's de mecanismo semelhante ao existente na ADC, ou seja, instituir-se o efeito vinculante para decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de inconstitucionalidade, de modo a vincular qualquer decisão de órgãos jurisdicionais inferiores, sendo que tal efeito deveria se produzir também quando o Pretório Excelso exerce o controle por via incidental, nas hipóteses de recurso extraordinário ou de ações originárias de sua competência, tais como o mandado de segurança, *habeas corpus* ou mesmo ação rescisória, sendo certo que hoje a jurisprudência vem evoluindo no sentido de que o controle pela via incidental não está restrito às ações ordinárias, podendo ser exercido em qualquer relação processual, desde que pertinente ao objeto em discussão.

66. Estas, em suma, as ponderações que considerávamos apropriadas ao tema proposto.

(*) HUBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO é Promotor de Justiça e Doutor em Direito.