

MARIO AZAMBUJA NETO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS PENAIS  
E RESERVA DE PLENÁRIO

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Feldens

Porto Alegre  
2012

**A991c** Azambuja Neto, Mario  
Controle de constitucionalidade de leis penais e reserva de plenário. / Mario Azambuja Neto. – Porto Alegre, 2012.  
101 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.  
Orientação: Prof. Dr. Luciano Feldens.

1. Direito Penal - Brasil. 2. Princípios Constitucionais - Brasil.  
3. Constitucionalidade. 4. Reserva de Plenário. 5. Decisões Judiciárias - Brasil. I. Feldens, Luciano. II. Título.

**CDD 341.4352  
341.5**

**Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária:  
Cíntia Borges Greff - CRB 10/1437**

MARIO AZAMBUJA NETO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS PENAIS  
E RESERVA DE PLENÁRIO

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Luciano Feldens – PUC/RS

---

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli – PUC/RS

---

Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo – UFRGS

Porto Alegre  
2012

À minha mãe, por todo o amor e auxílio – sempre incondicionais,  
apesar de todas as dificuldades.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Luciano Feldens, pela inspiração, pelos ensinamentos diários, pela constante interlocução, e, sobretudo, pela oportunidade de convivência e amizade.

Aos demais Professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pela convivência e pelos ensinamentos, indispensáveis ao nosso crescimento.

## RESUMO

No âmbito dos Tribunais brasileiros, a declaração – explícita ou implícita – de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público não pode ser realizada por órgãos judiciais em sua composição fracionária (turmas ou câmaras). Pressupõe-se, como condição de validade da decisão, a instalação de incidente de inconstitucionalidade e a consequente submissão da matéria constitucional ao plenário ou órgão especial – se houver – do respectivo Tribunal (artigo 97 da Constituição Federal e súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal). Essa limitação à atuação jurisdicional – advinda da regra constitucional denominada “reserva de plenário” – leva à indagação acerca da sua abrangência: em que casos os órgãos fracionários dos Tribunais podem deixar de aplicar a lei sem que, para tanto, devam se submeter à regra da reserva de plenário? No âmbito criminal a temática ganha uma variante ainda mais instigante. Isso porque são várias as teorias e técnicas tendentes ao afastamento da lei penal incriminadora. A própria estrutura normativa formada pela Constituição Federal e pelos direitos fundamentais alçam à justiça constitucional possibilidades múltiplas de enfrentamento do produto legislativo, sobretudo no âmbito criminal. O estudo propõe, com isso, alguns caminhos e definições de quais seriam os casos que exigem a submissão à reserva de plenário, com a coloração específica das ciências criminais.

**Palavras-chave:** Reserva de plenário. Controle de constitucionalidade. Técnicas de decisão. Direito penal.

## ABSTRACT

In Brazilian courts, the statement – explicit or implicit – of unconstitutionality of the law or normative act of the public authorities cannot be performed by their fractional composition (chambers). It is assumed, as a condition of validity of the decision, the installation of an incident of unconstitutionality and consequent submission of the constitutional matters to the plenary or the special bench – if any – to the respective Court (article 97 of the Federal Constitution and the binding precedent n. 10 of the Supreme Federal Court). This limitation on the jurisdiction action – supervened from the constitutional rule called “full bench system” – leads to the question about its scope: in which cases can the Courts' fractional benches quit from applying the law without, in order to, have to submit themselves to the full bench system rule? In the criminal ambit the theme gains a variant even more exciting. This is because there are several theories and techniques tending to the removal of incriminating criminal law. The proper normative structure formed by the Federal Constitution and by the fundamental rights raises to the constitutional justice many possibilities for confrontation the legislation product, especially in the criminal area. The study proposes, therefore, some paths and definitions which would be the cases that require submission to the full bench system, with the specific staining of criminal science.

**Keywords:** Full bench system. Control of constitutionality. Decision techniques. Criminal law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 RESERVA DE PLENÁRIO E INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	12
1.1 Por que reserva de plenário? .....	13
1.2 Histórico .....	15
1.1.2 Procedimento de instalação do incidente de inconstitucionalidade.....	19
1.1.3 Natureza jurídica e medias cabíveis em face da <i>inobservância</i> à reserva de plenário .....	22
1.2 Súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal: precedentes e discussões .....	24
1.2.1 Primeiro precedente: Recurso Extraordinário n. 240.096-2.....	25
1.2.2 Segundo precedente: Recurso Extraordinário n. 319.181-1.....	26
1.2.3 Terceiro precedente: Recursos Extraordinários n.s 544.246-2 e 482.090-1 ....	27
1.2.4 Quarto precedente: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 472897-7 .....	28
1.2.5 Debates para a aprovação da Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal .....	29
2 TÉCNICAS DE DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	33
2.1 Texto e norma – diferença.....	34
2.2 A declaração de inconstitucionalidade em sentido estrito (total ou parcial) com redução de texto.....	36
2.3 Da declaração de nulidade parcial sem redução de texto e da interpretação conforme a Constituição.....	39
2.4 Das interpretações corretivas: as decisões manipulativas de efeitos aditivos e substitutivos.....	42
2.5 A interpretação (produção de sentido) manifestamente desconexa com o texto. ....	47



3 RESERVA DE PLENÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E A DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DA REGRA.....	51
3.1 Os incidentes de inconstitucionalidade instaurados em matéria criminal no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.....	52
3.2 Os acórdãos das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e a reserva de plenário.....	55
3.3 Definindo as hipóteses de (in)aplicabilidade da reserva de plenário em matéria criminal.....	66
3.3.1 Das hipóteses que dispensam a instauração de incidente de inconstitucionalidade e remessa da questão constitucional ao plenário (ou órgão especial).....	67
3.3.2 Das hipóteses que exigem a instauração de incidente de inconstitucionalidade e a remessa da questão constitucional ao plenário (ou órgão especial).....	72
3.3.3 Da aplicação da proporcionalidade, da insignificância e da readequação típica penal e a (des) necessidade de observância da reserva de plenário.....	74
3.3.3.1 A proporcionalidade em matéria penal e a reserva de plenário.....	75
3.3.3.2 A insignificância penal e a reserva de plenário.....	78
3.3.3.3 A verificação de incoerência endonormativa e a readequação típica penal: hipótese de submissão à regra de reserva de plenário.....	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
REFERÊNCIAS.....	94

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro estabelece – como condição de validade ao controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais – que decisões de inconstitucionalidade sejam proferidas pelo respectivo plenário ou órgão especial (artigo 97 da Constituição Federal), subtraindo esse juízo dos respectivos órgãos fracionários (Câmaras ou Turmas). Essa regra deve ser aplicada mesmo quando a pronúncia de inconstitucionalidade não se dê de forma explícita (súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal).

Essas premissas, sobretudo quando relacionadas à matéria criminal, conduzem à formulação dos *problemas* centrais cujo enfrentamento justificou a presente dissertação: (i) estão, os órgãos fracionários criminais dos Tribunais – no nosso caso, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul –, observando adequadamente o procedimento de instalação de incidente de inconstitucionalidade (e a reserva de plenário) para a efetivação do controle de constitucionalidade em matéria criminal? (ii) Consideradas as diversas técnicas de controle de constitucionalidade hoje incorporadas à jurisdição constitucional, sob quais circunstâncias o afastamento da incidência da lei penal, pelos Tribunais, está a exigir o respeito à regra da reserva de plenário? Essas perguntas (problemas) atendem, de forma geral, a um elevado número de questões relacionadas à (não) aplicação da lei penal, como, por exemplo: a invocação do princípio da proporcionalidade em ordem a afastar a incidência do tipo no caso concreto, o reconhecimento da insignificância jurídico-penal da conduta, o juízo de readequação típica do fato, entre outras.

Nesse contexto, o estudo objetiva desenvolver, a partir da intersecção entre as ciências criminais e o direito processual constitucional, mecanismos de delimitação da atuação jurisdicional no âmbito do controle de constitucionalidade de leis penais (e processuais penais). Diante disso, no curso dos capítulos iniciais formulam-se determinadas premissas – relacionadas ao controle de constitucionalidade em geral – que deverão de servir, ao final, como subsídios tendentes a revelar os casos de necessária instalação de incidente de arguição de inconstitucionalidade pelos Tribunais (artigo 97 da Constituição Federal e súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal), tendo em vista as diversas técnicas de decisão em controle de constitucionalidade, apreciando algumas hipóteses de sua (in)aplicação em matéria jurídico-penal.

Essa discussão ganha especial relevo quando vertida ao âmbito das ciências criminais, notadamente diante da escassez de estudos que abordem a relação entre o direito penal (lei penal) e o direito constitucional (Constituição) – uma zona sensível em cujo epicentro situam-se nada menos que os direitos fundamentais – e os efeitos daí decorrentes.

Exemplo disso é a quase nula discussão, no âmbito da dogmática (processual) penal, acerca das técnicas de decisão e das formas processuais de controle da constitucionalidade da lei, diagnóstico que contrasta com os recorrentes discursos preconizando a ilegitimidade da produção legislativa em matéria criminal. Mais raros ainda são os estudos penais voltados à compreensão da lógica da reserva de plenário – aliás, não se verifica em manuais e tratados de direito penal ou processual penal abordagem específica sobre os incidentes de inconstitucionalidade, tampouco sobre as hipóteses de sua devida instalação. Legamos, novamente, esse compromisso aos civilistas (ou processualistas civis), conquanto seja por meio do direito penal que o Estado intervém de forma mais aguda no âmbito dos direitos fundamentais. Quiçá em razão desse cenário, é que não tenhamos, inclusive, na legislação processual penal uma regulamentação, concatenada com as peculiaridades da esfera criminal, acerca da procedimentalidade do *full bench system*.

Em face desses indicativos, afigurou-se-nos oportuno elaborar um estudo na perspectiva de aferir (e evidenciar) de que forma o controle de constitucionalidade está sendo exercido no âmbito dos Tribunais, em sua composição fracionária,

identificando eventuais falhas (e sua motivação) na aplicação das técnicas de decisão e, conseqüentemente, no tocante à submissão de matérias constitucionais à regra da reserva de plenário.

Ao fim, em termos propositivos, e tendo como pano de fundo a recorrente discussão em torno dos limites da jurisdição constitucional, objetivamos dimensionar as hipóteses em que a não aplicação da lei penal tem como pressuposto a instauração do incidente de inconstitucionalidade e a remessa da questão ao respectivo plenário (ou órgão especial), dissociando daqueles que dispensam tal procedimento.

## 1 RESERVA DE PLENÁRIO E INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Em democracia constitucional, regime no qual as maiorias legislativas sofrem a sindicância da jurisdição constitucional, já não mais se pode, por essa razão mesma, tomar como absoluta a liberdade de conformação do legislador (em nosso caso, do legislador penal). Isso não significa, por certo, que possa o juiz assumir o espaço de decisão política. A jurisdição constitucional<sup>1</sup> não substitui a atividade parlamentar, senão que apenas a recoloca, quando e se o caso, dentro dos limites que, segundo a Constituição, esta atividade há de se desenvolver.

A esse propósito, é famosa a afirmação de Javier Jiménez Campo, lançada em relação aos direitos fundamentais (enquanto normas constitucionais): quando nos perguntamos sobre qual a vinculação existente entre o juiz constitucional e os direitos fundamentais estaremos nos interrogando, ao mesmo tempo, sobre o espaço que, segundo a Constituição, corresponde nesse âmbito ao legislador democrático<sup>2</sup>. Aquilo que pertence a um, não pertence ao outro<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> As expressões “justiça constitucional” e “jurisdição constitucional” serão empregadas para significar, salvo quando abordadas expressamente em sentido diverso, aquilo que Ivo Dantas chama de *Teoria do Processo Constitucional* em sentido estrito, equivalente: (i) ao modelo do controle concentrado de constitucionalidade em que “são discutidos temas referentes a *cada espécie de ação, ou seja*, legitimação ativa, procedimento, teoria das decisões e efeitos que delas decorrem, recursos próprios de cada uma etc.”; e (ii) ao controle difuso de constitucionalidade, no qual se enfrentam questões “como o momento em que pode ser arguida a matéria, procedimento, decisões e seus efeitos, além dos recursos próprios a cada uma.” DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal. In MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. **Estudos de direito processual constitucional**: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito. São Paulo: Malheiros, p. 105-147, 2009, p. 108.

<sup>2</sup> JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Derechos fundamentales. Concepto y garantías**. Madrid: Trotta, 1999, p. 29.

É exatamente sobre essa relação de tensão entre jurisdição – legislador, que reside o controle de constitucionalidade, uma espécie de “embate” entre “a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz”<sup>4</sup>.

Decerto, os contornos e limites da atuação da jurisdição constitucional efetivados pela Constituição têm como objetivo vedar a possibilidade de que os juízes, a pretexto de melhor decidir, dissipem “manifestações de voluntarismo ético”, “à luz de suas visões pessoais de mundo”. É dizer: o exercício da jurisdição constitucional não pode, simplesmente, suplantiar a atividade legislativa, mesmo quando a decisão almejada seja, aparentemente, a mais “correta”. Portanto, não está na alçada de atribuições dos Tribunais substituir o legislador na escolha de qual será(ia) a “melhor” opção política<sup>5</sup>.

Respeitadas essas premissas, a jurisdição assume, paralelamente ao legislador, um papel essencial à configuração do sistema constitucional penal<sup>6</sup>. Um sistema em cujas linhas conformadoras enfeixam-se em torno de um objetivo comum ao direito penal e ao direito constitucional: a tutela de direitos fundamentais.

### 1.1 Por que reserva de plenário?

A fiscalização de constitucionalidade das leis pode – e deve – assumir essa perspectiva integradora do ordenamento jurídico. E é com esse objetivo genérico que a própria Constituição instituiu, como condição ao exercício dessa atividade, quando desempenhada no âmbito dos Tribunais, a regra da reserva de plenário (art. 97). Um procedimento que se realiza, em regra, mediante a instalação de incidente de inconstitucionalidade, ocasião em que o processo fica suspenso, e a questão

---

<sup>3</sup> FELDENS, **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 31.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p. 26.

<sup>5</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal – a Constituição Penal**, op. cit., p. 28-30 (grifos no original).

<sup>6</sup> BASOCO, Juan M. Terradillos. La Constitución penal: los derechos de la libertad. **Las sombras del sistema constitucional español**. Edición de Juan-Ramón Capella. Madrid: Trotta, p. 355-381, 2003, p. 355.

constitucional é remetida ao órgão especial (onde houver)<sup>7</sup>, acompanhado o respectivo acórdão.

Embora a exigência da reserva de plenário tenha lugar também no controle concentrado de constitucionalidade, foi na acepção difusa que se vislumbrou a principal problemática envolvendo a aplicabilidade da regra – quiçá em virtude do necessário deslocamento da matéria constitucional a órgão julgador diverso, que não o colegiado fracionário a quem compete o conhecimento da causa principal. Ademais, foi nesse âmbito de fiscalização de constitucionalidade que partiram as premissas à edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da súmula vinculante n. 10, adiante problematizada.

De momento, cabe registrar que a regra da reserva de plenário é medida que se ajusta à gravidade dessa missão encomendada ao Poder Judiciário, haja vista o caráter contramajoritário inerente à jurisdição constitucional<sup>8</sup>. Assim, o espírito da reserva de plenário, ao se traduzir em regra de compulsória observância pelos Tribunais, “outra coisa não visou senão impedir que em matéria tão importante pudesse prevalecer a ‘maioria’ efêmera ou precária do tribunal”. Isto é, ao se estabelecer como condição de legitimidade constitucional das decisões de inconstitucionalidade, a regra “acautela o interesse do Estado, preservando-o contra os efeitos maléficos de uma decretação de inconstitucionalidade baseada em simples maioria eventual”<sup>9</sup>.

Assim, a regra da reserva de plenário tende a evitar decisões *casuísticas* sobre a legitimidade constitucional de leis; decisões essas que, conquanto deflagradas em face de circunstâncias processuais idênticas, isto é, sobre a mesma

---

<sup>7</sup> Nem todos os Tribunais têm órgãos especiais. Assim, nos Tribunais onde não o há, o julgamento da matéria constitucional deve ser remetido ao plenário. A possibilidade da criação de órgãos especiais está insculpida no artigo 93, inciso XI, da Constituição Federal: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] nos tribunais 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 antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”. Clève afirma que nos tribunais que dispuserem de órgão especial, nos termos do art. 93, XI, da Constituição Federal, a composição dos membros será estabelecida pelo respectivo regimento interno (In CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 102).

<sup>8</sup> Em sentido semelhante, Feldens aduz que uma decisão de pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei assume nítido caráter contramajoritário. FELDENS, **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição penal**, op. cit., p. 28.

<sup>9</sup> BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1968, p. 50-51 e 68.

controvérsia constitucional, instituíam um juízo de (des)valor diversos sobre o produto legislativo questionado. Veremos, no capítulo final, quando analisarmos a (in)aplicabilidade do *full bench system* na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, exemplo desse cenário, assim como eventuais prejuízos aos jurisdicionados decorrentes dele. Por ora, aprofundemos um pouco mais sobre a regra em comento.

### 1.1.1 Histórico

A reserva de plenário teve sua gênese na jurisprudência estadunidense e remonta ao século XIX, quando assentada em algumas de suas cortes. Neste país, porque não positivada, tratou-se, desde a sua concepção, de “orientação” consistente em inviabilizar decisões sobre a inconstitucionalidade de leis, senão por voto da maioria de um *quorum* mínimo de juízes<sup>10</sup>.

Com o intuito de “dar às decisões envolvendo matéria constitucional maior grau de certeza”<sup>11</sup>, foi compreendida como regra de “bom-senso”<sup>12</sup>, a qual deveria ser instituída para garantir aos jurisdicionados maior segurança jurídica quando de uma decisão de inconstitucionalidade. Nos Estados Unidos, é conhecida pelas terminologias, indistintamente utilizadas<sup>13</sup>, *full bench*, *full Court* ou *en banc*<sup>14</sup>, as quais também serão utilizadas neste trabalho.

Embora inicialmente não positivada, a reserva de plenário foi introduzida no Brasil com o advento da República e a transplantação, ao ordenamento pátrio, do

---

<sup>10</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 483 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20-23. Contemporaneamente, tal orientação ainda é bastante utilizada nos Estados Unidos – entre 1986 e 1997 a Suprema Corte declarou em dezesseis oportunidades a inconstitucionalidade de lei, todas observando a reserva de plenário (Cf. ABRAHAM, Henry J. *The judicial process: an introductory analysis of the courts of the United States, England, and France*. 7.ed. Oxford: Oxford University Press, 1988, p. 307-308 *apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 23).

<sup>11</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, op. cit., p. 99.

<sup>12</sup> BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**, op. cit., p. 128.

<sup>13</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 20.

<sup>14</sup> BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 9.ed. Sain Paul: West, 2009, p. 741, 742 e 606.



sistema (americano) de controle de constitucionalidade (o difuso)<sup>15</sup>, oportunidade em que já era visualizada com “bons olhos” pela doutrina. João Barbalho, nos comentários à Constituição Republicana de 1891<sup>16</sup>, já anotava:

[...] os comendadores, na ausência de prescrições legais, aconselham e os juizes observam certos preceitos de muito bom aviso a este respeito. – A lei traz sempre a presumpção de validade. Sómente dando-se razões peremptórias, e em vista de texto preciso com o qual se contradiga a lei, é que poder-se-lhe-á negar execução. Não é lícito declarar inconstitucionalidade de um acto legislativo porque se entenda que contém clausulas oppressivas ou se considere que viola direitos naturais, sociais ou políticos dos cidadãos; é preciso que haja um texto constitucional em que se repouse a arguição. Deve o juiz abster-se da questão de constitucionalidade, toda vez que sem isso possa se julgar a causa, fazendo a justiça que no caso caiba. E convém que questões dessa natureza sómente sejam submetidas á decisão dos tribunaes, quando todos os membros d’elles se acharem presentes, para que tenham mais autoridade suas resoluções e para mais seguramente manter-se a jurisprudência.

A introdução da regra à legislação não tardaria. De fato, a positivação deu-se em 1902 com o advento do Decreto n. 938 (artigo 1º) – regulamentação essa que era restrita ao Supremo Tribunal Federal (à época, composto por 15 membros<sup>17</sup>):

Art. 1º Sempre que o Supremo Tribunal Federal tiver de julgar, nos casos de sua competencia, comprehendida 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 federaes, as decisões finaes serão proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos seus membros desimpedidos.

Em 1931, ao se reduzir o número de Ministros para 11 (Decreto nº 19.656, de 3 de Fevereiro de 1931, art. 1º<sup>18</sup>), o Decreto 20.106/1931<sup>19</sup> diminuiu o *quorum* para maioria absoluta – mantido até hoje:

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1010.

<sup>16</sup> BARBALHO, João. **Constituição Federal brasileira de 1891**: comentada. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 225.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 516.

<sup>18</sup> Decreto nº 19.656, de 3 de Fevereiro de 1931, art. 1º: “Fica reduzido a onze o número de juizes do Supremo Tribunal Federal.” Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930->

Artigo 8º: Para julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos feitos que envolvam questão constitucional, será necessária a presença de seis ministros, pelo menos, da turma julgadora, modificado nesse sentido, o art. 4º decreto n. 19.656<sup>20</sup>.

A reserva de plenário passou a ter assento constitucional na Constituição de 1934<sup>21</sup>, na qual, inclusive, foi estendida aos demais Tribunais. A regra permaneceu nos textos das Constituições de 1937<sup>22</sup>, 1946<sup>23</sup>, 1967<sup>24</sup> e na Emenda Constitucional de 1969<sup>25</sup>. A atual Constituição manteve o *full bench* no artigo 97, com o seguinte teor: “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”.

Sem embargo, o texto referente à reserva de plenário, semelhante nas Cartas Políticas desde 1934, parece, contudo, deixar em aberto uma indagação: poderia o juiz singular declarar a inconstitucionalidade de uma lei? Ora, as disposições constitucionais referentes à regra parecem traduzir a ideia de que a declaração de

1939/decreto-19656-3-fevereiro-1931-508520-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em 29 de fev. de 2012.

<sup>19</sup> Disponível em: [http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=20106&tipo\\_norma=DEC&data=19310613&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=20106&tipo_norma=DEC&data=19310613&link=s). Acesso em 29 de fev. de 2012.

<sup>20</sup> Artigo 3º “Nos feitos que envolverem questão constitucional, a turma julgadora, nos casos a que se refere o art. 2º, será acrescida de mais dois juizes imediatos em antiguidade.” “Art. 4º Nos casos dos arts. 2º e 3º, a turma julgadora funcionará desde que presentes no primeiro caso três e no segundo cinco de seus juizes, inclusive o relator e os revisores, sempre sob a presidência do mais antigo.” Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19656-3-fevereiro-1931-508520-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 29 de fev. de 2012.

<sup>21</sup> Artigo 179: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” In BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2010.

<sup>22</sup> Cf. artigo 96: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.” BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>23</sup> Artigo 200: “Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.” BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2010.

<sup>24</sup> Artigo 111: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>25</sup> Artigo 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.” BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2010.

inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pelos Tribunais em sua composição plenária, somando-se o voto da maioria absoluta dos membros.

Bittencourt<sup>26</sup>, ao analisar essa questão – que fora debatida em doutrina com o advento das constituições de 1934 e 1937 –, posicionou-se no sentido de que, considerando que o poder de fiscalização de constitucionalidade é inerente ao exercício da função jurisdicional, a resposta deveria ser afirmativa – ou seja, teriam os juízes singulares a legitimidade de pronunciar a inconstitucionalidade de leis. Salientou, ainda, o autor que os Tribunais, já àquela época, passariam a manifestar-se no sentido de reconhecer “aos juízes de primeira instância a necessária jurisdição para apreciar as arguições de inconstitucionalidade” e, com isso, a discussão restaria enfraquecida<sup>27</sup>.

Essa orientação prevaleceu na doutrina. Em sentido semelhante, encontra-se, dentre outros, o posicionamento de Mendes<sup>28</sup>, de Barroso<sup>29</sup> e de Clève<sup>30</sup>. Para este último, inclusive, a declaração “de inconstitucionalidade, quer pelo juiz singular, pelos tribunais, ou pelo Supremo Tribunal Federal, tem a mesma natureza e decorre de idêntica fundamentação”. Streck<sup>31</sup>, embora afirme existente o poder de fiscalização de constitucionalidade na esfera de atribuições dos juízes singulares, refere que estes não poderiam *declarar* a inconstitucionalidade de lei, mas, apenas, em vislumbrando sua inconstitucionalidade, *deixar de aplicá-la* ao caso concreto. Isso porque, segundo o autor, a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ocorrer na exata *forma* do artigo 97 da Constituição Federal: por Tribunais em sua composição plenária ou em órgão especial.

Essa última discussão, contudo, perdeu um pouco a razão de ser, sobretudo quando o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que não haveria diferença entre a declaração de inconstitucionalidade e a sentença que deixa de aplicar, por inconstitucional, a lei no caso concreto. Aliás, sob essa compreensão que, como veremos adiante, foi editada a súmula vinculante n. 10. É dizer: para a

<sup>26</sup> BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**, op. cit., p. 36.

<sup>27</sup> BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**, op. cit., p. 36.

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**, op. cit., p. 1014.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade brasileiro**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 84.

<sup>30</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, op. cit., p. 104.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 362.

necessária aplicabilidade da reserva de plenário, a decisão *prescinde* da pronúncia *explícita* de inconstitucionalidade, bastando que deixe de aplicar, por inconstitucional, determinada disposição legal<sup>32</sup>.

### 1.1.2 Procedimento de instalação do incidente de inconstitucionalidade

O procedimento de arguição de inconstitucionalidade está regulamentado nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, e é dimensionado em duas etapas – encontrando pequenas variações no âmbito de cada um dos Tribunais, a depender do seu respectivo regimento interno. Não há, na legislação processual penal, regulamentação específica. Assim, a lógica procedimental aplicada em matéria criminal é, por analogia (artigo 3º do Código de Processo Penal<sup>33</sup>), a mesma vislumbrada em processo civil.

Quando aplicada no controle difuso de constitucionalidade, a reserva de plenário exige a denominada *reserva de competência*, fazendo com que a questão

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**, op. cit., p. 1018.

<sup>33</sup> *In verbis*: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.” Nesse sentido: “APELAÇÃO CRIMINAL - PROCESSO PENAL - VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - ART. 180, §2º, CP - OFENSA AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - RELEVÂNCIA - ACOLHIMENTO PELA TURMA JULGADORA - INCIDÊNCIA DA SEGUNDA PARTE DO ART. 481, DO CPC - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA, NA FORMA DO ART. 3º, DO CPP - REMESSA AO ÓRGÃO ESPECIAL. Tida por relevante a arguição de inconstitucionalidade pelo órgão fracionário, em função da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97, da Constituição Federal, deve-se lavrar o acórdão, remetendo-se os autos ao órgão especial do tribunal. Inteligência do art. 481, 2ª parte, do CPC, que se aplica subsidiariamente ao CPP, por permissão contida em seu art. 3º. Feito remetido à Corte Especial.” MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 1.0024.05.646547-9/001**. Relator: Desembargador Alexandre Vitor de Carvalho. Belo Horizonte, 13 de mai. de 2008. Disponível em: < [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&txt\\_processo=646547&complemento=1&sequencial=0](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&txt_processo=646547&complemento=1&sequencial=0) >. Acesso em: 28 fev. 2012. Sem embargo, neste espaço ganha fundamental relevância a crítica, dentre outros, de Aury Lopes Júnior, quando, a partir da metáfora da Cinderela de Carnelutti, manifesta que o Processo Penal se diferencia do Processo Civil justamente em razão de seus “elementos fundantes”, é dizer, a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (Estado-indivíduo). Em Processo Penal, a causa de pedir não é o “bem da vida”, tal como em Processo Civil, senão que é “a própria vida que está em jogo”. Assim, impõe-se, segundo o autor, que se institua ao Processo Penal categorias próprias, de acordo com suas peculiaridades. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33-36. Aqui, em paráfrase, podemos situar tanto as teorias quanto a necessidade de legislação concatenada com as peculiaridades do Processo Penal. Com efeito, registremos novamente: há urgência em se estabelecer maiores discussões sobre o instituto da reserva de plenário no âmbito das ciências criminais. O presente trabalho é pautado na provocação desse desiderato.

constitucional (prejudicial) seja transferida do órgão fracionário para o plenário do Tribunal (ou órgão especial)<sup>34</sup>. Analisemos, detalhadamente, esse percurso.

Arguida a inconstitucionalidade da lei – o que pode ser feito pela defesa, pelo Ministério Público, pelo relator ou por seus pares<sup>35</sup> –, pouco importando se o processo é de competência originária ou recursal, o relator do caso, ouvido o Ministério Público (na condição de *custos legis*), submeterá a questão ao órgão fracionário do qual é integrante<sup>36</sup>. A arguição poderá ser, inclusive, realizada “em sustentação oral, na sessão de julgamento. Não há preclusão em se tratando de *quaestio iuris*. Nada importa que a inconstitucionalidade só venha a ser suscitada, pela primeira vez, em grau superior de jurisdição”<sup>37</sup>.

Se a arguição for rejeitada, o processo prossegue normalmente, aplicando-se a disposição questionada. Entretanto, caso o órgão fracionário entenda pela procedência da arguição, isto é, entenda que a lei apontada é, de fato, inconstitucional, lavrará acórdão nesse sentido e encaminhará a questão ao plenário ou ao órgão especial (artigo 481 do Código de Processo Civil). O presidente do Tribunal, após remeter cópia do acórdão a todos os membros do plenário (ou órgão especial), designará a sessão para o julgamento (artigo 482 do Código de Processo Civil). O órgão encarregado (plenário ou órgão especial) deliberará, então, a respeito, observando o *quorum* de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade. A relatoria do incidente é definida de acordo com o Regimento Interno do respectivo Tribunal. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, em regra, o relator será o mesmo da questão principal, salvo se não fizer parte do órgão especial. Neste caso, a relatoria será distribuída, se possível, a outro integrante do órgão fracionário suscitante, ou, se não, de forma livre<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., p. 367.

<sup>35</sup> Em sentido contrário a este posicionamento, verifica-se o de Paulo Bonavides, para quem somente as partes da relação processual poderiam arguir a inconstitucionalidade, pela via incidental, de lei. Refere o autor, citando Rui Barbosa: “Nunca devem os juízes pronunciar-se acerca de uma lei”, dizia Madison, ‘senão quando sobre ela se demandar perante eles” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 302-303, nota n. 9).

<sup>36</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade**, op. cit., p. 105.

<sup>37</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 476 a 656. Vol. V. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37.

<sup>38</sup> Artigo 210: O Relator, que será o mesmo da causa ou recurso, mandará ouvir o Procurador-Geral de Justiça, com o prazo de dez (10) dias, após o que lançará relatório nos autos, determinando a distribuição de cópias deste, do acórdão e do parecer do Ministério Público aos demais componentes do Órgão Especial. § 1º Quando o Relator não integrar o Órgão Especial, o incidente será distribuído, se possível, a outro membro do órgão fracionário suscitante do incidente. Disponível em

Declarada ou não a inconstitucionalidade, o julgamento é retomado pelo órgão fracionário competente à apreciação da questão principal. Se inconstitucional, a norma não é aplicada, se constitucional sim o é<sup>39</sup>. Após o julgamento da questão constitucional, a apreciação do caso é retomada pelo órgão fracionário, que se vincula à decisão plenária.

Conforme Clève<sup>40</sup>, o pronunciamento na arguição de inconstitucionalidade (acolhendo ou rejeitando) é irrecorrível. Para Amaral Júnior<sup>41</sup>, seria cabível a oposição de embargos declaratórios, se vislumbrados os pressupostos estabelecidos no artigo 535 do Código de Processo Civil. A aplicabilidade da disposição processual civil seria indicada, inclusive, quando a questão principal fosse vertida em matéria criminal, porquanto mais abrangente à prevista no Código de Processo Penal.

Isso porque o artigo 619 do Código de Processo Penal parece limitar a oposição de embargos a “acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas”, isto é, por órgãos fracionários. As decisões do plenário ou órgão especial, com isso, parecem estar fora da esfera de alcance do dispositivo processual penal, o que não ocorre com a lei processual civil. Nesta esteira, não haveria razão para que o sucedâneo recursal fosse inviabilizado em incidentes de inconstitucionalidade cuja vertente originária é criminal. Com efeito, demais recursos, como embargos infringentes e recurso extraordinário não são comportados pela decisão incidental, a teor, respectivamente, das súmulas 293 e 513, ambas do Supremo Tribunal Federal:

---

www2.tjrs.jus.br/legisla/publ\_adm\_xml/documento1.php?cc=2607&ct=36&ap=1993&np=1&sp=1.  
Acesso em 29 de fev. de 2012.

<sup>39</sup> Além do Ministério Público, os órgãos estatais responsáveis pela edição do ato, poderão sem manifestar no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições estabelecidos no regimento interno de cada Tribunal (artigo 482, §1º, do Código de Processo Civil). A legislação possibilita, ainda, a intervenção escrita no incidente: (i) pelos legitimados à proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, arrolados no artigo 103 da Constituição Federal, bem como de, (ii) considerando a relevância da matéria, *amicus curiae* (artigo 482, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil). BRASIL. **Código de Processo Civil**: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em 12 de jan. de 2012. Essas previsões aproximam, em características, o incidente de arguição incidental de inconstitucionalidade às ações objetivas, próprias do controle concentrado de constitucionalidade.

<sup>40</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade**, op. cit., p. 106.

<sup>41</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 73.

Súmula 273: São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais.

Súmula 513: A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.

Assim, eventual irresignação, não comportada em embargos declaratórios, deverá ser levada a efeito em face da decisão do órgão fracionário, quando retomado julgamento da questão principal.

### 1.1.3 Natureza jurídica e medias cabíveis em face da *inobservância* à reserva de plenário

Parcela da doutrina trata a reserva de plenário como condição de *eficácia* à decisão que proclame a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Isso porque, nesta ótica, cumpriria a *aplicação* da lei entendida como inconstitucional sempre que a decisão não fosse emanada da maioria absoluta do plenário ou órgão especial dos Tribunais – seria, a pronúncia de inconstitucionalidade, portanto, ineficaz<sup>42</sup>. Nas palavras de Bittencourt<sup>43</sup>, a reserva de plenário “não tem outro efeito senão o de condicionar a eficácia jurídica da decisão declaratória da inconstitucionalidade ao voto – nem mesmo à presença, mas ao voto, pronunciado pela forma que a lei ordinária estabelecer”.

Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal<sup>44</sup> já compreendeu ser a reserva de plenário uma regra que define a competência dos órgãos jurisdicionais

<sup>42</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin, **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, op. cit., p. 102.

<sup>43</sup> BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**, op. cit., p. 44-45.

<sup>44</sup> "HABEAS CORPUS" - DEFENSOR PÚBLICO - PRAZO RECURSAL ESPECIAL - PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI 1060/50 (ART. 5., PAR. 5.), COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 7871/89 - PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) - INCOMPETÊNCIA DA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - NECESSIDADE DE O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SER SUBMETIDO AO PLENÁRIO DO TRIBUNAL - PEDIDO DEFERIDO. - A declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público submete-se ao princípio da reserva de Plenário consagrado no art. 97 da Constituição Federal. A vigente Carta Política, seguindo uma tradição iniciada pela Constituição de 1934, reservou ao Plenário dos Tribunais a competência funcional por objeto do juízo para proferir decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Órgãos fracionários dos Tribunais (Câmaras,

encarregados pela declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. A partir desse entendimento, a Suprema Corte houve por proclamar a *invalidade* do acórdão que violou a reserva de plenário, determinando a prolação, pelo órgão fracionário (no caso, a Seção Criminal do Estado do Mato Grosso do Sul), de novo julgamento, a fim de que, suscitasse, querendo, o incidente de inconstitucionalidade para o afastamento da lei.

É dizer: parece-nos que, de fato, o vício da decisão cuja inconstitucionalidade *não* é pronunciada pela maioria absoluta dos membros do plenário ou órgão especial, ou mesmo aquela em que tal juízo é conferido à lei, sem que, para tanto, se submeta a matéria aos colegiados referidos – enfim, a decisão que, de alguma forma, viola a reserva de plenário – radicaria na sua *invalidade* e não na sua *ineficácia*, em razão de que: (i) mesmo violando o dispositivo constitucional insculpido no artigo 97 da Constituição, o acórdão que não observa a reserva de plenário poderá gerar efeitos práticos e processuais; e (ii) a decisão que afronta disposição da Constituição Federal é inconstitucional<sup>45</sup>, e, portanto, deve ser considerada inválida.

Diante disso, vislumbrada a violação pelo órgão fracionário à reserva de plenário, as medidas cabíveis ao restabelecimento da autoridade constitucional seriam: a oposição de embargos declaratórios (artigo 619 do Código de Processo Penal), para, em se reconhecendo a omissão relativa a não instauração de incidente de inconstitucionalidade à pronúncia de inconstitucionalidade, que o órgão fracionário assim proceda, lavrando o acórdão e remetendo a questão ao plenário – ou também com a finalidade de prequestionamento da ofensa aos artigos 97 da

---

Grupos de Câmaras, Turmas ou Seções), muito embora possam confirmar a legitimidade constitucional dos atos estatais (RTJ 98/877), não dispõem do poder de declaração da inconstitucionalidade das leis e demais espécies jurídicas editadas pelo Poder Público. Essa especial competência dos Tribunais pertence, com exclusividade, ao respectivo Plenário ou, onde houver, ao correspondente órgão especial. - A norma inscrita no art. 97 da Carta Federal, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, não se aplica aos magistrados singulares quando no exercício da jurisdição constitucional (RT 554/253). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** n. 69921 MS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de fev. de 1993. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> >. Acesso em: 28 fev. 2012.

<sup>45</sup>O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.638, salientou, em sentido semelhante, o seguinte: “A submissão à reserva de plenário tanto da decisão de mérito quanto da decisão cautelar baseia-se no fato de que ambas produzem efeitos diretos sobre a *vigência* de leis e atos normativos. Esse é o *ethos* da regra da reserva de plenário.” Assim, prossegue o Ministro, aduzindo que decisões [no caso, estava se referir às cautelares prolatadas apenas pelo Relator] que ofendem a reserva de plenário são “inconstitucionais, por afronta ao art. 97 da Constituição.” Disponível em: [s.conjur.com.br/dl/adi-mc-4638-cnj-voto-ministro-gilmar.docx](http://s.conjur.com.br/dl/adi-mc-4638-cnj-voto-ministro-gilmar.docx). Acesso em 29 de fev. de 2012.



Constituição Federal e 481 do Código de Processo Civil; não acolhidos os embargos, há a possibilidade de interposição de Recurso Extraordinário com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, diante da ofensa ao referido dispositivo constitucional<sup>46</sup>, bem como de Recurso Especial<sup>47</sup> com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, por violação ao artigo 481 do Código de Processo Civil.

Com a edição da súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, eventual ofensa à regra de reserva de plenário comporta a possibilidade de oposição de Reclamação Constitucional, com fundamento no artigo 103-A, §3º, da Constituição Federal. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, seria esta a medida “apta à preservação da competência desta Suprema Corte e à garantia da autoridade de suas decisões”<sup>4849</sup>.

## 1.2 Súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal: precedentes e discussões

Não obstante a previsão constitucional, assim como o procedimento previsto em lei, constantes violações à reserva de plenário fizeram com que o Supremo Tribunal Federal editasse a súmula vinculante n. 10, publicada no Diário Oficial da

---

<sup>46</sup> O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento admitindo a repercussão geral em caso de ofensa à reserva de plenário: “Possui repercussão geral a discussão sobre o afastamento, pelos tribunais, de lei ou ato normativo do Poder Público sem a observância da cláusula de reserva de plenário.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário** nº 580.108, Relatora: Ministra Presidente Ellen Gracie, DF, 6 de nov. de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>47</sup> Saliente-se que, para a interposição do recurso especial, haverá necessidade de apresentação, também, do recurso extraordinário, conforme a Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 336**, Relator: Ministro Celso de Mello, DF, 19 de dez. de 1990. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>49</sup> Além dessas medidas, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a interposição de ação rescisória, ao não conhecer do Recurso Especial n. 218.579. A decisão de origem foi no sentido de julgar procedente ação rescisória interposta contra acórdão de órgão fracionário do Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe, qua havia declarado inconstitucional lei sem observar a reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 218.579**, Relator: Ministro Gilson Dipp, DF, 5 de out. de 1999. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199900508726&dt\\_publicacao=05-10-1999&cod\\_tipo\\_documento=1](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199900508726&dt_publicacao=05-10-1999&cod_tipo_documento=1) >. Acesso em: 16 jun. 2010.

União em 27 de junho de 2008<sup>50</sup>. *In verbis*: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”.

O intuito do Supremo Tribunal Federal com a edição dessa súmula vinculante foi o de dar eficácia ao artigo 97 da Constituição Federal, impedindo, assim, que os órgãos fracionários de Tribunais pudessem afastar a incidência alguma lei, quando fosse necessária a declaração de inconstitucionalidade, antes de a matéria ser submetida ao plenário do respectivo Tribunal ou da própria Suprema Corte<sup>51</sup>.

Vejamos os precedentes que fundamentaram a criação do verbete.

#### 1.2.1 Primeiro precedente: Recurso Extraordinário n. 240.096-2

O Recurso Extraordinário n. 240.096-2 do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 30 de março de 1999, foi interposto pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) contra decisão de Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a qual negou provimento aos embargos declaratórios opostos por aquele recorrente. A rejeição dos embargos deu-se porque não teria ocorrido, na visão do mencionado órgão fracionário, a declaração expressa de inconstitucionalidade das leis<sup>52</sup> que regulamentam o artigo 201, §2º, da Constituição Federal<sup>53</sup>, bem como porque a pronúncia de inconstitucionalidade teria sido *incidenter tantum*, situação que, na ótica da decisão recorrida, não se confundiria com a hipótese prevista no artigo 97 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal entendeu no precedente em análise por prover o recurso interposto pelo INSS, sob o fundamento de que o *full bench system* aplicar-

<sup>50</sup> Veja-se em: [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/0010vinculante.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0010vinculante.htm).

<sup>51</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 713.

<sup>52</sup> Os critérios legais, consoante a decisão do juiz que decidiu o caso em voga em primeira instância, são estabelecidos pelas leis n.s 8213/91 (artigo 41, inciso II), 8542/92 (artigos 9º e 10), 8700/93 e 8880/94 (artigo 29, §3º). In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 240.096-2** RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 6 de mai. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>53</sup> Em verdade, houve um equívoco material de digitação, tratando-se do § 4º, pelo qual é “assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

se-ia tanto à declaração *principaliter* quanto à declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade de leis, sendo “inequívoco de sua vez que, no caso, ainda que não explícita, houve declaração de inconstitucionalidade das normas legais questionadas”<sup>54</sup>. Entender de forma diversa, prossegue a decisão, seria o mesmo que “esvaziar o preceito do art. 97, CF, toda a vez que se afastar a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição”<sup>55</sup>.

Nesse primeiro precedente houve a elaboração da ementa largamente reproduzida – principalmente a sua segunda parte – nos demais paradigmas e que, conseqüentemente, serviu de base à criação da súmula vinculante n. 10. Veja-se o teor:

I. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quorum qualificado (Constituição, art. 99): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências. II. Controle de constitucionalidade; reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.<sup>56</sup>

### 1.2.2 Segundo precedente: Recurso Extraordinário n. 319.181-1

O Recurso Extraordinário n. 319.181-1 do Distrito Federal, de 21 de maio de 2002, teve como Relatora a Ministra Ellen Gracie e foi interposto pela União Federal contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, por maioria, concedeu ordem em mandado de segurança à impetrante Philip Morris Brasil S/A, reconhecendo-lhe o direito de comercializar cigarros em embalagens com quantidades inferiores a vinte unidades, decisão essa em contrariedade com o artigo 272 do Decreto 2637/98.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. 240.096-2 RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 6 de mai. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. 240.096-2 RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 6 de mai. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. 240.096-2 RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 6 de mai. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

A recorrente alegou que o acórdão atacado ofenderia o artigo 97 da Constituição Federal, porquanto teria declarado a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo do Decreto 2637/98 (que regulamenta o IPI ou RIPI), com fundamento de que tal dispositivo afrontaria ao princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal), sem a devida instauração de incidente de inconstitucionalidade e remessa ao plenário.

O recurso foi provido pelo Supremo Tribunal Federal porque a decisão recorrida realizou, implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade sem o respeito do *quorum* de maioria absoluta exigido pela Constituição<sup>57</sup>. O Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhando a Relatora Ministra Ellen Gracie, acrescentou que o afastamento do decreto deu-se sob alegação de violação direta aos princípios constitucionais da proporcionalidade e o da livre iniciativa, impondo-se, com isso, o respeito ao *full bench system*<sup>58</sup>. Ao final, entretanto, faremos algumas considerações sobre a (des)necessidade da reserva de plenário quando do afastamento de alguma lei ou ato normativo com base na proporcionalidade.

### 1.2.3 Terceiro precedente: Recursos Extraordinários n.s 544.246-2 e 482.090-1

Nos Recursos Extraordinários n.s 544.246-2, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, e 482.090-1, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, foi alegado o afastamento da incidência, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005<sup>59</sup>, sem a instauração de incidente de inconstitucionalidade, em violação, pois, ao artigo 97 da Constituição Federal. Nos casos em questão, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a famosa tese dos “cinco

---

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 319.181-1 DF**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 6 de mai. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 319.181-1 DF**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 6 de mai. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>59</sup> Artigo 3º: “Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”. Artigo 4º: “Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.”

mais cinco”, estendendo o prazo prescricional da repetição de indébito tributário para 10 anos, mesmo após o advento da Lei Complementar nº 118/2005.

O Supremo Tribunal Federal, em ambos os casos, proveu os recursos, impondo que os acórdãos recorridos fossem devolvidos ao Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça, pelo fato de que a inaplicação dos dispositivos inquinados de vício reclamava a declaração de sua inconstitucionalidade, ainda que parcial<sup>60</sup>. O Ministro Joaquim Barbosa, no recurso extraordinário n. 482.090-1, salientou que o acórdão recorrido declarou, em relação aos dispositivos mencionados, “implícita e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial”<sup>61</sup>, “malgrado sem redução de texto”<sup>62</sup>.

#### 1.2.4 Quarto precedente: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 472897-7

O Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 472.897-7, de 18 de setembro de 2007, foi interposto em face de decisão que conheceu e deu provimento a Recurso Extraordinário interposto pela União, tendo como agravantes Renato Pianowski e Sandra Pianowski S/C Ltda. e outros. O relator do caso foi o Ministro Celso de Mello.

A decisão atacada foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que, em órgão meramente fracionário, decidiu que o artigo 56 da Lei Ordinária n. 9430/96 não poderia derrogar a isenção tributária concedida por lei complementar (n. 70/91), em face do princípio da “hierarquia das leis”, culminando por afastar a incidência daquele primeiro artigo.

O Ministro Celso de Mello salientou que, em verdade, o fundamento teria sido o da reserva constitucional de lei complementar, sendo que o afastamento do referido artigo somente poderia acontecer em decisão do plenário ou órgão especial,

---

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 482.090 SP**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 18 de jun. de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 482.090 SP**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 18 de jun. de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 544.246-2 SE**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 14 de mai. de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

sob pena de se estar violando a reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal). O Ministro referiu, ainda, que há uma equivalência entre decisões que declaram a inconstitucionalidade e aquelas que, sem declará-la explicitamente, afastam a incidência de norma no todo ou em parte.

Asseverou, no mais, que a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal somente poderia ser realizada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou órgão especial, sob pena de *nulidade* absoluta da decisão. Impunha-se, portanto, ao Superior Tribunal de Justiça dirimir *incider tantum*, observados os artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil (suscitação de questão prejudicial de constitucionalidade), a controvérsia constitucional instaurada em sede de recurso especial, “em ordem a reconhecer, ou não, a validade da revogação, mediante simples lei ordinária, do benefício isencional em questão”<sup>63</sup>.

#### 1.2.5 Debates para a aprovação da Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal

Além da análise dos precedentes, a compreensão das hipóteses de obrigatoriedade da reserva de plenário deve passar pela aferição das discussões realizadas, no âmbito daquela Corte, sobre a elaboração do verbete. Ei-las, na íntegra:

**DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 16ª (DÉCIMA SEXTA) SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 18 DE JUNHO DE 2008**

**DEBATES PARA A APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10**

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Penso já ter sido distribuída a proposta de súmula que deliberamos na sessão anterior sobre a questão da reserva de Plenário. Houve aprovação, mas a Ministra Ellen Gracie, agora, nos submete essa proposta. Vou ler o texto (Questão de Ordem no RE 580.108): “Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma, afasta a sua incidência no todo ou em parte”.

---

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 472.897-7 PR**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de set. de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 12 ago. 2010.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, claro que podemos deixar de aplicar uma lei por ser também inadequada à espécie em termos de regência. Agora, no caso a premissa é única, a declaração - diria - “escamoteada” de inconstitucionalidade da lei. Penso que a percepção dessa premissa está na cláusula, embora não declare expressamente, ou seja, afasta, para aplicar a Constituição Federal, sem levar o incidente a órgão especial ou ao Plenário. Sendo esse o sentido, estou de pleno acordo. Presidente, apenas mais uma colocação, para que fique documentado, inclusive quanto ao meu ponto de vista. Aqui também não está apanhada a situação em que, em processo subjetivo, já houve a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ou mesmo pelo órgão especial do Tribunal porque o CPC faz essa ressalva.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Havendo decisão do próprio Tribunal, claro que não tem de ocorrer sucessivos incidentes.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Que são aquelas hipóteses em que a própria lei ressalva.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Senhor Presidente, eu gostaria apenas, como autora da proposta, de sugerir uma pequena alteração, que me foi alcançada pelo colega Ministro Carlos Britto. Na redação que Vossas Excelências têm em mãos, quando se diz: “não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma” substitua-se esse termo “norma” por “lei ou ato normativo do poder público”. Com isso estaremos reproduzindo o texto do art. 97 da Constituição. Acato essa ponderação do Ministro Carlos Britto, penso que enriquece a redação.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - E salvo equívoco, nada melhor do que uma proposta partindo da Presidente da Comissão de Jurisprudência.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Então, a redação, ficaria a seguinte: “Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, 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 a sua incidência no todo ou em parte.”

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Presidente, eu não sei, mas faço uma ponderação. Eu penso que a proposta que está correta, porque, em ambos os casos, se trata de norma; pode não ser a lei toda, pode ser uma norma da lei; e, se for ato normativo, também é norma.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Para evitar aquela distinção: norma geral, norma concreta, norma individual, norma particular. E aí não. Estamos reproduzindo.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas aí Vossa Excelência vai ter outras leis e tal. Não é lei; não foi lei; foi só uma norma.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não. Leia o ato normativo. É o que diz a Constituição no art. 97. Pronto.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Penso que a proposta está certa e a Constituição que está errada.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Diz-se, na verdade, que essa inconstitucionalidade é de norma, e não de lei.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Já que estamos falando do art. 97, vamos homenagear a sua literalidade. Dá mais segurança.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Gostaria de ouvir o Vice-Procurador-Geral antes que nós tivéssemos a deliberação final.

O DR. ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS (VICEPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Senhor Presidente, a Procuradoria-Geral manifesta-se favoravelmente à provação do verbete.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Quanto às emendas de redação, creio que depois poderemos fazer os ajustes devidos, se for o caso.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Seria a redação primitiva? É porque poderemos ter a limitação do artigo 97. A rigor, é possível poderemos ter como atacado apenas um artigo, um parágrafo, uma alínea.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ou, na verdade, nós temos às vezes só o significado: a declaração parcial sem redução de texto. Eu ouço o Tribunal sobre o assunto.

O SR. MINISTRO MENEZES DIREITO - Eu prefiro norma.

O SR. MINISTRO EROS GRAU - Eu estou de acordo com a Constituição.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, eu proporia uma alternativa intermediária: lei/norma, ou ato normativo, porque aí abrangemos um pedaço da lei e o ato normativo que, *stricto sensu*, não é norma.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Se o ato é normativo, porque ele contém norma; pode não ser tudo um ato normativo, pode ser uma norma do ato normativo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Ministro Joaquim Barbosa?

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Com a Constituição, lei ou ato normativo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - O Ministro Cezar Peluso?

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Eu, *data venia*, com a redação original.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, fico com o “substantivo próprio”.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Penso ser esta a posição: lei ou ato normativo. Portanto, esta será a Súmula Vinculante nº10: “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.” Senhores Ministros, essa é a Súmula nº 10.<sup>64</sup>

Com efeito, a decisão que exige a observância da reserva de plenário, segundo os debates dos Ministros, deve importar, mesmo que, na expressão do

---

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Debates que integram a ata da 16ª (décima sexta) sessão ordinária, do Plenário, realizada em 18 de junho de 2008**. Debates para a aprovação da súmula vinculante nº 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 6 de jul. 2010 (grifos nossos).



Ministro Marco Aurélio, de forma “escamoteada”<sup>65</sup>, em uma pronúncia de inconstitucionalidade, não obstante sem redução de texto. Essa compreensão também pode ser aferida em análise comparativa entre o verbete da súmula vinculante n. 10 e o artigo 97 da Constituição Federal, respectivamente, com o seguinte teor:

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.<sup>66</sup>

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.<sup>67</sup>

Veja-se que, em ambos os casos, os dispositivos estão a exigir a *pronúncia de inconstitucionalidade*. Assim, a súmula vinculante n. 10 *apenas* explicitou uma hipótese já presente, a nosso ver, no âmbito normativo do artigo 97 da Constituição Federal: os casos em que, a despeito da necessidade de declaração de inconstitucionalidade, os órgãos fracionários de Tribunais deixassem de aplicar a lei ou ato normativo sem tal pronúncia.

De acordo com essa diretriz, ao dimensionamento das hipóteses de obrigatoriedade da reserva de plenário (objeto central do trabalho) impõe-se a aferição do *conteúdo decisório* emanado das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. A partir dessa análise é que poderemos evidenciar, ao final, qual delas está a exigir a submissão à regra quando de sua aplicação.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Debates que integram a ata da 16ª (décima sexta) sessão ordinária, do Plenário, realizada em 18 de junho de 2008**. Debates para a aprovação da súmula vinculante nº 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 6 de jul. 2010 (grifos nossos).

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 10 jun. 2010 (grifamos).

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2010 (grifamos).

## 2 TÉCNICAS DE DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Lei nº 9.868 de 10/11/1999 introduziu no âmbito do controle de constitucionalidade uma sensíveis alterações, implementando “uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade, que corresponde à tradição brasileira”<sup>68</sup>. Especificamente em relação às técnicas de decisão em fiscalização de constitucionalidade, a lei mencionada explicitou a possibilidade de efetivação da interpretação conforme a Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto (artigo 28, parágrafo único<sup>69</sup>). Abriu-se, ainda, o caminho para a exploração de uma outra variante de decisões: as denominadas sentenças de efeitos aditivo e substitutivo.

A compreensão dessas técnicas de decisão, definidas e estruturadas pela doutrina processual constitucional, a nosso ver, pode funcionar como parâmetro ao exercício da jurisdição constitucional, reduzindo a subjetividade dos julgamentos, sobretudo quando do controle de legitimidade das leis penais. Mas não é só: a aferição do efeito emanado a partir dessas técnicas de decisão em relação às disposições legais, assim como da forma como elas *devem ser* aplicadas em cada caso, pode definir o procedimento a ser adotado pelos Tribunais, em sua composição fracionária, quando a eles forem suscitadas matérias constitucionais.

---

<sup>68</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. V. 1. São Paulo: Saraiva, p. 305-378, 2010, p. 357.

<sup>69</sup> Art. 28 (...) Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

É dizer, dependendo da técnica de decisão, aferível *in concreto*, impor-se-á ou não a necessidade de instalação de incidente de inconstitucionalidade e submissão da matéria à reserva de plenário<sup>70</sup>.

À definição das técnicas de controle de constitucionalidade, impende, previamente, traçar algumas considerações sobre a interpretação do direito enquanto linguagem, especialmente no que tange à diferenciação entre *texto* e *norma*. Isso porque a possibilidade de formulação de novas técnicas de decisão (v.g. interpretação conforme a Constituição e nulidade parcial sem redução de texto, assim como as demais variações) deu-se, de fato, sob o manto dessa diferenciação. Analisemos por que.

## 2.1 Texto e norma – diferença

O avanço em torno ao processo interpretativo, contemplando a distinção entre *texto* e *norma*, fez por enriquecer as possibilidades de decisão no processo de controle de constitucionalidade das leis. Com a abertura de hipóteses intermediárias entre a decisão de constitucionalidade plena e a pronúncia de inconstitucionalidade, não mais, e apenas, ter-se-ia o binômio *constitucional/inconstitucional*; haveria a possibilidade de se obter, pela interpretação constitucional, resultados de *constitucionalidade desde que* (interpretada no sentido “x”) ou *inconstitucionalidade se* (interpretada no sentido “y”).

Nesta linha de compreensão, o texto (disposição) passou a ser identificado como “qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado”<sup>71</sup>. A norma, por sua vez, seria o enunciado que constituiria “o sentido ou o significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de

---

<sup>70</sup> Não só as técnicas de controle de constitucionalidade definem a necessidade ou não de respeito ao *full bench*. Há outras hipóteses de exclusão da regra, as quais serão apreciadas ao final do trabalho.

<sup>71</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

disposições)”<sup>72</sup>. E mais: enquanto o texto seria o símbolo (sinal linguístico) a norma manifestar-se-ia como o quê dele (texto) se revela<sup>73</sup>.

Sabe-se, entretanto, que as palavras não são unívocas e que a ambiguidade e vagueza são defeitos inatos à linguagem<sup>74</sup>, assim, não se pode mais desconsiderar que o sentido e o significado do texto não se revelam sem mediação, necessitando da ação do intérprete<sup>75</sup> (no nosso caso, o juiz). Contudo – e não podemos perder de vista –, não cabe – pelo menos a partir da compreensão do Direito como linguagem – ao intérprete estabelecer *discricionariamente* o conteúdo do texto. As palavras, conquanto ambíguas e imprecisas, exprimiriam um sentido prévio (inerente à pré-compreensão do mundo). A linguagem, por sua vez, passa a estabelecer limites ao exercício da interpretação, com os quais passaríamos a descartar a ideia de que poderia o intérprete ter o domínio sobre o significado das coisas<sup>76</sup>.

Tais perspectivas assumem especial gravidade quando o que está em xeque é a própria (validade da) lei. A elevação do grau de normatividade da Constituição e a substancialização da justiça constitucional, verificadas no continente europeu a partir da segunda metade do século XX, ampliaram sensivelmente o espaço (e o poder) da interpretação constitucional. Interpretação essa que, uma vez assentada, passa a compor o universo normativo, vinculando a ação humana. Além disso, o que compreendemos, hoje, como direito constitucional, situa-se muito além dos textos das Constituições, engloba-se a eles “toda a tarefa interpretativa, toda a produção de sentido que, à base desses enunciados normativos, nos oferece a jurisdição constitucional”<sup>77</sup>. Traçadas, em linhas gerais, as premissas, passemos à análise das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade.

---

<sup>72</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**, op. cit., p. 25.

<sup>73</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80-81.

<sup>74</sup> ATIENZA, Manuel, **El sentido del Derecho**, Barcelona: Ariel Derecho, 2001, p. 55.

<sup>75</sup> COELHO, Inocêncio Mártires, **Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>76</sup> STEIN, Ernildo. Prefácio. In STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>77</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**, op. cit., 2012, p. 29. Alexy, referiu, em sentido semelhante, que hoje em dia não se pode determinar o papel dos direitos fundamentais exclusivamente desde o texto da Constituição, senão que também a partir dos cem volumes de decisões do Tribunal Constitucional. ALEXY, Robert. “Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, in **Neconstitucionalismo(s)**. Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003, p. 35.

## 2.2 A declaração de inconstitucionalidade em sentido estrito (total ou parcial) com redução de texto

Aferida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – isto é, identificada “a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”<sup>78</sup> – o órgão jurisdicional incumbido de apreciar a questão pronunciar-lhe-á a nulidade<sup>79</sup>.

Os efeitos dessa decisão, mesmo trazidos ao controle concentrado de constitucionalidade, comportariam, apenas, a invalidação do produto legislativo inquinado de vício – a retirada do ordenamento jurídico permanece à dependência da atuação do legislador. Já no âmbito do controle de constitucionalidade pela via incidental (ou difusa), pronunciada a inconstitucionalidade da lei, o órgão jurisdicional *deixa* de aplicá-la no caso concreto. Nesta modalidade, os efeitos da decisão estariam limitados ao processo – salvo na hipótese em que a matéria fosse redirecionada ao Senado Federal (artigo 52, X, da Constituição Federal), que, por sua vez, poderá suspender a execução de lei, se a inconstitucionalidade for pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal. Seria uma espécie de outorga de efeito *erga omnes* a uma decisão *inter partes*<sup>80</sup>. Em relação aos demais Tribunais, a inconstitucionalidade incidentalmente pronunciada serve como precedente à aplicação a casos nos quais se debata a mesma controvérsia constitucional, dispensando-se, inclusive, a necessidade de instauração de novo incidente de inconstitucionalidade (artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil)<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, op. cit., p. 36.

<sup>79</sup> Conforme Gilmar Ferreira Mendes, significativa parcela da doutrina constitucionalista brasileira, influenciada pela doutrina americana, passou a equiparar *nulidade* com *inconstitucionalidade* (In MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 317-318).

<sup>80</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, op. cit., p. 115 e seguintes.

<sup>81</sup> Lembremos, ademais, da previsão regimental do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pela qual, se proferida a (in)constitucionalidade pela maioria de dois terços dos membros do órgão especial, essa decisão terá efeito vinculante aos órgãos fracionários (artigo 211 do Regimento Interno).

Sem embargo, defeitos formais, tais como a inobservância do processo legislativo constitucionalmente estabelecido, levam, normalmente, à declaração de inconstitucionalidade total da lei ou do ato normativo. São os casos de nulidade total em virtude da expressão de unidade técnico-legislativa<sup>82</sup>.

No Brasil, admite-se a divisibilidade da lei<sup>83</sup>, pela qual os Tribunais (ou juiz singular) podem declarar a inconstitucionalidade de algum(ns) dispositivo(s) de lei, permitindo que aqueles que não contenham vícios permaneçam íntegros no ordenamento jurídico<sup>84</sup>. É dizer: se um único artigo da lei padecer de inconstitucionalidade, este deverá – e tão-somente ele – ser declarado inconstitucional. Em razão dessa possibilidade, inclusive, quando a inconstitucionalidade se der em virtude de um único termo ou expressão contido na disposição legal, possível será extirpação do “termo” inconstitucional, de modo a resguardar ao (restante do) dispositivo a constitucionalidade. Trata-se, na espécie, da aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial *com* redução de texto<sup>85</sup>.

Veja-se, por exemplo, que, com a utilização da técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto, o plenário do Supremo Tribunal

---

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”, op. cit., p. 358.

<sup>83</sup> A divisibilidade da lei – com a manipulação do produto legislativo – é permitida sob a perspectiva de que se deva buscar sempre a manutenção das disposições legais, sendo tarefa da jurisdição constitucional, sempre que possível, conduzir a interpretação com a finalidade de integrá-las ao ordenamento constitucional. Há hipóteses, por exemplo, em que a declaração de nulidade dá-se em virtude de dependência unilateral (*Gesamtnichtigkeit wegen einseitiger Abhängigkeit*), na qual a se verifica a inconstitucionalidade da disposição principal da lei, e, com isso, a necessidade de nulificação da integralidade do seu texto, “salvo se algum dispositivo puder subsistir sem a parte considerada inconstitucional”. Se não for possível realizar essa divisibilidade da lei, há a chamada declaração de nulidade em virtude da dependência recíproca (*Gesamtnichtigkeit wegen wechselseitiger Abhängigkeit*) MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, op. cit., p. 342 e seguintes.

<sup>84</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, op. cit., p. 343.

<sup>85</sup> Pode-se citar o exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1127 – DF, em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a expressão “ou desacato” contida no §2º do artigo 7º da Lei n. 8906/94 (Estatuto da Advocacia), em confrontação com o artigo 133 da Constituição Federal (In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1127 – DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de mai. de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(240096.NUME.%20OU%20240096.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(240096.NUME.%20OU%20240096.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 16 jun. 2010). Ver também: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70031580608**. Órgão Especial. Relator: Desembargador João Carlos Branco Cardoso. Porto Alegre, RS, 23 nov. 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

Federal declarou<sup>86</sup> incidentalmente a inconstitucionalidade da parte final do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, removendo de seu teor a expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, assim como o termo análogo constante no artigo 33, §4º, daquela Lei. A submissão da questão ao plenário, na forma do artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, viabilizou que os órgãos fracionários dos demais Tribunais pudessem declarar, em seu âmbito de competência, a inconstitucionalidade das referidas expressões (ou deixar de aplicá-las), sem a necessidade de submissão da matéria à reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal de 1988)<sup>87</sup>.

Entretanto, a aplicação dessa técnica, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, deve se limitar às hipóteses em que não haja a ofensa à denominada “vontade do legislador”<sup>88</sup>. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.459, por exemplo, a Suprema Corte entendeu ser incabível a declaração de inconstitucionalidade da expressão “do Poder Executivo” referente ao texto do artigo 1º da Lei estadual nº 2.222 de 30/12/2004 (Estado do Rio Grande do Sul), porque, ao retirar-se tal expressão, estaria a se criar um novo texto legal, o qual seria contrário aos interesses do legislador. É que, durante o processo legislativo, a expressão inquinada de vício pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul

---

<sup>86</sup> O extrato da decisão: “Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 97256. Relator Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 01 de set. de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1> >. Acesso em: 07 jan. 2012).

<sup>87</sup> Veja-se, por exemplo: “Reconhecida a privilegiadora do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 pela sentença. A vedação prevista na parte final do art. 33, § 4º, assim como do art. 44, da Lei nº 11.343/06, já restou superada em face do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade, de forma incidente, da proibição da substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito. Possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, desde que preenchidos os requisitos legais, nos termos do art. 44 do CP.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 70044397339**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins. Porto Alegre, RS, 14 des. 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 01 jan. 2011.

<sup>88</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”, op. cit., p. 359.

(autor da ação) teria sido *agregada* à disposição legal pelo próprio Poder Legislativo do Estado do Rio Grande do Sul<sup>89</sup>.

Por outro lado, há situações em que a efetivação do controle de constitucionalidade, mesmo quando houver necessidade de pronúncia de inconstitucionalidade, prescinde da alteração ou anulação do texto. O controle, em casos tais, efetiva-se sobre hipóteses de incidência da lei e, sempre que for possível, a aplicação das técnicas de (i) a interpretação conforme a Constituição e (ii) a nulidade parcial sem redução de texto – ambas previstas em lei –, além de uma terceira variante: as denominadas sentenças manipulativas, de efeitos aditivos ou substitutivos. Analisemos cada uma delas.

### 2.3 Da declaração de nulidade parcial sem redução de texto e da interpretação conforme a Constituição

A partir da diferenciação entre *texto* e *norma*, a declaração de inconstitucionalidade não se resumiria aos casos de necessária *manipulação* textual e, conseqüentemente, a *expunção* de dispositivos (ou expressões de dispositivos) legais do ordenamento jurídico. A jurisdição constitucional, mediante o controle de constitucionalidade, pode, nesta linha, ser realizada com a apreciação e a manipulação do *sentido* atribuído aos textos, isto é, efetivar a fiscalização em relação às normas.

Bittencourt<sup>90</sup>, já em 1949, referia sobre a hipótese de *constitucionalidade parcial*, na perspectiva de uma lei “poder ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros”. Nesse caso, o texto permaneceria intacto, mas haveria a exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo<sup>91</sup>; isto é, a inconstitucionalidade dar-se-ia se aplicado o dispositivo em determinados casos, segmentos, ou seção ideal<sup>92</sup>. Ou seja, “a lei X é inconstitucional se aplicável a tal

---

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.459**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 24 de ago de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363383>>. Acesso em: 6 de ago. de 2011.

<sup>90</sup> BITENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**, op. cit., p. 128.

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, op. cit., p. 354-355.

<sup>92</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., p. 477.



*hipótese*”<sup>93</sup>. A nulidade parcial sem redução de texto – conhecida pelos portugueses como nulidade parcial *qualitativa* –, nas palavras de Medeiros<sup>94</sup>, é uma decisão em que há a “redução da lei sem amputação do texto”, produzida quando (i) “uma disposição textualmente incidível pode dar origem a diversas normas”<sup>95</sup> e (ii) a inconstitucionalidade recaia “apenas sobre algumas delas”.

A interpretação conforme a Constituição, por sua vez, decorre de um princípio interpretativo pelo qual uma lei não pode “ser declarada nula quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição”<sup>96</sup>. Com isso, a interpretação conforme opera para que o conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei se torne “preciso graças aos conteúdos da Constituição”<sup>97</sup>. Assim, para além de uma técnica de “salvamento da lei ou do ato normativo”, consiste a interpretação conforme numa técnica de decisão<sup>98</sup>, e, sendo assim, sempre que uma disposição legal ofereça diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas inconstitucionais, a interpretação conforme conduzirá àquela(s) que se compatibilize(m) com a Constituição. Noutras palavras, na interpretação conforme, em meio a uma polissemia de sentidos do texto, este *não* poderá ser considerado *inconstitucional* se interpretado de forma que se compatibilize com a Constituição<sup>99</sup>, mesmo que, para tanto, envolva-se a necessidade de, simultaneamente, “repúdio de um sentido inconstitucional da lei”<sup>100</sup>. Mais do que isso: tomada em sentido amplo, a interpretação conforme a Constituição se justifica mesmo que “nenhuma das interpretações possíveis da lei conduz à inconstitucionalidade”, operando como uma “interpretação orientada para a Constituição”, ou seja, mais do que um princípio especial conexo com a fiscalização de constitucionalidade, a interpretação conforme se constitui em “regra de aplicação da lei em geral”<sup>101</sup>.

<sup>93</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição constitucional**, op. cit., p. 355.

<sup>94</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 434.

<sup>95</sup> Assinala Medeiros que: “as diferentes normas [emanadas da interpretação] que se extraem da disposição ‘podem operar *contemporaneamente*, pois regulam *fattispecie* diversas ou determinam efeitos independentes” MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 318.

<sup>96</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118.

<sup>97</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**, op. cit., p. 119.

<sup>98</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade**, op. cit., p. 263.

<sup>99</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 958.

<sup>100</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 291.

<sup>101</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 290.

Embora, para alguns<sup>102</sup>, muito tênue, a distinção entre a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto é substancial. Vale referir, novamente, que a própria lei institucionaliza ambos os institutos, outorgando-lhes certo grau de autonomia, isto é, distinguindo-os. É o que se tem do artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive **a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal<sup>103</sup>.

Ademais, na interpretação conforme há, dogmaticamente, a declaração de **constitucionalidade**<sup>104</sup> de uma lei, com a interpretação que lhe é dada pelo órgão judicial, enquanto na nulidade parcial sem redução de texto constata-se a exclusão expressa, por **inconstitucionalidade**, da aplicação do programa normativo, sem produzir alterações no texto<sup>105</sup>. Pode-se dizer, ainda, que “enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto há uma abdução de sentido”<sup>106</sup>. Essa adição de sentido ocorre não na perspectiva de

<sup>102</sup> Ver, por exemplo, MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, op. cit., p. 17-18.

<sup>103</sup> Vale referir, novamente, que a própria lei institucionaliza ambos os institutos, outorgando-lhes certo grau de autonomia, isto é, distinguindo-os. É o que se tem do artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9868/99: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive **a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.” BRASIL. Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira. Brasília**, 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>104</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, op. cit., p. 354-355. No mesmo sentido, Medeiros, para quem a “lei ou parte da lei objecto de uma interpretação conforme à Constituição não é, por isso, uma lei inválida: a decisão interpretativa não se traduz numa decisão de inconstitucionalidade (ainda que parcial) da lei, limitando-se a afastar o sentido ou os sentidos resultantes da adopção de um determinado processo de interpretação da lei.” (**A decisão de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 318). Para Brust, entretanto, a interpretação conforme a Constituição pode originar “tanto decisões de constitucionalidade, quanto de inconstitucionalidade” (BRUST, Leo. **A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas**. Rev. direito GV [online]. 2009, vol.5, n.2, pp. 507-526. ISSN 1808-2432. Disponível em <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv10/14.pdf>>. Acesso em 12 de dez. de 2011, p. 512).

<sup>105</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição constitucional**, op. cit., p. 354-355.

<sup>106</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 391-392, nota n. 23.

correção do textual, mas de confirmação de um sentido da norma sugerido pelos restantes elementos de interpretação<sup>107</sup>. Quando houver necessidade de adição de sentido com o objetivo de revisão ou correção da lei, resguardando-lhe, pois, a constitucionalidade, está-se diante de sentenças manipulativas de efeitos aditivos. Detalhemos.

#### 2.4 Das interpretações corretivas: as decisões manipulativas de efeitos aditivos e substitutivos

O Supremo Tribunal Federal “costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva de lei”<sup>108</sup>. De fato, a fiscalização de constitucionalidade, hodiernamente, não pode “prescindir de mecanismos que garantam a plena normatividade da Constituição, ainda que determinada interpretação não esteja totalmente de acordo com a suposta vontade originária do legislador”<sup>109</sup>.

Em alguns casos (v.g. Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n.s 1.105 e 1.127), a Corte não atentou para os limites, sempre imprecisos, “entre interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador”, acabando por conferir a adição de “novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva de lei”. É dizer: a Suprema Corte brasileira, em aderência à doutrina italiana, “modifica ou adita normas submetidas à sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição”<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 301.

<sup>108</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”, op. cit., p. 362-363.

<sup>109</sup> BRUST, Leo. **A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas**, op. cit., p. 523.

<sup>110</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”, op. cit., p. 363.

Trata-se da aplicação da doutrina das decisões manipulativas<sup>111</sup> de efeitos aditivos ou substitutivos<sup>112</sup>. Nas decisões com efeitos aditivos, o Tribunal “declara inconstitucional um certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência”, efetivando uma verdadeira adição de sentido modo a conduzi-lo à constitucionalidade. Já nas decisões manipulativas substitutivas, o Tribunal declara a inconstitucionalidade “da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do Poder Legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional”<sup>113</sup>. Em ambos os casos são introduzidos “preceitos novos ou um *quid pluris* em relação à posição de partida”, por isso, “há conveniência em utilizar uma expressão capaz de abarcar a generalidade das decisões que envolvem uma transformação do significado da lei”<sup>114</sup>.

De acordo com Mendes, diante da complexidade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro – tal como o italiano – tornou-se extremamente difícil não recorrer às técnicas manipulativas de decisão. Isso porque, garante o autor, as “decisões aditivas tornam-se a via preferencial para a ‘reinterpretação dos direitos subjetivos’”. Tal circunstância permite que a jurisdição constitucional possa “inovar” no ordenamento jurídico, tanto no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, quanto “através dos remédios constitucionais individuais” (em controle difuso<sup>115</sup>). Assim, Mendes conclui que, a

---

<sup>111</sup> Afirma Medeiros que há outras maneiras de qualificar tais decisões, tais como decisões: *normativas, integrativas, modificativas e criativas* (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 457).

<sup>112</sup> Há, ainda, as decisões manipulativas com efeitos redutivos, as quais, nada mais são do que decisões de nulidade parcial qualitativa (sem redução de texto) MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 457.

<sup>113</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO** – Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 542.

<sup>114</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 456.

<sup>115</sup> Lúcio Bittencourt refere, nesse sentido, que há a possibilidade de efetivação do controle de constitucionalidade no âmbito de *habeas corpus*, quando “em face da violência ou coação, atual ou iminente, alguém alegar a inconstitucionalidade de ato que lhe coarctar a liberdade de locomoção, ou da lei em que este se funde”, bem como no mandado de segurança, sempre que a ilegalidade do ato se fundar na inconstitucionalidade da lei. BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**, op. cit., p. 105-106.

[...] assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal aparece, hoje, como elemento determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.<sup>116</sup>

Vejamos exemplos de situações em que a interpretação constitucional de dispositivos legais convolar-se-ia em sentenças manipulativas de efeito aditivo<sup>117</sup>.

Deveras, interessante interpretação doutrinária acerca da Lei n. 9.455/97 (que define os crimes de tortura), se transplantada à jurisdição constitucional, sugeriria a aplicabilidade de uma sentença manipulativa aditiva. Segundo Azevedo<sup>118</sup>

Encerrado o ciclo militar e convocada a Assembleia Nacional Constituinte, é fácil perceber que a referência à tortura, como crime hediondo, no dispositivo mencionado [artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal], tem por objeto a tortura ‘política’, e não qualquer modalidade de violência física ou moral. Preocupavam-se os constituintes com os fatos recentes de que tinham conhecimento direto. Outras modalidades de violência contra a pessoa, no âmbito doméstico, profissional ou social, já contavam com normas incriminadoras do próprio Código Penal. (interpolação nossa).

Prossegue o autor, referindo que uma das principais questões para a definição do delito de tortura, sobretudo para enquadrá-lo como hediondo, é a identificação do sujeito ativo e a motivação. Caso a infração fosse perpetrada por um particular “para que alguém assine confissão de dívida”, seria, segundo o autor, custoso imaginar que tal espécie de comportamento caracterizasse “crime contra a humanidade” ou “hediondo”, “até porque terá conotação do delito de extorsão sempre que inexista a dívida”. Seguindo a linha de raciocínio, aduz Azevedo, que a tortura é uma

<sup>116</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”, op. cit., p. 364.

<sup>117</sup> Exemplos de sentença manipulativa de efeito substitutivo serão vislumbrados no capítulo final, quando abordarmos a readequação típica penal.

<sup>118</sup> AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. “Breves observações sobre a tortura”. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 24, v. 71, p. 224-257, nov. 1997, p. 241.

[...] violência que promana do Estado, executor ou conveniente. A violência da tortura é mais aviltante porque provém da instância designada para combatê-la, erradicá-la, punir os responsáveis. Eis a chave para compreender a inserção da tortura entre os crimes contra a humanidade, pois o que a singulariza é a desumanização da vítima.

Logo, na dificuldade para determinar, em casos concretos, se a violência caracteriza, ou não, o crime hediondo de tortura, verifique-se o bem jurídico violado. Pensemos, por exemplo, no agente de segurança de um supermercado que, nos fundos do estabelecimento, espanca o suspeito de pequeno furto. Trata-se de tortura? E se de tortura cuidamos, qual a sua espécie?

Sim, é possível enquadrar o fato na Lei nº 9.455/97. Mas a violência do empregado truculento não se dá à sombra do Estado, nem está ele descumprindo seu dever funcional. Por mais repugnante e covarde que seja a agressão cometida, o delito de tortura, no caso, submetido às sanções da lei, não é hediondo.<sup>119</sup>

Vê-se que, de fato, a aplicabilidade da Lei n. 9.455/97 parece não se limitar a funcionários ou agentes públicos. Isso porque, além de outros aspectos, no artigo 1º, §4º, inciso I, há o estabelecimento de causa de aumento de pena “se o crime é cometido por agente público”. Na interpretação acima narrada, portanto, o autor definiu, em síntese, que, para que o delito capitulado na lei 9.455/97 fosse equiparado a hediondo, com todas as implicações daí provenientes, deveria ele ser praticado por “funcionário público”.

Em tais aspectos, a interpretação analisada, se alçada à aplicação jurisdicional, parece exigir uma adição de sentido ao produto legislativo (no caso, os artigos 1º, §6º, da Lei n. 9.455/97 e 2º da Lei n. 8.072/90), consistente na exigência de uma condição subjetiva própria do sujeito ativo do delito (ser funcionário público), para que a caracterização da hediondez da incriminação tivesse legitimidade constitucional. E isso seria possível com a aplicação de uma sentença manipulativa de efeito aditivo, que, transportada às disposições legais, trar-lhes-ia as seguintes alterações (em negrito):

---

<sup>119</sup> AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. “Breves observações sobre a tortura”, op. cit., p. 244-249.

Lei n. 9.455/97	Lei n. 8.072/90
<p>Artigo 1º Constitui crime de tortura:</p> <p>I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:</p> <p>a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;</p> <p>b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;</p> <p>c) em razão de discriminação racial ou religiosa;</p> <p>II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.</p> <p>Pena - reclusão, de dois a oito anos. [...]</p> <p>§6º O crime de tortura, <b>se praticado por funcionário ou agente público</b>, é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.</p>	<p>Artigo 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura <b>por funcionário ou agente público</b>, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:</p> <p>I - anistia, graça e indulto;</p> <p>II - fiança.</p> <p>§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.</p> <p>§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.</p> <p>§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.</p> <p>§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.</p>

Ainda, segundo Mendes<sup>120</sup>, a postura do Supremo Tribunal Federal ao admitir o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 seria a de aceitar o **acréscimo** de mais uma excludente de punibilidade no caso de aborto de feto anencéfalo. Isto é, uma sentença manipulativa de efeito aditivo.

A resolução desse caso, entretanto, poderia ser realizada de maneira distinta, com a aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. Os fundamentos materiais seriam exatamente os mesmos, mas a decisão importaria na *exclusão* da incidência dos tipos penais previstos nos artigos 124, 126 e 128, todos do Código Penal, na *hipótese* de anencefalia fetal comprovada. Isto é, diante da

<sup>120</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. "O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade", op. cit., p. 366.

redução no âmbito normativo dos tipos, o conteúdo decisório da sentença haveria de ser a nulidade parcial sem redução de texto.

Neste sentido, é a conclusão do parecer elaborado por José Afonso da Silva e Clèmerson Merlin Clève sobre o cabimento da referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Embora os eminentes constitucionalistas reconduzam o conteúdo decisório à insígnia de interpretação conforme a Constituição, propuseram eles a *redução* de sentido de aplicação dos dispositivos legais (artigos 124, 126 e 128 todos do Código Penal), com a exclusão da incidência típica nos casos em que o aborto fosse de fetos anencéfalos. Veja-se<sup>121</sup>:

Se a leitura das condutas tipificadas nos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal em face dos preceitos fundamentais consagrados na Constituição atual **não comporta a inclusão** nas hipóteses ali descritas da antecipação do parto de feto anencefálico, as decisões em sentido contrário, seja por este ou por outro fundamento, desafiam a manifestação da Corte Constitucional. Temos aí um caso constitucional, possivelmente difícil, exigente de solução jurisdicional. (grifamos)

## 2.5 A interpretação (produção de sentido) manifestamente desconexa com o texto

Nas linhas acima, analisamos aspectos atinentes à fiscalização de constitucionalidade em relação ao texto e também à norma. Registramos que na nulidade parcial sem redução de texto, assim como na interpretação conforme a Constituição, o juízo de (in)constitucionalidade poderia ser verificado a partir de um(ns) possível(eis) sentido(s) do texto legal em relação à Constituição. Contudo, uma indagação restaria em aberto: quando a norma produzida (a partir da interpretação judicial) transcender manifestamente da semântica do texto, estaremos

---

<sup>121</sup> Afirmam os autores: “Ora, se ‘oportunidade para a interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal ofereça diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição’ e se na arguição proposta perante o Supremo Tribunal Federal argumenta-se com a ofensa a preceitos fundamentais decorrentes de uma particular leitura dos dispositivos penais que regem o aborto, a conclusão lógica é a possível aplicação da referida técnica.” SILVA, José Afonso da; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Parecer jurídico sobre o cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no caso em que se requer a interpretação conforme à Constituição dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal.** [on line]. Disponível em: < [www.clevedadvogados.com.br/arquivos/parecer-adpf-feto-anencefalico.doc](http://www.clevedadvogados.com.br/arquivos/parecer-adpf-feto-anencefalico.doc) > Acesso em: 5 ago. 2010, p. 19-27.



diante de uma situação a ser resolvida pela jurisdição constitucional, ou bastaria a aferição de (i) legalidade?

Tentemos problematizar com exemplos: (a) em sentença condenatória, o juiz procede à equiparação da qualificadora prevista no artigo 155, §4º, inciso II, do Código Penal (furto mediante *escalada*) a situações da prática delitiva com a *escavação* de túnel; e (b) em situação de protestos com a finalidade de alteração legislativa (tal como nas denominadas *marchas da maconha*), magistrados assumem a postura tendente a compreender tal conduta como hipótese de incidência do tipo penal previsto no artigo 287 do Código Penal (apologia ao crime).

Quanto ao primeiro caso, é corrente na doutrina a interpretação de ser viável a equiparação da qualificadora de *escalada* (artigo 155, §4º, inciso II, do Código Penal) a hipóteses de “*escavação de túnel*”, porquanto, nesta ótica, a “*escavação de túnel*” é desforço anormal, incomum, isto é, utilização de via anormal para ingressar no local do crime, tipificando, por isso, a qualificadora da *escalada*”<sup>122</sup>.

Sem embargo, a Constituição Federal estabeleceu, em matéria penal, que a produção legislativa deveria obedecer à (regra da) legalidade, estabelecida da seguinte forma: “*não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal). A lei, nesse aspecto, deve ser aquela em sentido estrito – produzida pelo legislador, em obediência aos parâmetros materiais e formais estabelecidos pela Constituição. Nesta lógica, a qualificadora, por ser parte integrante do tipo – tipo derivado –, pode prever causa de *aumento* de pena<sup>123</sup>. Com isso, deve respeitar a legalidade estrita.

Nesta linha, ao *equiparar* o verbo nuclear do tipo derivado previsto no artigo 155, §4º, inciso II, do Código Penal, ou seja, o termo “*escalar*”, à expressão “*escavar*”, estaria o intérprete (no nosso caso, o juiz criminal) promovendo a criação de uma (nova) hipótese de incidência da causa de aumento de pena, e, conseqüentemente, violando a legalidade penal. Então, essa norma – produção de sentido a partir do texto –, por ampliar os casos de incidência da lei penal, deve, a nosso ver, ser considerada inconstitucional. Com efeito, a resolução desse problema, se submetido aos Tribunais, poderia ser conduzida, basicamente, de duas

---

<sup>122</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código penal comentado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 659 (grifo no original)

<sup>123</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 312.

maneiras: (i) mediante um juízo de ilegalidade, com a exclusão da incidência da qualificadora, porquanto o texto do artigo 155, §4º, inciso II, do Código Penal não comporta essa possibilidade interpretativa; ou (ii) via jurisdição constitucional, com a aplicação da técnica de nulidade parcial sem redução de texto, com a consequência de repelir do sistema a referida hipótese de incidência normativa. Aliás, atendidos os pressupostos legais (Lei n. 9.882/99), haveria, ainda, a possibilidade de ajuizamento, perante o Supremo Tribunal Federal, de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>124</sup>, a fim de que fosse procedida à redução do sentido (inconstitucional) atribuído ao texto.

O segundo caso – criminalização das denominadas “marchas da maconha” – foi recentemente apreciado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187. Na espécie, magistrados de diversos estados<sup>125</sup> proporcionaram uma interpretação *elástica* ao tipo penal de apologia ao crime (artigo 287 do Código Penal – “fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime”), a fim de subsumi-lo às condutas de *protesto* por alteração legislativa (legalização do uso de entorpecentes).

Essa hipótese de aplicação do tipo – que viabilizou o ajuizamento da arguição – mostrou-se, para além de violadora do princípio da legalidade penal, agressora aos dispositivos estabelecidos nos artigos 5º, incisos IV, IX e XVI, e 220, da Constituição Federal. É dizer: os debates acerca de problemas políticos, tal como a legalização do uso de drogas, representariam o núcleo essencial do direito

---

<sup>124</sup> A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF – art. 102, §1º, da Constituição Federal) é inserida no ordenamento pátrio como mecanismo *sui generis* do controle de constitucionalidade. Isso porque, embora esteja prevista no “rol dos mecanismos de controle concentrado” (art. 10, §3º, da Lei 9.882/99), ela pode ser suscitada em sede de qualquer ação judicial, guardando, de certo modo, “rasgos do controle difuso de constitucionalidade” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., 2002, fl. 629). Dentre os possíveis objetos abrangidos mediante o ajuizamento da ADPF, encontram-se as leis ou atos normativos públicos anteriores à promulgação da Constituição de 1988 (art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99).

<sup>125</sup> Veja-se, a propósito, síntese verificada na petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=187&processo=187>>. Acesso em 7 de ago. de 2011.

fundamental à liberdade de expressão<sup>126</sup>, o qual não pode ser violado pelo Estado. Assim, o Supremo Tribunal Federal julgou<sup>127</sup>

[...] procedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, 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”, tudo nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. [...]

Parece-nos, entretanto, que a técnica adequada à resolução do caso seria a de nulidade parcial sem redução de texto. Ora, se a criminalização de movimentos tendentes à legalização do uso “de qualquer substância entorpecente” não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 o Supremo *reduziu* do âmbito normativo do tipo tal hipótese.

Respondendo à indagação colocada no início deste tópico: nos casos em que a atribuição de sentido a determinado texto legal (criação de uma norma) deslocar-se manifestamente dos limites semânticos estabelecidos pelas palavras nele contidas, estarmos diante de uma interpretação *ilegal*. A reforma de eventual decisão nesse sentido limitar-se-ia à apreciação de sua ilegalidade, a menos que, concomitantemente (tal como nos exemplos citados), configurasse-se uma violação a algum dispositivo constitucional. Neste último caso, além de ilegal, a interpretação (decisão) seria inconstitucional e viabilizaria o acesso à jurisdição constitucional. No âmbito dos Tribunais, esse acesso dar-se-ia, em regra, com a observância à reserva de plenário – a vantagem de que a matéria, se possível, fosse reconduzida à aferição pela jurisdição constitucional, mediante a instauração de incidente de inconstitucionalidade, radicaria na maior abrangência dos efeitos decisórios (*v.g.* com a possibilidade de concessão de eficácia *erga omnes*, numa decisão, inclusive em *habeas corpus*, pelo Supremo Tribunal Federal com remessa ao Senado Federal – artigo 52, inciso X, da Constituição Federal).

<sup>126</sup> Nesse sentido, veja-se a petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=187&processo=187>>. Acesso em 7 de ago. de 2011.

<sup>127</sup> Resultado da decisão (ainda não publicada) disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 11 de dez. de 2011.

### **3 RESERVA DE PLENÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E A DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DA REGRA**

A reserva de plenário faz parte do sistema jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934, e mesmo assim – o registro é de Streck –, “ainda não se pode dizer – nem de longe – que os operadores jurídicos tenham se dado conta da importância desse instituto”. Prossegue o autor, referindo que a “*área de conhecimento que menos tem recepcionado o instituto é a do direito penal [...] é praticamente impossível encontrar incidentes de inconstitucionalidade relacionados à matéria penal*”<sup>128</sup>. O registro de Streck pode estar correto.

Sem embargo, a partir das pesquisas conseguimos estabelecer, neste trabalho, o seguinte diagnóstico (o qual responde suficientemente ao primeiro problema colocado na introdução): a instauração de incidentes de inconstitucionalidade em matéria criminal no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é relativamente baixo, sobretudo quando o número é contrastado com as decisões de seus órgãos fracionários criminais. Isso porque, explícita ou implicitamente, há a apreciação de inconstitucionalidade de lei penal sem que, contudo, haja a aplicação da procedimentalidade do art. 97 da Constituição Federal. Após a explicitação desse diagnóstico – que há de acontecer nas linhas que seguem –, estabeleceremos as perspectivas, voltadas à área criminal, de quando, de fato, há a necessidade de respeito à regra da reserva de plenário, respondendo, com isso, à segunda indagação (problema) do estudo.

---

<sup>128</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., p. 390.

### 3.1 Os incidentes de inconstitucionalidade instaurados em matéria criminal no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

São impressionantemente escassos os incidentes de inconstitucionalidade instaurados, principalmente em matéria criminal. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme os relatórios de atividade jurisdicional relativos aos anos de 2000 a 2011, o número de incidentes de inconstitucionalidade instaurados no período em matéria penal é espantosamente baixo, mormente em comparação com o número de processos distribuídos<sup>129</sup>:

Ano	Número de Processos criminais distribuídos	Número de incidentes de inconstitucionalidade instaurados em matéria criminal	Número de incidentes de inconstitucionalidade julgados em matéria criminal
2000	14.780	0	0
2001	16.884	0	0
2002	23.881	1	1
2003	28.248	1	1
2004	27.888	0	0
2005	29.479	0	0
2006	35.071	2	0
2007	36.331	1	3
2008	35.354	0	0
2009	38.866	9	0
2010	39.637	3	11
2011	42.117	3	4

Embora os referidos relatórios não especifiquem as matérias constitucionais submetidas à reserva de plenário, algumas decisões determinando a instauração de

<sup>129</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Relatórios de Prestação de Contas dos Anos 2000 a 2011**. Relatórios estatísticos. Sistema TJP – PROCERGS. Disponível em: < <http://transparencia.tjrs.jus.br/relatorios/index.php>>. Acesso em 29 fev. 2012.

incidentes de inconstitucionalidade são encontradas mediante pesquisa jurisprudencial<sup>130</sup>.

Na maioria dos casos encontrados, especialmente em 2009<sup>131</sup>, o incidente teria sido instaurado em face de arguição de inconstitucionalidade realizada pelo Ministério Público sobre possibilidade de concessão de indulto a pessoas submetidas a medidas de segurança. O dispositivo impugnado foi o artigo 1º, inciso VIII, do Decreto Presidencial n. 6.706/2008<sup>132</sup> frente o artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal<sup>133</sup>, porque, na visão ministerial, este “permissivo constitucional se restringe a penas, não abarcando medidas de segurança”. Isto é, diante do fato de tais institutos – pena e medida de segurança –, segundo o *parquet*, terem natureza distinta, “o texto infralegal atacado exorbita a competência outrora definida pelo legislador constituinte originário”<sup>134</sup>.

O incidente foi julgado improcedente, tendo sido declarada a constitucionalidade do dispositivo inquinado de vício. Veja-se a ementa da decisão<sup>135</sup>.

<sup>130</sup> Veja-se, por exemplo, os seguintes casos: 70031504186, 70033605049, 70033610247, 70033459736, 70032063836, 70031918071, 70031388838, 70031918246, 70031880115, 70031518657, 70031517691, 70031284300, 70031518160 e 70031506082, bem como o *Habeas Corpus* nº 70041442328.

<sup>131</sup> Incidentes de inconstitucionalidade n.s 70032342412, 70033669177, 70033669342, 70033669219, 70033669235, 70033669292, 70033669318, 70034296251.

<sup>132</sup> Artigo 1º: “É concedido indulto: [...] VIII - aos submetidos à medida de segurança que, até 25 de dezembro de 2008, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei nº 7.210, de 1984, por período igual ao tempo da condenação, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição.” BRASIL. Decreto Presidencial n. 6.706, de 22 de dezembro de 2008. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira. Brasília**, 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6706.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6706.htm)>. Acesso em: 6 jul. 2010.

<sup>133</sup> Artigo 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>134</sup> Conforme se extrai do Parecer do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nos autos do Processo n. 70034296996, em tramitação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Parecer ministerial**. Agravo em execução n. 70034296996. Disponível em <[http://www.mp.rs.gov.br/adin\\_arquivo?tipo=pareceres&param=75022,70034296996\\_001.DOC,2010,327](http://www.mp.rs.gov.br/adin_arquivo?tipo=pareceres&param=75022,70034296996_001.DOC,2010,327)> acesso em: 6 de jul. de 2010.

<sup>135</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. Incidente de Inconstitucionalidade n. 70034296251. Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 17/05/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em 07 de jan. 2012.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º, INCISO VIII, DO DECRETO 6.706/08. IMPROCEDÊNCIA. Não há óbice para que o chefe do Poder Executivo, através de indulto, extinga a punibilidade de internado submetido à medida de segurança, em observância ao disposto no art. 107, inciso II, do Código Penal, em face da equiparação de pena e medida de segurança, por trataram-se ambas de sanção penal em sentido amplo. JULGARAM IMPROCEDENTE, POR MAIORIA.

Ainda por meio de pesquisa jurisprudencial, constata-se a instauração, *ex officio*, pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de outros três incidentes de inconstitucionalidade<sup>136</sup>, os quais impugnavam a mesma matéria: o estabelecimento da competência, por ato legiferante estadual (Lei nº 12.913/2008 e Edital nº 58/2008-COMAG), dos Juizados da Infância e Juventude para processar e julgar crimes praticados em detrimento de crianças e adolescentes.

Essa impugnação deu-se porque, segundo o órgão fracionário, seria de competência legislativa da União, conforme o artigo, 22, inciso I, da Constituição Federal, legislar sobre matéria processual penal. Em 16/05/2011, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou improcedente o incidente de inconstitucionalidade n.º 70042148494<sup>137</sup>, declarando a *constitucionalidade* da Lei Estadual 12.913/2008 e do Edital 58/2008-COMAG. Veja-se a ementa da decisão:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 12.913/2008 E EDITAL 58/2008-COMAG. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE PARA PROCESSAR E JULGAR CRIMES EM QUE SEJAM VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

Matéria que compete, de forma privativa, aos Tribunais, que podem dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, nos termos do art. 96, I, da Constituição Federal.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA.

O baixo número de incidentes de inconstitucionalidade instalados, por si só, não representaria qualquer problema. Pelo contrário, denotaria que a atividade legislativa em matéria criminal está em plena consonância com a Constituição

<sup>136</sup> *Habeas Corpi* n.s 70041653338, 70041448473 e 70041442328.

<sup>137</sup> Os outros dois incidentes relacionados à matéria foram julgados prejudicados.

Federal. No entanto, não são poucas as teses doutrinárias que sustentam, por razões variadas, a ilegitimidade constitucional de dispositivos penais e processuais penais. Vejamos a possível motivação desse descompasso.

### 3.2 Os acórdãos das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e a reserva de plenário

Encontram-se, âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diversos posicionamentos sobre questões de inconstitucionalidade. Alguns deles, reconhecidamente ou não, afastam a aplicação da lei – acobertando eventual pronúncia de inconstitucionalidade – e burlam, talvez por incompreensão acerca da matéria, o procedimento de submissão da matéria ao órgão especial. Vejamos com exemplos.

No julgamento do processo n. 70006855142 a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deixou de aplicar no caso concreto o inciso IV do § 3º do artigo 10 da Lei 9.437/97 (hipótese de aumento de pena, para aqueles que “possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”)<sup>138</sup>, porque, na ótica do órgão fracionário, o dispositivo não padeceria *necessariamente* de inconstitucionalidade. Seu vício seria “outro e está relacionado com o princípio da reserva legal, este também consagrado na legislação ordinária (art. 1o. do CP), situação a fazer dispensável o incidente de inconstitucionalidade para arredar a aplicação do dispositivo legal identificado”. Veja-se o seguinte trecho da decisão:

Na verdade, a impossibilidade de aplicação do dispositivo legal em comento está relacionada com sua redação lacunosa e omissa, decorrendo daí uma incompleta tipificação da qualificadora que busca descrever, deixando a cargo do intérprete, em flagrante violação ao princípio da reserva legal, a suplementação do tipo.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> Revogada pela Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003.

<sup>139</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70006855142**. Relator: Desembargador Luís Gonzaga da Silva de Moura. Quinta Câmara Criminal. Porto Alegre, RS, 26 nov. 2003. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.



Isto é, conforme esse entendimento, em todas as hipóteses em que a lei “reproduzir” a Constituição, a análise da constitucionalidade (e a submissão da matéria ao de plenário) seria(m) dispensada(s), bastando uma análise de legalidade – diga-se pelo próprio órgão fracionário<sup>140</sup>. A aferição de antinomia legislativa pode ser inserida como excludente da cláusula de reserva de plenário, com a resolução da matéria mediante a revogação da lei anterior pela posterior. O caso analisado, contudo, parece não tratar dessa hipótese, porque, pelo entendimento do órgão fracionário, a lei anterior estaria a revogar a lei posterior. Ademais, esse entendimento reconduziria a jurisdição constitucional a um papel meramente secundário.

Há ainda algumas decisões da Oitava Câmara Criminal do Tribunal gaúcho<sup>141</sup>, nas quais, mesmo após o colegiado compreender que a “apreciação da questão de (in)constitucionalidade obrigaria, aqui, ao incidente de arguição de inconstitucionalidade”, preferiu assim não proceder. Para tanto, o órgão fracionário utilizou-se da técnica de interpretação conforme a Constituição à resolução do caso: viabilizar a progressão de regime a condenados por crimes hediondos. É dizer: para não se submeter à exigência constitucional da reserva de plenário, a Oitava Câmara *reconduziu* a matéria à aplicabilidade de interpretação conforme a Constituição. Veja-se o seguinte trecho da decisão:

---

<sup>140</sup> Em abordagem semelhante ver: STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. [online] Disponível na Internet via [www.url: <http://leniostreck.com.br>](http://leniostreck.com.br). Última atualização em 3 de setembro de 2007, p. 7-8. Esse caso não se assemelha com as hipóteses desenvolvidas no item 2.5 deste trabalho, porque, nestas, a partir de uma interpretação em descompasso com os limites semânticos do tipo penal, configurou-se a imputação penal. Com isso, a violação foi à própria disposição penal (ilegalidade) e, reflexamente, à Constituição Federal (princípio da legalidade). Já no caso ora analisado, sustentou-se a violação direta à reserva legal.

<sup>141</sup> Vejam-se as apelações criminais n.s 70001904168 e 70006674584.

Regime carcerário nos crimes hediondos. ‘Uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com a Constituição.’ (KONRAD HESSE). A leitura, propiciada pela interpretação constitucional, traz a possibilidade de, evitando declaração de inconstitucionalidade, reconduzir a norma aos limites impostos pela Constituição, através da técnica da *interpretação conforme*. A aplicação de regime integralmente fechado, nos crimes hediondos, significa máximo rigor no início do cumprimento, sem possibilidade de serviço externo ou qualquer outro benefício carcerário. Tal não impede, todavia, que, esgotado o prazo legal para progressão, seja esta facultada, se cumpridos os preceitos legais e fáticos. Trata-se, a rigor, de regime inicial integralmente fechado (interpretação conformada à Constituição).<sup>142</sup> (grifos no original).

Na fundamentação dos acórdãos, o órgão fracionário menciona que a confiabilidade do incidente de inconstitucionalidade seria reduzida, porquanto o “Órgão Especial é constituído, majoritariamente, por magistrados que militam em Câmaras Cíveis”. Com isso, passou a enfrentar a questão sem a instalação do incidente. Embora interessante a construção dogmática realizada pela Câmara – rara em decisões do Tribunal –, o caso, ao que parece, reclamaria a declaração de inconstitucionalidade em sentido estrito – tal como, de fato, decidido posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* n. 69.603). Com isso, a matéria deveria, inexoravelmente, ter sido submetida ao órgão especial.

A confusão sobre a matéria, com o advento da súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, parece ter se acentuado. Não por outros motivos que Ives Gandra Martins<sup>143</sup> chegou a referir que a súmula em questão teria fulminado o controle difuso de constitucionalidade. Interpretações desse calibre são também encontradas em decisões de órgãos fracionários do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: são múltiplos os argumentos para o afastamento da cláusula de reserva de plenário.

Dentre as interpretações encontradas na jurisprudência após a edição da súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, uma que se destaca é o afastamento da cláusula de reserva de plenário ao argumento de que, se a inconstitucionalidade fosse apreciada pelo Juiz singular, essa decisão poderia – a

<sup>142</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime** n. 70001904168. Relator: Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo. Porto Alegre, RS, 14 mai. 2003. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>143</sup> MARTINS, Ives Gandra. Impacto da Súmula Vinculante nº 10. **Gazeta Mercantil**, Brasil, 14 jul. 2008. Disponível em < <http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=476445> > Acesso em 16 jun. 2010.

despeito de apelação do Ministério Público devolvendo a matéria – ser *mantida*. Desta maneira, o órgão fracionário estaria dispensado de submeter ao plenário a possibilidade de declaração (oblíqua) de inconstitucionalidade.

É o caso da apelação crime n. 70027802032<sup>144</sup>, no qual a Quinta Câmara Criminal do Tribunal preteriu a instauração de incidente de inconstitucionalidade, sob a alegação que a matéria (reincidência) já haveria sido apreciada na origem – entendimento esse que se coadunaria com o daquela Corte fracionária. Observe-se o trecho do acórdão:

REINCIDÊNCIA: Com a afirmação da inaplicabilidade da agravante deriva de decisão de primeiro grau, que corresponde ao entendimento do colegiado, não se está violando a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) pois não se declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afastando a sua incidência e por isso A Súmula Vinculante nº 10, STF. Apenas se está a confirmar a decisão de primeiro grau, com entendimento consolidado no sentido de sua inaplicabilidade.

Em outro julgamento, quando questionada a constitucionalidade dos mesmos dispositivos referentes à reincidência, a (mesma) Quinta Câmara Criminal *obrigou-se* a aplicar a causa de aumento de pena. Isso porque, nesse (outro) caso, não teria o pronunciamento de inconstitucionalidade pelo juízo de origem. Veja-se a seguinte passagem<sup>145</sup>:

Em respeito ao entendimento adotado pelo juízo originário, registro que a súmula vinculante nº 10 do STF impede esta Câmara de proceder no mesmo sentido, ao dispor que não podem os órgãos fracionários de Tribunal, a qualquer pretexto, “afastar a incidência” de norma legal cogente (cláusula da reserva de plenário). E a existência de precedentes da Corte Suprema no sentido da constitucionalidade da agravante (HC nº 91.688, Min. Eros Grau) torna inviável submeter a questão ao órgão especial deste Tribunal. Apenas ressalvo meu entendimento pessoal acerca da matéria, consignado em inúmeros precedentes, pois a mim tal agravante continua colidindo frontalmente com o texto constitucional, ao caracterizar indisfarçável *bis in idem* (violação à coisa julgada) e ressuscitar o medieval direito penal do autor.

<sup>144</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70027802032**. Relator: Desembargador Aramis Nassif. Porto Alegre, RS, 14 abr. 2010. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>145</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70032551905**. Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, RS, 28 out. 2010. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo) >. Acesso em: 16 jun. 2010 (grifo no original).

É dizer: conquanto o órgão fracionário entendesse pela inconstitucionalidade da reincidência – por se tratar de um *bis in idem* e violação à coisa julgada – *exasperou* a pena em 03 meses aos réus com a aplicação agravante. Caso contrário, na ótica do órgão fracionário, estar-se-ia a violar a súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.

A gravidade do cenário situa-se ao fato de que, nos *dois* casos acima citados, a atuação do *juiz singular* efetivamente *pautou* o resultado final dos julgados – pelo menos no tocante ao agravamento da pena. Nas duas hipóteses a disposição legal impunha a aplicação da agravante, entretanto, apenas em *uma* delas efetivou-se a elevação da pena. De acordo com esse panorama, podemos estabelecer a seguinte perspectiva de atuação da Corte: quando o juízo singular afastar a incidência da agravante de reincidência por entendê-la inconstitucional não terá, o réu (*deste caso*), sua pena exasperada; mas quando juiz de primeiro grau, entendendo-a constitucional, aplicar a agravante, o acusado (*do outro caso*) terá sua pena elevada, sem que possa o Tribunal “reformular” a sentença nesse ponto.

A afirmação da importância da aplicação da regra de reserva de plenário é elevada a partir desse panorama. Isso porque uma de suas razões de ser é justamente inviabilizar julgamentos *casuísticos*, tais como os acima citados, em que, ao que parece, dois jurisdicionados, em idêntica situação processual, tiveram tratamento *diverso* por parte do *mesmo* órgão fracionário, que, por sua vez, parece aguardar que seu posicionamento seja respaldado pelo juízo de primeiro grau para aplicá-lo.

O que é pior: a aplicabilidade ou não da reincidência *não* depende de declaração de inconstitucionalidade e, portanto, de submissão da questão ao Órgão Especial do Tribunal. Ora, trata-se de situação, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>146</sup>, abarcada pela teoria da não recepção<sup>147</sup>. Isso porque os dispositivos penais que dispõem sobre a reincidência (artigos 59, 63, 64 e 67 do Código Penal) são todos anteriores à Constituição de 1988 – ou seja, sua redação

---

<sup>146</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 582280**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de set. de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>147</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 201 e seguintes. e TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 174-179.

foi constituída pela Lei n. 7.209 de 1984. Em face da prescindibilidade da instauração de incidente de inconstitucionalidade, poderia o órgão fracionário, entendendo que o instituto da reincidência não encontraria respaldo constitucional – que não teria sido recepcionado, pois – deixar de aplicar as normas a ele atinentes.

Seguimos com os exemplos: em dois outros casos houve o afastamento da incidência do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal<sup>148</sup>, à alegação de que tal dispositivo afrontaria diretamente o princípio da ampla defesa. Veja-se o seguinte trecho da ementa de uma das decisões<sup>149</sup>:

[...] Indenização do artigo 387 do CPP. Afastada a indenização prevista no artigo 387 do CPP, diante da manifesta afronta ao princípio da ampla defesa. Ademais, o legislador não se apercebeu que a simplificação pretendida a título de indenização, promove exatamente o contrário, ou seja, uma confusão desnecessária entre a responsabilização penal e a responsabilização civil, de inegável derivação, mas de impossível compatibilização. À UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO PARA [...] (D) DE OFÍCIO, AFASTAR A INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENA.

Em razão desses acórdãos, o Ministério Público do Estado Rio Grande do Sul ingressou com Reclamações (n.s 10284 e 10321<sup>150</sup>) perante o Supremo Tribunal Federal, porque, na ótica do *parquet*, haveria o descumprimento da súmula

<sup>148</sup> Artigo 387: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;” BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2010.

<sup>149</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70034565549**. Relator: Desembargador Mario Rocha Lopes Junior. Porto Alegre, RS, 25 mar. 2010. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 11 jul. 2010. E, idêntica: “Indenização do artigo 387 do CPP. Afastada a indenização prevista no artigo 387 do CPP, diante da manifesta afronta ao princípio da ampla defesa. Ademais, o legislador não se apercebeu que a simplificação pretendida a título de indenização, promove exatamente o contrário, ou seja, uma confusão desnecessária entre a responsabilização penal e a responsabilização civil, de inegável derivação, mas de impossível compatibilização. À UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO, (A) REDIMENSIONAR A PENA CORPORAL IMPOSTA A E.C.E. PARA 06 ANOS E 01 MÊS DE RECLUSÃO, (B) AFASTAR A INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007 E FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA E (C) AFASTAR A INDENIZAÇÃO ESTABELECIDADA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 387, INCISO IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70034403071**. Relator: Desembargador Mario Rocha Lopes Junior. Porto Alegre, RS, 25 mar. 2010. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 11 jul. 2010.

<sup>150</sup> Até o momento, os processos foram distribuídos à relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tendo sido colhidas as informações do órgão reclamado.

vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal<sup>151</sup>. Afirmou o Ministério Público gaúcho em suas reclamações que as decisões do órgão fracionário, ao afastar a incidência do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, sob a alegação de ser tal norma inconstitucional por afrontaria aos princípios insculpidos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal (ampla defesa e contraditório), e violaria a cláusula de reserva de plenário. Pediu, com isso, a cassação das decisões reclamadas<sup>152</sup>.

Primeiramente, esclareça-se: o texto, em si, do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal não revela qualquer “afronta ao princípio da ampla defesa”, embora assim possa ter constado no acórdão da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A situação poderia ser resolvida com a aplicação interpretação conforme a Constituição – uma exigência de adaptação que não requer a instauração do incidente de constitucionalidade –, sem a necessidade de afetação da validade da lei<sup>153</sup>, na medida em que, nos casos, a disposição legal teria sido aplicada à revelia do contraditório (e da ampla defesa).

Em julgado recente<sup>154</sup>, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deixou de submeter ao respectivo Órgão Especial a não aplicação do artigo 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03<sup>155</sup>, com a compreensão de que as condutas de portar ou possuir arma desmuniada seriam atípicas. Citando

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministério Público gaúcho contesta descumprimento de súmula sobre reserva de plenário. In **Notícias STF**. 6 jul. 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=155615&caixaBusca=N>>. Acesso em: 7 jul. 2010.

<sup>152</sup> Conforme as petições iniciais das Reclamações n.s 10284 e 10321, disponíveis, respectivamente, em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta Processual. <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3913542>> e <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3915350>>. Acesso em: 11 jul. 2010.

<sup>153</sup> Ressalte-se, ainda, que, no nosso entendimento, conquanto a discussão sobre valores de reparação civil no âmbito do processo penal possa se revelar inconveniente, causando “uma confusão desnecessária entre a responsabilização penal e a responsabilização civil”, a opção legislativa não pode ser entendida, por si só, como inconstitucional, pois é inerente à liberdade de conformação do legislador. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70034403071**. Relator: Desembargador Mario Rocha Lopes Junior. Porto Alegre, RS, 25 mar. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 11 jul. 2010.

<sup>154</sup> Veja-se: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Declaratórios n. 70046384103**. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, RS, 11 dez. 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 7 jan. 2012.

<sup>155</sup> Artigo 12 da Lei n. 10.826/03: “Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”

precedentes de órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça<sup>156</sup> e do Supremo Tribunal Federal<sup>157</sup> – e considerando o contexto fático-probatório – concluiu o órgão fracionário de que a posse as armas apreendidas, porquanto desmuniçadas, não se adequaria ao tipo penal referido.

Observe-se o teor da ementa:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. PRECEDENTES DO STJ E STF NO SENTIDO DO ACÓRDÃO.

1. Tendo a decisão embargada se limitado a examinar o contexto probatório e afirmar que o fato narrado na denúncia não encontra adequação ao tipo penal do artigo 12 da Lei 10826/03, não há omissão acerca da cláusula de reserva de plenário, pois não se trata de declaração de inconstitucionalidade ou afastamento da norma penal, mas, sim, de ausência de prova válida à incidência do tipo penal.

2. PRECEDENTES DO STJ E DO STF, NO SENTIDO DO ACÓRDÃO.

A decisão citada, embora reconduza a matéria ao âmbito da tipicidade penal, parece aplicar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto. Isso porque realiza *exclusão* da incidência do tipo penal em situação abarcada, em abstrato, ao texto legal. É dizer: o juízo (implícito) de desvalia sobre a constitucionalidade, no caso, deu-se em face de uma *hipótese* de aplicação da lei penal. Com isso, segundo o entendimento do órgão fracionário, nos casos em que a arma estiver muniçada o tipo penal poderá ser aplicado. A limitação, pois, da aplicabilidade é da própria decisão judicial e não da lei. Ressalte-se que a disposição penal (Artigo 12 da Lei n. 10.826/03) prevê, inclusive, a possibilidade de punição do possuidor ou portador de “assessório ou munição”, sem que estejam acompanhadas da arma de fogo:

<sup>156</sup> “Arma de fogo (porte ilegal). Munição (inexistência). Atipicidade da conduta (hipótese). 1. **A arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Tal é o caso de arma de fogo sem munição, que, não possuindo eficácia, não pode ser considerada arma.** 2. Assim, não comete o crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto na Lei nº 10.826/03, aquele que tem consigo arma de fogo desmuniçada. Isto é, não há potencialidade lesiva. 3. Recurso especial improvido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1017815/RS**. Relator Ministro Nilson Naves. RS, 01 dez. 2009. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 7 jan. 2012.

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 99449**. Relator: Ministra ELLEN GRACIE; Relator para o Acórdão: Ministro CEZAR PELUSO. Segunda Turma. Brasília, DF, 25 de ago. de 2009. Acesso em: 5 fev. 2012.

Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Essa técnica (nulidade parcial sem redução de texto) foi aplicada (explicitamente), em caso semelhante, pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>158</sup>, mas em relação ao (revogado) artigo 10 da Lei n. 9.437/97. Na disposição do acórdão, que acolhera como razões de decidir a íntegra do parecer do Ministério Público, o referido dispositivo seria inconstitucional em situações em que a “arma de fogo” estivesse desmuniçada, bem como quando o Estado não comprovasse que a conduta estivesse a colocar bem jurídico concreto.

Há ainda o entendimento de algumas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>159</sup> acerca de que, com o advento da súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, a apreciação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaria *vedada*, ao que parece, sem qualquer ressalva, aos órgãos fracionários. Tal premissa é constatada a partir de decisões com o seguinte teor:

---

<sup>158</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 70007387608**. Relator: Desembargador Aramis Nassif. Porto Alegre, RS, 11 fev. 2004. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 7 jan. 2012.

<sup>159</sup> Há, contudo, algumas decisões acertadas: “AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE INDULTO, DECRETO PRESIDENCIAL Nº 6.706/2008. ARGOIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. Em respeito à cláusula de reserva de plenário, a discussão acerca da inconstitucionalidade do inciso VIII do artigo 1º do Decreto Presidencial n.º 6.706/2008, que possibilita a concessão de indulto aos submetidos à medida de segurança, deve ser remetida ao órgão especial deste tribunal de justiça, juízo constitucionalmente competente para apreciar a matéria, nos termos do art. 978 da constituição federal. Exegese do artigo 209, do RITJRS. AGRAVO PROVIDO. DECISAO UNÂNIME”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução n. 70033459736**. Relator: Desembargador José Antônio Hirt Preiss. Porto Alegre, RS, 27 jan. 2010. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_)>. Acesso em: 16 jun. 2010.



A aplicação da reincidência não constitui *bis in idem*, conforme remansosa jurisprudência trata-se de parâmetro para a individualização da pena. **Além de que, conforme a Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal, não cabe aos órgãos fracionários manifestarem-se acerca da inconstitucionalidade de normas, em obediência à cláusula de reserva de plenário, esculpida no artigo 97 da Constituição Federal.** Nesse sentido a Súmula Vinculante n.º 10 do STF<sup>160 161</sup>.

Embora o órgão fracionário tenha concluído pela constitucionalidade da lei questionada – o que, *de per sí*, afastaria a incidência da reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal)<sup>162</sup> –, firmaram o entendimento de que não poderiam se manifestar sobre a sua inconstitucionalidade. Eis o equívoco. Ora, é notável que incumbe ao órgão fracionário, prefacialmente, analisar a arguição de inconstitucionalidade realizada por qualquer das partes (ressalte-se que o juízo de valor sobre a constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo pode ser realizado até mesmo de ofício). Apenas se confirmado o juízo de inconstitucionalidade (implícito ou explícito), a correlata não aplicação do dispositivo questionado deverá ser efetivada com a submissão da questão ao plenário ou órgão especial.

O *error in procedendo* fica evidente no seguinte trecho da decisão da Desembargadora Isabel de Borba Lucas (Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul)<sup>163</sup>:

<sup>160</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Crime n. 71002438448**. Relatora: Desembargadora Laís Ethel Corrêa Pias. Porto Alegre, RS, 15 mar. 2010. Turma Recursal Criminal. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_) >. Acesso em: 16 jun. 2010 (grifo nosso).

<sup>161</sup> Súmula Vinculante nº 10 do STF. Obstáculo intransponível. Impede órgão fracionário do Tribunal de, embora sem declarar expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afastar sua incidência, no todo ou em parte. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NÃO INSTAURADO. ORDEM DENEGADA. UNÂNIME. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 70043375161**. Relator: Desembargador Ícaro Carvalho de Bem Osório. Porto Alegre, RS, 14 jul. 2011. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/) >. Acesso em: 07 jan. 2012.

<sup>162</sup> As hipóteses de exclusão da regra de reserva de plenário serão analisadas abaixo.

<sup>163</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70030140867**. Relatora: Desembargadora Isabel de Borba Lucas. Porto Alegre, RS, 25 nov. 2009. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/exibe\\_documento.php?ano=2009&codigo=2028306](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2009&codigo=2028306) >. Acesso em: 16 jun. 2010.

Com relação à menoridade, pelos dados dos autos, está comprovado que David era, ao tempo dos fatos, menor de 21 anos. **E a sentença aplicou a atenuante porque prevista na lei**, sendo de aplicação obrigatória. Por outro lado, **no rebate à alegação de inconstitucionalidade da referida atenuante, registro que a superveniência da Súmula Vinculante n. 10 do STF impede o pleiteado afastamento.**

Em equívoco semelhante incorre a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao afirmar o seguinte: “o Ministério Público [...] alegou a inconstitucionalidade do Decreto concessivo do indulto, cuja manifestação fracionária deste órgão colegiado, pela reserva de plenário, está vedada”<sup>164</sup>. Isto é, a análise sobre possível inconstitucionalidade não está vedada pela reserva de plenário. Ao contrário, a análise dessa arguição é impositiva. Se procedente, submete-se à reserva de plenário; se improcedente, aplica-se a lei: simples assim.

Por fim, confira-se o seguinte trecho do voto-condutor proferido pelo Desembargador Gaspar Marques Batista, no *Habeas Corpus* n. 70044394104 (Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul):

Preliminarmente, no que diz respeito à Resolução n. 59 do CNJ, tenho que inconstitucional. O Conselho Nacional de Justiça foi criado para analisar aspectos administrativos do Judiciário, não podendo se envolver em matéria jurisdicional. A jurisdição, nos moldes da Constituição da República, cabe ao Poder Judiciário. A referida resolução pretende regular a Lei 9.296/96, o que extrapola, visivelmente, a atribuição do referido órgão. Portanto, inconstitucional.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70028735504**. Relator: Desembargador Mario Rocha Lopes Junior. Porto Alegre, RS, 16 abr. 2009. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>165</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 70044394104**. Relator: Desembargador Ícaro Carvalho de Bem Osório. Porto Alegre, RS, 03 nov. 2011. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/) >. Acesso em: 07 jan. 2012.

Trata-se a questão preliminar do julgamento – que sequer foi referida na ementa do acórdão<sup>166</sup> – na pronúncia (ilegítima) de inconstitucionalidade da Resolução n. 59 do Conselho Nacional de Justiça. O julgamento revela, expressamente, situação em que violada a reserva de plenário.

Desta maneira, e por tudo o que se demonstrou, tem-se por difícil a sustentação do argumento de André Ramos Tavares<sup>167</sup> ao afirmar que a súmula vinculante seria a “possibilidade de construção de enunciados que sintetizem o entendimento (interpretação) anterior do Tribunal Constitucional”. A súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, da forma em que é interpretada/aplicada (pelo menos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), não traduz a sintetização do entendimento do Supremo. Essa questão transparece quando, mesmo em casos de possível exclusão da aplicação da regra de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal) – ao que bastaria a compreensão sobre as técnicas de decisão em controle de constitucionalidade – deixa-se de apreciar a questão constitucional por condicionantes (inexistentes) da súmula.

Constatada a problemática no âmbito prático, passemos a delinear as situações que estariam a exigir dos órgãos fracionários a instalação de incidente de inconstitucionalidade e a aplicação do *full bench system*, bem como aquelas que dispensam o procedimento.

### 3.3 Definindo as hipóteses de (in)aplicabilidade da reserva de plenário em matéria criminal

A partir dos elementos teóricos desenvolvidos no decorrer do trabalho, logramos estabelecer a seguinte premissa – a qual redundará na definição das hipóteses de incidência ou não da reserva de plenário: aplica-se o *full bench system* sempre que, ressalvados os casos estabelecidos na lei (artigo 481, parágrafo único,

---

<sup>166</sup> Veja-se o teor: “Habeas Corpus. Autorização de interceptação telefônica. Decisão suficientemente fundamentada. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada, por maioria. Apresentando-se suficientemente fundamentadas as decisões que autorizaram a quebra dos sigilos telefônicos, telemáticos e de dados, não se verifica ilegalidade ou abuso a ser corrigido pelo remédio heróico. Voto vencido. Decisões de quebra do sigilo telefônico carentes de fundamentação. Ofensa a garantia constitucional da intimidade e do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, X e XII, CF). nulidade. Ordem denegada, por maioria, vencido o Des. Aristides, que a concedia.”

<sup>167</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 397.

do Código de Processo Civil), houver decisão que *pronuncie* ou que *deva pronunciar*, explícita ou implicitamente, a *inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo do poder público. Ou seja, a *contrario sensu*, nos casos em que, embora afastada a incidência da disposição legal, não há ou não deva haver, declaração de inconstitucionalidade, desnecessária se faz a instalação de incidente de inconstitucionalidade com remessa da questão ao plenário (ou órgão especial).

3.3.1 Das hipóteses que dispensam a instauração de incidente de inconstitucionalidade e remessa da questão constitucional ao plenário (ou órgão especial)

O artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil<sup>168</sup>, trata do caso em que a lei carecedora de constitucionalidade é apreciada e, em razão disso, declarada *inconstitucional* pelo pleno do Supremo Tribunal Federal ou pelo pleno (ou órgão especial) dos demais Tribunais. Essa hipótese de exclusão da incidência da regra estabelece duas situações distintas: (a) quando o plenário do Supremo Tribunal Federal decidir a controvérsia constitucional, resolvendo pela inconstitucionalidade da disposição legal, poderão os órgãos fracionários de todos os demais Tribunais brasileiros pronunciar a inconstitucionalidade (ou deixar de aplicar) a lei em questão, sem a necessidade de instalação de incidente de inconstitucionalidade; e (b) se a matéria constitucional for resolvida pela no âmbito do plenário ou do órgão especial de algum dos demais Tribunais brasileiros, estarão

---

<sup>168</sup> O parágrafo único do artigo 481 está assim disposto: “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.” Este dispositivo foi acrescentado pela Lei n. 9756/98, confirmando o entendimento que já era majoritário do Supremo Tribunal Federal. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade**, op. cit., p. 107-108.

(apenas) os seus respectivos colegiados fracionários dispensados de aplicação da regra<sup>169</sup>.

A declaração de *constitucionalidade* da lei ou ato normativo também dispensa da remessa ao plenário. Conforme o Ministro Celso de Mello, os “órgãos fraccionarios dos Tribunais podem declarar a constitucionalidade das leis, eis que o princípio da reserva de Plenário apenas incide na hipótese única de proclamação da ilegitimidade constitucional dos atos do Poder Público.”<sup>170</sup>

Não se tem por necessária, também, a submissão da matéria constitucional à regra de *full bench* quando da apreciação de lei anterior à Constituição, visto que, neste caso, a questão seria resolvida pelo critério de não recepção de dispositivos confrontantes com a Carta Superior. Ou seja, a lei deixaria de vigor com o advento de nova Constituição sem a necessidade de declaração de sua invalidade<sup>171</sup>. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a “não-recepção<sup>172</sup> de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade”, torna prescindível a reserva de plenário. Na indexação da ementa tem-se o seguinte:

---

<sup>169</sup> O Supremo Tribunal decidiu, ainda, que: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida por maioria qualificada, aplica-se aos novos processos submetidos à apreciação das Turmas ou à deliberação dos Juízes que integram a Corte, viabilizando, em conseqüência, o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema, ainda que o acórdão plenário - que firmou o precedente no ‘leading case’ - não tenha sido publicado, ou, caso já publicado, ainda não haja transitado em julgado. Precedentes. É que a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, proferida nas condições estabelecidas pelo art. 101 do RISTF, vincula os julgamentos futuros a serem efetuados, colegialmente, pelas Turmas ou, monocraticamente, pelos Juízes desta Corte, ressalvada a possibilidade de qualquer dos Ministros do Tribunal - com apoio no que dispõe o art. 103 do RISTF - propor, ao Pleno, a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 216259 CE**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de mai. de 2000. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 147702 MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de mar. de 1993. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>171</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, op. cit., p. 85.

<sup>172</sup> Há uma vasta discussão sobre tal teoria. Isto é, se seria o caso de inconstitucionalidade superveniente ou de não recepção da norma com o advento de uma nova Constituição. Contudo, o presente esboço não comporta uma tal averiguação. Sendo assim, sobre a discussão doutrinária que gira em torno da matéria remetemos o leitor para CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade**, op. cit., p. 219 e seguintes, bem como MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição constitucional**, op. cit., p. 201 e seguintes. Ver também, de maneira mais condensada, TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 174-179.

“Inaplicação, Princípio Da Reserva De Plenário, Hipótese, Revogação, Direito, Pré-Constitucional, Possibilidade, Reconhecimento, Órgão Fracionário, Tribunal”<sup>173</sup>.

Segundo o entendimento firmado na Suprema Corte, haveria, ainda, a dispensa da reserva de plenário em decisões em Recurso Extraordinário, porquanto seria esta a oportunidade em que a Corte exerceria, “por excelência, o controle difuso de constitucionalidade”, “tendo os seus colegiados fracionários competência *regimental* para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF”<sup>174</sup>. Contudo, esse entendimento parece contrastar frontalmente com o âmbito de normatividade advindo do texto constitucional. Assim, a menos que permitamos uma interpretação da Constituição *conforme* o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, esse entendimento parece-nos equivocado.

Por conseguinte, há dispensa da reserva de plenário na hipótese de aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição. Isso porque, neste caso há a afirmação da *constitucionalidade*<sup>175</sup> de determinada hipótese de incidência da lei ou ato normativo do Poder Público, desde que interpretada em consonância com a Constituição<sup>176</sup>. Ora, quando corretamente utilizada, isto é, a par da distinção com a nulidade parcial sem redução de texto, a interpretação conforme a Constituição “não requer julgamento *en banc*”. É que, conceitualmente, a interpretação conforme a Constituição “importa – ou deveria importar – na *improcedência* da arguição de inconstitucionalidade, seja incidental, seja direta. Em outras palavras, o juízo emitido é de *constitucionalidade* da norma objeto de controle”<sup>177 178</sup>.

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 582280**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de set. de 2006. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>>. Acesso em: 16 jun. 2010. E: “[...] Arguição de inconstitucionalidade de dispositivos anteriores à constituição federal. Cláusula da reserva de plenário. Inaplicabilidade [...]” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70007633167**. Oitava Câmara Criminal. Relator: Desembargador Marco Antônio de Oliveira. Porto Alegre, RS, 3 mar. 2004. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 361.829-ED**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 02 de mar. de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>>. Acesso em: 16 jun. 2010 (grifamos).

<sup>175</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição constitucional**, op. cit., p. 354-355.

<sup>176</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 460971 RS**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de mar. de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>177</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 97-101.

A mesma lógica deve ser conferida a decisões manipulativas de efeitos aditivos. Isso porque em casos tais há a condução a um juízo de *constitucionalidade* – conformado pela presunção de legitimidade do produto legislativo –, com o qual se salva, *in concreto*, a disposição de lei. Ademais, as decisões aditivas integram a concepção da interpretação conforme considerada em sentido amplo<sup>179</sup>.

Nesta linha de compreensão, embora não considerado como precedente da súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal – porquanto, no caso, não houve *violação* à reserva de plenário – o Recurso Extraordinário 460.971-1 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, é importante para a afirmação do entendimento de que a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição não é destinatária da referida cláusula. Isso porque mantém o entendimento já sedimentado no Supremo Tribunal Federal (ver o Recurso Extraordinário n. 184.093, de relatoria do Ministro Moreira Alves) no sentido de que não há violação da reserva de plenário nos casos de aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição. Entendamos o caso.

O recurso extraordinário em questão foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão de órgão fracionário do Tribunal de Justiça do mesmo Estado. No acórdão recorrido a Oitava Câmara Criminal negou provimento ao (apelação conhecida como) recurso em sentido estrito interposto pelo *parquet* em face de decisão de juiz singular que, ao declarar a revelia (artigo 366 do Código de Processo Penal), suspendeu o processo, limitando, contudo, o prazo prescricional ao previsto legalmente como sendo o lapso de prescrição em abstrato para o delito praticado. Veja-se a ementa do julgado na origem:

---

<sup>178</sup> Registre-se, ademais, que na Itália e Alemanha, países nos quais a competência para a pronúncia de inconstitucionalidade é exclusiva do Tribunal Constitucional, aos juízes e Tribunais ordinários é permitida a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição. Assim, a *ordinanza di rimessione* à Corte Constitucional italiana é dispensada quando “reconhecer-se que o juízo de *non manifesta infondatezza* deve ser formulado” em face da lei interpretada conforme a Constituição. De idêntica forma, “os tribunais alemães têm, em geral, a competência para *apreciar* a constitucionalidade das leis”, inclusive “para realizar interpretação conforme a Constituição”. Cf. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**, op. cit., p. 323.

<sup>179</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 405579**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 01 de dez. de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 07 jan. 2012 (grifamos).

REVELIA. ARTIGO 366. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. OBRIGATORIEDADE. LIMITE. Se de um lado a suspensão do procedimento, estabelecida no artigo 366 do Código de Processo Penal, deve ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional, de outro, ela (suspensão) não pode ser indefinida. Isto criaria a imprescritibilidade para todos os crimes, contrariando a Constituição Federal (artigo 5º, incisos XLII e XLIV). Concedida as medidas (suspensão e prescrição) no procedimento do réu revel que não compareceu, deve-se limitar a última aos prazos do artigo 109 do Código Penal. Foi o que fez o julgador de primeiro grau. Recurso ministerial não provido. Unânime.<sup>180</sup>

Em face desse julgado, o Ministério Público alegou no recurso extremo a violação do artigo 97 da Constituição Federal, porque a decisão teria efetivado a interpretação conforme a Constituição do artigo 366 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei n. 9271/96), o que equivaleria, na visão do ministerial, a uma espécie de controle de constitucionalidade, vedada aos órgãos fracionários.

A Suprema Corte, ao conhecer o caso, decidiu que não houve a violação à reserva de plenário pelo fato de que interpretação “que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição”, quando for caso de interpretação conforme a Constituição. Sendo assim, aduziu o Ministro Sepúlveda Pertence, citando a decisão do Ministro Moreira Alves (RE n. 184.093), “inconstitucional é a interpretação da norma de modo que a coloque em choque com a Carta Magna, e não a inconstitucionalidade dela mesma que permite interpretação que se compatibilize com esta”<sup>181</sup>.

Nesta esteira, para a obtenção do resultado de *integração* da disposição processual penal ao sistema constitucional, para além da interpretação conforme a Constituição (em sentido estrito), a decisão analisada pelo Supremo realizou, de fato, uma *adição* de sentido ao artigo 366 do Código de Processo Penal<sup>182</sup>. Adição

<sup>180</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal conhecida com Recurso em Sentido Estrito n. 70006418610**. Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, RS, 08 out. 2003. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/) >. Acesso em: 07 jan. 2012.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 460.971 RS**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de mar. de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>182</sup> O qual, antes da alteração pela Lei n. 11.719/2008, tinha a seguinte redação: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no Art. 312.”



essa consistente em implementar ao dispositivo um limite temporal – prazo cominado abstratamente pelo Código Penal (artigo 109) – à suspensão do prazo prescricional, sob pena de violação do artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal. Textualmente, o dispositivo não submete a suspensão do processo a qualquer condição temporal. Assim, haveria a decisão em comento – à semelhança das sentenças manipulativas de efeito aditivo – integrado alguns elementos a (então vigente) redação do artigo 366 do Código de Processo Penal, a fim de compatibilizá-lo ao texto constitucional. Há, ainda, o voto do Ministro Gilmar Mendes sintetizado no informativo n. 484 (Recurso Extraordinário n. 405579), no qual se registrou expressamente que a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, mesmo quando vertida em decisão aditiva, dispensaria a reserva de plenário:

O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, negou provimento ao recurso e cassou a liminar concedida, acompanhando a divergência, por entender que a extensão do benefício fiscal à recorrida, por meio da **interpretação conforme à Constituição, em decisão de efeitos aditivos, seria a solução mais adequada ao ordenamento constitucional**. Considerou que o Tribunal a quo, ao conceder a segurança, não violou os princípios da legalidade nem da isonomia tributária, mas os aplicou corretamente, pois, enquanto perdurar o benefício fiscal às montadoras e fabricantes, a cobrança da alíquota integral do imposto de importação sobre a recorrida parece inconstitucional. **Ressaltou, ainda, que, no caso, a interpretação conforme não exigiria a observância da reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF, haja vista que ausente a declaração da nulidade da norma legal.**

O fato é que a aplicação das hipóteses em comento não depende da pronúncia de inconstitucionalidade, ao contrário, há a afirmação da constitucionalidade da disposição legal. Em razão dessa característica, essas técnicas, ao incidirem no caso concreto, prescindem da observância à reserva de plenário.

3.3.2 Das hipóteses que exigem a instauração de incidente de inconstitucionalidade e a remessa da questão constitucional ao plenário (ou órgão especial)

A observância ao *full bench system* (artigo 97 da Constituição Federal) está sempre condicionada à declaração de inconstitucionalidade, quer seja ela formal ou

material, mesmo nos casos de nulidade parcial com e sem redução de texto. Assim, quando, no caso concreto, o órgão fracionário de algum Tribunal deparar-se com a necessidade de pronúncia de *inconstitucionalidade* da lei (ou hipótese de incidência dela) deverá instaurar o incidente de inconstitucionalidade, submetendo-o ao crivo do plenário (ou órgão especial, onde houver).

Nas hipóteses de incidência da técnica de nulidade parcial sem redução de texto a aplicação da reserva de plenário se justifica porque, embora não haja qualquer alteração textual na disposição impugnada, há a declaração de *inconstitucionalidade* de uma determinada hipótese normativa, ou seja, uma redução qualitativa de determinado sentido possível do texto. Noutras palavras, a nulidade parcial sem redução de texto é uma técnica a ser desenvolvida pelo plenário dos Tribunais, ou órgão especial, por implicar numa declaração de inconstitucionalidade de uma ou mais produções de sentido<sup>183</sup>.

Nesse sentido o voto de lavra do Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo na Apelação Crime n. 70007597412 (Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul):

A aplicação da *interpretação conforme a Constituição*, técnica de interpretação constitucional, não se confunde com *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*. Para esta, indispensável o *incidente de arguição de inconstitucionalidade*. Mas a *interpretação conforme* configura técnica especialmente útil à *presunção de constitucionalidade das leis*, resguardando, desse modo, a supremacia do legislador.<sup>184</sup>

Em sentido contrário, registra-se o entendimento de Streck<sup>185</sup>, para quem os Tribunais:

<sup>183</sup> Ver os já citados precedentes da súmula vinculante n. 10: **Recurso Extraordinário n. 482.090 SP**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa e **Recurso Extraordinário n. 544.246-2 SE**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Ver também os debates realizados pelos Ministros à formulação da Súmula Vinculante n. 10. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Debates que integram a ata da 16ª (décima sexta) sessão ordinária, do Plenário, realizada em 18 de junho de 2008**. Debates para a aprovação da súmula vinculante nº 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 6 de jul. 2010.

<sup>184</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70007597412**. Oitava Câmara Criminal. Relator: Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo. Porto Alegre, RS, 18 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>185</sup> STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), op. cit., p. 23, nota 42.

[...] na especificidade da interpretação conforme a Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto, estão dispensados de suscitar o incidente de inconstitucionalidade. Por último, releva anotar [...] que não se justifica aplicar o regime de fiscalização concreta, ou seja, suscitar o incidente de inconstitucionalidade – que é o modo previsto no sistema jurídico brasileiro de aferir a constitucionalidade no controle difuso de forma *stricto sensu* – aos casos em que esteja em causa tão somente a inconstitucionalidade de uma *das possíveis interpretações da lei*, pois o juízo de inconstitucionalidade de uma determinada interpretação da lei não afeta a lei em si mesma, não, pondo em causa, portanto, a obra do legislador.

Não obstante, a aplicação da nulidade parcial sem redução de texto *impõe* a necessidade de instalação de incidente de inconstitucionalidade porque, além de configurar-se em verdadeira decisão de *inconstitucionalidade* (parcial qualitativa, com redução de sentido), fora incluída explicitamente nos precedentes que originaram a súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, assim como nas discussões que a originaram: “O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ou, na verdade, nós temos às vezes só o significado: a declaração parcial sem redução de texto [...]”<sup>186</sup>.

Por fim, a prolação de sentenças manipulativas de efeitos substitutivos, em regra, está condicionada à reserva de plenário, porque promove, em um primeiro momento, a declaração de *inconstitucionalidade* do preceito originário e, após, em substituição por outra disposição, compatível com a Constituição.

### 3.3.3 Da aplicação da proporcionalidade, da insignificância e da readequação típica penal e a (des) necessidade de observância da reserva de plenário

Além das tradicionais (pelo menos no âmbito da doutrina processual constitucional) técnicas de controle de constitucionalidade, ainda se verificam outras hipóteses (afetas ao âmbito da dogmática penal) pelas quais há o afastamento da incidência, no todo ou em parte, de disposições legislativas. Destacam-se, para fins

---

<sup>186</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Debates que integram a ata da 16ª (décima sexta) sessão ordinária, do Plenário, realizada em 18 de junho de 2008**. Debates para a aprovação da súmula vinculante nº 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 6 de jul. 2010.

de delimitação do estudo, a proporcionalidade, a insignificância e a readequação típica. Tracemos algumas considerações.

### 3.3.3.1 A proporcionalidade em matéria penal e a reserva de plenário

A proporcionalidade, em sua concepção clássica, pode ser deflagrada em situações nas quais a atuação estatal torna-se demasiadamente gravosa ao fim a ser atingido, acarretando, nesta medida, a restrição (ou violação) a um direito fundamental<sup>187</sup>. A aplicação, pela jurisdição, dá-se sempre de forma articulada, partindo-se de uma ótica trifásica, com a análise das parciais<sup>188</sup> adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme argumenta Canotilho<sup>189</sup>, a adequação (ou conformidade) determina que a medida adotada para a realização do interesse público (ou na colisão de bens jurídicos) seja “*apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes.” Assim, prossegue o autor luso, a investigação e a prova de que o ato do poder público seja *apto* aos fins da sua adoção são adequadas, ou seja, há um controle da *relação de adequação medida-fim*. Em outras palavras, a adequação não subjaz tão-somente ao meio pelo qual um objetivo é alcançado, mas, também, ao meio por que a realização de um objetivo é fomentada, promovida, mesmo sem o alcance total do objetivo; assim, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”<sup>190</sup>.

Seriam inconstitucionais, por inadequadas, “aquelas medidas legislativas (a) que se mostrem, desde o princípio, como inidôneas para alcançar o fim almejado pelo legislador; (b) em que o próprio fim almejado se revele, em si, ilegítimo”.

<sup>187</sup> Nas palavras de Luís Virgílio Afonso da Silva, “a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 24).

<sup>188</sup> Também referidos como subprincípios constitutivos (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 269) ou subregras (Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 24).

<sup>189</sup> **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 269-270 (grifos no original).

<sup>190</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 36-37.

Portanto, não passariam por um juízo de adequação, colocando-se em xeque a sua legitimidade constitucional, as condutas de “ato obsceno” (artigo 233 do Código Penal), ou escrito ou gesto obsceno (artigo 234 do Código Penal), por não representarem em violação a um interesse socialmente relevante<sup>191</sup>. Por importar no reconhecimento da inconstitucionalidade das disposições penais, a efetivação, via jurisdição constitucional, desse juízo desproporcionalidade (com o reconhecimento da inadequação das medidas legislativas), deveria se submeter, nos Tribunais, à cláusula de reserva de plenário.

Em relação à necessidade<sup>192</sup> (ou exigibilidade), coloca-se a tônica de que a medida tomada deve ser a menos gravosa possível ao indivíduo, ou seja, exige-se sempre a prova de que não havia outro meio menos oneroso ao cidadão a ser promovido no caso concreto<sup>193</sup>. Dessa maneira, supondo que o modelo de conduta incriminada ostente alguma relevância social, requerendo a interferência do poder público, mas que a esfera jurídico-penal demonstre-se desnecessária a esse fim, deve-se aferir “se a lesão, real ou potencial, a determinado bem jurídico pode ser evitada, com semelhante eficácia, mediante a utilização de outras medidas menos invasivas, predispostas pelo ordenamento para alcançar o mesmo fim”<sup>194</sup>.

Um exemplo de medida legislativa penal desnecessária refere-se à punição do indivíduo que vende “tecidos, órgãos ou partes” do próprio corpo (artigo 15 da Lei n. 9.434/97). É dizer: “muito embora outras medidas possam ser adotadas em seu desfavor”, um cidadão “que recorra a essa prática está necessitando de tudo, menos de Direito Penal”<sup>195</sup>. O afastamento da incidência típica, por desnecessária, ao importar em uma redução de hipótese (inconstitucional) de abrangência da disposição penal (v.g. mediante a aplicação da técnica de nulidade parcial sem redução de texto), haveria de se dar, nos Tribunais, com a instalação de incidente de inconstitucionalidade e a submissão da matéria ao plenário (ou órgão especial).

---

<sup>191</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**, op. cit., p. 151-152.

<sup>192</sup> Na visão de Ávila, a medida será necessária, “se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos [...]” (In ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 de mar. de 2008, p. 28).

<sup>193</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 270.

<sup>194</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**, op. cit., p. 153.

<sup>195</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**, op. cit., p. 153.

Tem-se como terceira parcial a proporcionalidade em sentido estrito, cuja aferição será obtida a partir da indagação sobre se o resultado da intervenção (fim) é *proporcional* à “carga coactiva” da mesma (meio). Há, portanto, um juízo de ponderação entre meios e fins, para que se possa evidenciar se os primeiros foram proporcionais ao alcance dos segundos<sup>196</sup>. Reconduzida à esfera jurídico-penal, pode-se dizer que a análise da parcial de proporcionalidade em sentido estrito situa-se na aferição de se a incidência da disposição penal, “a despeito de abstratamente adequada e necessária, não implica, *na situação concreta*, uma patente desproporção entre o fato praticado, em princípio situado nos domínios do tipo, e a sanção penal prevista no preceito secundário da norma penal”<sup>197</sup>. Veremos alguns exemplos nos dois tópicos que seguem.

Sem embargo, os juízos de (in)adequação e (des)necessidade podem se configurar em critérios de aferição da *legitimidade* da lei penal em eventual inconformidade com o sistema-jurídico-constitucional. Isto é, em regra, quando focadas na lei penal, tais parciais agem sobre a aferição de sua legitimidade constitucional em abstrato – em circunstâncias desatreladas do caso concreto. Por isso, sua aplicabilidade – e o correlato afastamento da incidência de uma lei –, estaria a exigir a pronúncia de (in)constitucionalidade do dispositivo. Sempre que o juízo aplicado for de desvalia sobre a legitimidade constitucional da lei penal, quando reconduzida a questão à apreciação pelos Tribunais, haverá a necessidade de se observar a reserva de plenário.

Já na parcial de proporcionalidade em sentido estrito o juízo sobre a legitimidade da incidência do tipo penal *pode* levar, considerando as peculiaridades do caso concreto, ao seu afastamento, sem que, a tanto, haja afetação na validade da lei em abstrato. Nestes casos, sua aplicação pelos Tribunais está a dispensar a aplicação da reserva de plenário. Se, por outro lado, a apreciação dessa parcial der azo à pronúncia de inconstitucionalidade, mesmo que limitada a preceito secundário (sanção cominada em abstrato) do tipo penal, a reserva de plenário deve ser observada pelos Tribunais.

---

<sup>196</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 270.

<sup>197</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**, op. cit., p. 159.

Assim, podemos concluir, ante o exposto, que, a partir do juízo de (des)proporcionalidade – e a análise de suas parciais –, *pode-se* chegar a resultados em que haverá a necessidade de declaração de inconstitucionalidade (parcial ou total, com ou sem redução de texto). Ou mesmo, casos em que sua aplicação se configuraria em interpretação conforme a Constituição<sup>198</sup>, além de, a partir dela, poderem-se estabelecer correções em incoerências endonormativas, com a promoção de readequações no âmbito de incidência típica.

Embora tenha sido incluída sem qualquer ressalva nos precedentes que deram origem à súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal<sup>199</sup>, somente far-se-á necessária a instalação de incidente de inconstitucionalidade à aplicação da proporcionalidade quando se puder, a partir dela, aferir um juízo de *inconstitucionalidade*. Nesta ótica, podemos estabelecer o seguinte: quando a aplicação da proporcionalidade importar, de fato, na pronúncia de inconstitucionalidade (com ou sem redução de texto) de lei ou ato normativo, estar-se-ia diante de hipótese em que aplicação do princípio importaria na necessidade de aplicação do *full bench*; caso contrário, o órgão fracionário do Tribunal estaria dispensado da obrigação constitucional de instalar o incidente de inconstitucionalidade, podendo aplicar o princípio da proporcionalidade à resolução da matéria.

### 3.3.3.2 A insignificância penal e a reserva de plenário

Conquanto por vezes reconduzido ao âmbito exclusivo da dogmática penal, o princípio – na verdade teoria – da insignificância pode-se traduzir a um juízo, *in concreto*, de desproporcionalidade, realizado a partir “da potencial incidência de uma medida legalmente prevista (a sanção penal) a uma situação de fato”. O problema seria apenas de premissa: ao se considerar que os juízos de adequação e necessidade, tal como vimos, ocorrem num campo de abstração, verificáveis à universalidade dos fatos abstratamente sujeitos à descrição formal do delito, e a

---

<sup>198</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., p. 451.

<sup>199</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 319.181-1 DF**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 6 de mai. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

inconstitucionalidade se apresentasse, *prima facie*, em um desses dois juízos, não seria hipótese de uma aferição de insignificância. Isso porque o que se questionaria seria a norma (em abstrato) e não a conduta (em concreto) e, portanto, haveria a necessidade de uma pronúncia de inconstitucionalidade<sup>200</sup>, razão pela qual a questão deveria, nos Tribunais, ser submetida à apreciação do plenário (ou órgão especial).

Se, por outro lado, o juízo de desproporcionalidade fosse fruto de circunstâncias imanentes ao caso concreto – considerada a inexpressividade da lesão a determinado bem jurídico-penal – em face da sanção formalmente imposta, a legitimidade da lei penal não seria aferível em abstrato, sendo o caso, pois, de aplicação da insignificância. Isso porque a atividade jurisdicional implicaria, implicitamente, em uma interpretação integradora, com o reconhecimento da *constitucionalidade* da disposição penal, cuja sanção formalmente aplicável dependeria de aferição *in concreto*<sup>201</sup>.

Sem embargo, em diversas oportunidades<sup>202</sup> o Supremo Tribunal Federal identificou o princípio da insignificância como “fator de descaracterização material da tipicidade penal”, o qual deveria ser “analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal” no “sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material”. As premissas, sempre aferíveis *in concreto*, estabelecidas pela Suprema Corte para a aplicação da insignificância seriam, fixadas da seguinte maneira:

---

<sup>200</sup> FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 192-193.

<sup>201</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**, op. cit., p. 192-193.

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Hábeas Corpus n. 107264**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de abr. de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609492>>. Acesso em: 01 jan. 2011.



(a) a mínima ofensividade<sup>203</sup> da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

Nesta esteira, para além de um instrumento dogmático-penal, a insignificância introduziria ao aplicador/intérprete a necessidade de um acréscimo de sentido ao tipo penal, o qual conduziria ou não à sua conformação constitucional. É dizer: se não vislumbrados os pressupostos materiais de legitimação da punibilidade no caso concreto, tornar-se-ia impositivo o afastamento da incidência do tipo. Com isso, a partir de uma interpretação integradora do dispositivo infraconstitucional com o texto constitucional, efetivada mediante adição de sentido ao preceito (algo semelhante a uma decisão manipulativa com efeito aditivo), a constitucionalidade da lei restaria garantida.

Exatamente por tais razões, ao que nos parece, a aplicação da insignificância e o correlato afastamento da aplicação da lei penal incriminadora, estaria a repelir a

---

<sup>203</sup> A ofensividade é referida como parâmetro erigido à criminalização de condutas refere-se à tutela de bens jurídicos como o modelo constitucionalmente adequado de Direito Penal (FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**, p. 40 e seguintes (grifos no original). De fato, dentre os modelos de desenvolvimento do crime como ofensa a bens jurídicos, verifica-se a perspectiva onto-antropológica, amparada na teoria do “cuidado-de-perigo” de Faria Costa. Esta perspectiva, conforme assinala Fabio D’Avila, “traduz uma concepção de ilícito penal estabelecida fundamentalmente na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo a bens juridicamente protegidos”. Neste tipo de ilícito, assinala o autor, entendido como categoria dogmática materialmente informada por uma perspectiva de ilicitude que se realiza na violação (ofensa) a bens jurídicos, não basta o preenchimento da tipicidade formal, sendo corolário desse entendimento o atendimento dos requisitos materiais de legitimidade, atinentes à ofensividade. Nessa ótica, a ofensa a bens jurídico-penais surge num contexto de intolerável atingimento da relação matricial de cuidado-de-perigo (**Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46-50). Portanto, com base nestas perspectivas filosóficas, pode-se extrair, de forma sintética, a assertiva de que *não há crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal* (D’AVILA, Fabio Roberto, **Ofensividade em direito penal**, op. cit., p. 51 – grifos no original). Conforme Feldens, com quem concordamos, a doutrina e jurisprudência vêm acolhendo o respaldo constitucional da ofensividade. Para o autor, contudo, embora correta a atribuição de densidade constitucional à ofensividade, seu fundamento não parece muito claro. Assim, nesse ponto de vista, com o qual concordamos, Feldens aduz que o princípio da ofensividade não é outra coisa, senão a “transposição, para a linguagem dogmático-penal, do princípio da proporcionalidade, enquanto dever de proscricção de ingerências indevidas, desnecessárias ou concretamente excessivas no âmbito dos direitos fundamentais”. Nesse sentido, a atuação jurisdicional, à aplicação desse princípio, insere-se no “dever de excluir a subsistência do crime”, quando o fato, embora revelado como formalmente típico, tenha-se revelado inofensivo ao bem jurídico. Portanto, no capítulo seguinte, quando forem tratadas as técnicas de controle de constitucionalidade, abordar-se-á somente a proporcionalidade (FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2008, p. 34-35).

observância da reserva de plenário – desobrigando a instalação de incidente de inconstitucionalidade pelos órgãos fracionários dos Tribunais. Assim, conquanto numa visão superficial pareça a insignificância se configurar em uma exclusão de incidência de hipótese normativa derivada da aplicação de preceitos constitucionais – a estar, *prima facie*, abrangida pela súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal<sup>204</sup> –, observamos que o juízo firmado sobre a disposição infraconstitucional é de *constitucionalidade*, o qual dispensa a regra.

Ademais, a correlação entre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância – pelo menos no caso de delitos patrimoniais (sem violência) em detrimento de sujeitos individuais – e o caso concreto, estaria estabelecida de forma tão acentuada que não seria viável a criação de um *standard* normativo próprio para ser aplicável a demais casos. Sendo assim, não haveria sequer sentido prático para que a aplicabilidade da insignificância fosse condicionada ao *full bench*. Ora, o propósito da regra é (também) evitar decisões manifestamente divergentes, sobretudo em hipóteses de pronúncia de inconstitucionalidade – não é, pois, o caso.

### 3.3.3.3 A verificação de incoerência endonormativa e a readequação típica penal: hipótese de submissão à regra de reserva de plenário

Conquanto a readequação típica da conduta possa, *prima facie*, se assemelhar à situação anterior (princípio da insignificância), há uma diferença substancial: o grau de intensidade, isto é, trata-se de uma “*hipótese intermediária* entre a *plena incidência* do tipo penal (à hipótese configuradora) e a sua *não-incidência*”<sup>205</sup>. Na espécie, quando o órgão judiciário se deparar com uma conduta penalmente relevante e merecedora de sanção (não-insignificante, pois), entendendo, entretanto, que os parâmetros de pena fixados pela disposição penal para o suporte fático, seriam excessivos, ou seja, o apenamento previsto na lei penal seria desproporcionalmente às condutas nele proibidas, poderia ele (o

<sup>204</sup> Com o seguinte teor: “II. Controle de constitucionalidade; reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. 240.096-2 RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 6 de mai. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

<sup>205</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**, op. cit., p. 194.

magistrado) proceder a um (re)enquadramento do fato a um tipo – e correlatamente a uma sanção – residual, proporcional à gravidade da ofensa ao bem jurídico-penal. Portanto, haveria um deslocamento do fato a uma espécie normativa menos rigorosa<sup>206</sup>.

A aplicabilidade pela jurisdição constitucional desse instrumento dogmático, portanto, parece realizar um juízo *negativo* sobre a legitimidade da disposição infraconstitucional, o qual exigiria, concomitantemente: (i) a *pronúncia* de *inconstitucionalidade* (com ou sem redução de texto); e (ii) a aplicação de *outra* disposição em compatibilidade com Constituição Federal. Ou seja, seria semelhante às sentenças manipulativas de efeito substitutivo, pelas quais, rememore-se, o Tribunal estaria a declarar a inconstitucionalidade “da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do Poder Legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional”<sup>207</sup>.

Nessas situações, a inconstitucionalidade pode ser ocasionada pela excessiva amplitude semântica do tipo, que “acaba absorvendo um sem número de situações de fato, muitas das quais completamente distantes, em termos de gravidade, daquela que efetivamente fundamentou a criação do tipo ou determinou a imposição da respectiva sanção”<sup>208</sup>. Isso ocorre, geralmente, quando o legislador se utiliza de verbos nucleares múltiplos no âmbito de um único tipo penal, ou ainda “quando promove, após a penalização da conduta principal, diversas equiparações legais (*‘Nas mesmas penas incorre quem...’*), expandindo o âmbito da incriminação, que passa a distanciar-se do núcleo fático que a despertou”<sup>209</sup>. Citemos alguns exemplos.

(i) O delito de falsa moeda (artigo 289 do Código Penal), pelo qual se pune a conduta de “Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro” (*caput*), bem como, nas mesmas penas (reclusão de 03 a 12 anos), quem “por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa” (§1º).

<sup>206</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**, op. cit., p. 194-195.

<sup>207</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**, op. cit., p. 542.

<sup>208</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**, op. cit., p. 159.

<sup>209</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**, op. cit., p. 159.

Veja-se que a pena mínima cominada nos tipos penais, que preveem condutas diversas, é a mesma. Ou seja, aquele agente que falsificar (fabricando ou alterando) “papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro”, é alcançado pelo mesmo *nível mínimo* de penalização em relação àquele que guarda consigo uma ou algumas notas falsificadas – conduta esta cujo nível de reprobabilidade social é inferior. Sem embargo, está-se diante de uma incoerência endonormativa<sup>210</sup>, a qual poderia ser resolvida no âmbito da jurisdição constitucional. Diante desse cenário, haveria a possibilidade: num primeiro plano, de pronunciar a inconstitucionalidade do preceito secundário referente ao §1º do artigo 289 do Código Penal, e, por conseguinte, substituir tal preceito por outro.

A aplicabilidade prática dessa técnica, em relação à infração penal em comento, pode ser visualizada na decisão do Juiz Federal Gerson Godinho da Costa<sup>211</sup>, pela qual este magistrado promoveu o reenquadramento de hipótese do delito previsto no artigo 289, §1º, do Código Penal às sanções do crime de falsificação de papéis públicos (artigo 293 do Código Penal<sup>212</sup>). No caso, o magistrado, mediante um juízo de proporcionalidade (em sentido estrito), promoveu a readequação típica da conduta de baixa expressividade lesiva (possuir “algumas cédulas falsas”), às sanções previstas no artigo 293 do Código Penal, cuja pena mínima é 02 anos de reclusão.

(ii) Outro caso a reclamar essa providência trata-se do delito previsto no artigo 273 do Código Penal, cuja pena se estabelece entre os níveis de 10 a 15 anos de reclusão. Tal infração penal “normatiza fatos potencialmente graves, como a adulteração de quimioterápicos, específica circunstância que norteou o debate em torno da penalização no patamar estabelecido”<sup>213</sup>. Nos parágrafos do tipo penal, contudo, há a equiparação penal de uma série de condutas distintas, por exemplo:

---

<sup>210</sup> Sobre a “incoerência endonormativa como um problema de proporcionalidade”, ver FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**, op. cit., p. 161-164.

<sup>211</sup> Exemplo citado, com base em decisão do Juiz Federal Gerson Godinho da Costa, no Processo n. 2002.71.00.009735-5, oriundo da Primeira Vara Federal Criminal de Porto Alegre no Rio Grande do Sul In FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**, op. cit., p. 194-195.

<sup>212</sup> Art. 293 - Falsificar, fabricando-os ou alterando-os: I - selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo; II - papel de crédito público que não seja moeda de curso legal; III - vale postal; IV - cautela de penhor, caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro estabelecimento mantido por entidade de direito público; V - talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo a arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável; VI - bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada pela União, por Estado ou por Município: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

<sup>213</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**, op. cit., p. 159

importar, vender, ou expor à venda (§1º), matérias-primas, insumos farmacêuticos ou cosméticos (§1º-A), que estejam, apenas, “sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente” (§1º-B, inciso I). Isto é, para além “colocar em pé de igualdade situações absolutamente diferentes”, a lei penal inverte “a pirâmide valorativa, pois para tais condutas se estabelece o dobro da pena prevista para o tráfico de entorpecentes”<sup>214</sup>.

Ao analisar o caso, Paulo Queiroz<sup>215</sup>, refere que não seria o caso de declaração de inconstitucionalidade da proibição encerrada no tipo penal (preceito primário), mas tão somente da pena a ele cominada (preceito secundário). Isso porque, segundo o autor, “não houve, em princípio, excesso do legislador quando decidiu” criminalizar as condutas tratadas no artigo 273 do Código Penal. O excesso se deu, acentua, “quanto à penalização, mas não quanto à criminalização, a admitir, inclusive, interpretação conforme a Constituição”<sup>216</sup>.

O Juiz Federal Ali Mazloum, da 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo, possui entendimento semelhante. Em sentença proferida nos autos do Processo nº 0014385-34.2008.403.6181<sup>217</sup>, referiu o magistrado que há

manifesta violação ao princípio da proporcionalidade da pena, o seguinte fato: caso a acusada estivesse realmente grávida e viesse a ingerir a substância importada [*comprimido de CYTOTEC*], estaria sujeita à pena mínima de 1 ano de detenção, pela prática, em tese, do crime de aborto. Além disso, caso ainda decidisse matar o responsável pela gravidez, estaria sujeita à pena mínima de 6 anos de reclusão pela prática, em tese, do crime do artigo 121 do Código Penal. Somadas as duas penas, a acusada estaria sujeita à 7 anos de prisão, ao passo que para o crime do artigo 273 a pena mínima seria de 10 anos de prisão. Isso demonstra o evidente absurdo da pena cominada ao crime imputado, revelando que a destruição hipotética de duas vidas valeria menos que a importação de um comprimido de CYTOTEC. O princípio da proporcionalidade deve interceder em favor da vida, ainda que em detrimento de interesses de grandes laboratórios. É manifesta a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, recusando-se este Juízo, portanto, a cogitar à aplicação de tão grave reprimenda.

<sup>214</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**, op. cit.

<sup>215</sup> QUEIROZ, Paulo. **A propósito do art. 273, §1º-B, do Código Penal**. [on line]. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/a-proposito-do-art-273-%C2%A71%C2%B0-b-do-codigo-penal/>. Acesso em: 27 fev. 2012.

<sup>216</sup> QUEIROZ, Paulo. **A propósito do art. 273, §1º-B, do Código Penal**. [on line], op. cit.

<sup>217</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Justiça Federal de Primeiro Grau. **Sentença** n. 0014385-34.2008.403.6181. Sétima Vara Federal Criminal. Prolator: Ali Mazloum. São Paulo, RS, 5 de out. de 2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-out-06/lei-importar-abortivo-grave-matar-pessoa>>. Acesso em: 10 de fev.

Em sentido semelhante, a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região<sup>218</sup>, afastou a aplicabilidade do preceito secundário do dispositivo mencionado (pena de reclusão de 10 a 15 anos), e, com o “emprego da analogia em favor do réu”, readequou, “tão-somente para fins de fixação da pena”, a conduta às penas previstas no (então vigente) artigo 12 da Lei nº 6.368/76, cujos níveis de apenamento variam de 03 a 15 anos de reclusão. No caso, o *órgão fracionário* reconheceu a desproporcionalidade da incidência da pena cominada ao artigo 273 do Código Penal a fatos que, conquanto reprováveis sob o aspecto criminal, não configurariam “enormes danos”, obstando-lhe a aplicabilidade. Observe-se a ementa:

PENAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. FORMA EQUIPARADA. ART. 273, § 1º-B, I, V E VI, DO CP. COMPETÊNCIA FEDERAL. INTRODUÇÃO EM TERRITÓRIO NACIONAL DE COMPRIMIDOS DE *CYTOTEC*. PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. PARÂMETRO. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO.

Os crimes que afetem a saúde pública não atraem, só por isso, a competência federal. A importação de remédio de procedência ignorada, sem registro e adquirido de estabelecimento sem licença do Órgão de Vigilância Sanitária competente, no entanto, pode ser entendida como contrabando sob forma especializada. Por opção legislativa (Lei nº 9.677/98), uma conduta que antes se amoldava ao tipo previsto no art. 334 do CP passou a ser prevista em tipo penal próprio (art. 273 do CP), providência que não alterou, todavia, a competência federal para processamento e julgamento do feito.

Quem introduz clandestinamente em solo nacional produto de origem estrangeira destinado a fins terapêuticos ou medicinais, sem registro, de procedência ignorada e adquirido de estabelecimento sem licença do Órgão de Vigilância Sanitária competente, pratica o delito capitulado no art. 273, § 1º-B, incisos I, V e VI, do CP.

A pena do delito previsto no art. 273 do CP - com a redação que lhe deu a Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998 - (reclusão, de 10 (dez) e 15 (quinze) anos, e multa) deve, por excessivamente severa, ficar reservada para punir apenas aquelas condutas que exponham a sociedade e a economia popular a "enormes danos" (exposição de motivos). Nos casos de fatos que, embora censuráveis, não assumam tamanha gravidade, deve-se recorrer, tanto quanto possível, ao emprego da analogia em favor do réu, recolhendo-se, no

---

<sup>218</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Criminal** n. 200172000036832. Relator: Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, RS, 2 de mar. de 2005. Disponível em: < [http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=148383&hash=643f3868305a4284e8cb122292c9f124](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=148383&hash=643f3868305a4284e8cb122292c9f124) >. Acesso em: 10 de fev. 2012.

corpo do ordenamento jurídico, parâmetros razoáveis que autorizem a aplicação de uma pena justa, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade. "A criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para a sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta" (Fábio Bittencourt da Rosa. *In Direito Penal*, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 04). Hipótese em que ao réu, denunciado por introduzir, no território nacional, 06 comprimidos de *Cytotec*, medicamento desprovido de registro e de licença do órgão de Vigilância Sanitária competente (art. 273, § 1º-B, incisos I, V, e VI, do CP), foi aplicada a pena de 03 anos de reclusão, adotado, como parâmetro, o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual tem como bem jurídico tutelado também a saúde pública.

Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito que se reconhece, seja porque o delito de tráfico foi tomado apenas como substrato para aplicação da pena, seja porque o remédio importado não era "falsificado, corrompido, adulterado ou alterado" (inciso VII-B do art. 1º c/c o parágrafo primeiro do art. 2º da Lei nº 8.072/90)<sup>219</sup>.

Conclui-se, então, que, em virtude da desproporcionalidade da pena cominada ao delito do artigo 273 do Código Penal em relação às condutas nele incidentes, o preceito secundário deste dispositivo mereceria um pronunciamento de inconstitucionalidade. Também seria plausível, ato contínuo, o reenquadramento das condutas previstas no referido tipo penal – porquanto relevantes sob o aspecto jurídico-penal – às sanções estabelecidas em outro dispositivo, sempre que compatíveis com a reprobabilidade das ações penalmente proibidas, e, portanto, proporcionais.

(iii) O delito de receptação (artigo 180 do Código Penal) também pode ser citado como exemplo de incoerência endonormativa – e isso foi constatado, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal – visualizada a partir da comparação entre as penas previstas para o *caput* (dolo direto) em comparação ao §1º (dolo eventual) da referida infração penal. Com efeito, o delito de receptação pune: (a) o receptor que “sabe” ser a coisa produto de crime (artigo 180, *caput*, do Código Penal – pena de 01 a 04 anos de reclusão); (b) conduta do agente que “deve saber” (dolo eventual) da origem criminosa da coisa apropriada (artigo 180, §1º, do Código Penal

<sup>219</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Criminal** n. 200172000036832. Relator: Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, RS, 2 de mar. de 2005. Disponível em: < [http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=148383&hash=643f3868305a4284e8cb122292c9f124](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=148383&hash=643f3868305a4284e8cb122292c9f124) >. Acesso em: 10 de fev. 2012.

– pena de 03 a 08 anos de reclusão). Veja-se que a pena cominada em abstrato à modalidade cuja lesividade seria mais acentuada (dolo direto) é inferior àquela em que o delito seria menos gravoso (dolo eventual) – eis a incoerência.

Essa circunstância, introduzida ao sistema jurídico-penal pela Lei n. 9.426/96, foi submetida à análise do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, nos *habeas corpi* n.s 92525 e 102094. Em decisão liminar – pela qual se deferiu a suspensão das condenações em primeiro grau –, o Ministro Celso de Mello, Relator dos casos, verificando a incoerência endonormativa<sup>220</sup>, referiu que:

[...] o legislador brasileiro - ao cominar pena mais leve a um delito mais grave (CP, art. 180, “caput”) e ao punir, com maior severidade, um crime revestido de menor gravidade (CP, art. 180, § 1º) - atuou de modo absolutamente incongruente, com evidente transgressão ao postulado da proporcionalidade. [...] O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

Veja-se a ementa do Habeas Corpus n. 92525<sup>221</sup>:

**RECEPTAÇÃO SIMPLES (DOLO DIRETO) E RECEPTAÇÃO QUALIFICADA (DOLO INDIRETO EVENTUAL). COMINAÇÃO DE PENA MAIS LEVE PARA O CRIME MAIS GRAVE (CP, ART. 180, “CAPUT”) E DE PENA MAIS SEVERA PARA O CRIME MENOS GRAVE (CP, ART. 180, § 1º). TRANSGRESSÃO, PELO LEGISLADOR, DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO “IN ABSTRACTO” DA PENA. LIMITAÇÕES MATERIAIS QUE SE IMPÕEM À OBSERVÂNCIA DO ESTADO, QUANDO DA ELABORAÇÃO DAS LEIS. [...] UTILIZAÇÃO, SEMPRE QUE POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA INTERPRETAÇÃO CORRETIVA, AINDA QUE DESTA RESULTE PEQUENA MODIFICAÇÃO NO TEXTO DA LEI. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.**

<sup>220</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão liminar em **Habeas Corpus** n. 92525. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 31 de mar. de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01 jan. 2011

<sup>221</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão liminar em **Habeas Corpus** n. 92525. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 31 de mar. de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01 jan. 2011



Nos casos, o Ministro Celso de Mello sinalizou pela possibilidade de utilização “pelo Poder Judiciário, da interpretação corretiva, ainda que desta resulte pequena modificação no texto da Lei”. Essa correção, ante o teor da fundamentação apresentada nas decisões em sede liminar, seria realizada pela readequação típica consistente em, pronunciando a *inconstitucionalidade* da pena (preceito secundário) do parágrafo primeiro do artigo 180 do Código Penal (dolo eventual), aplicar, em tais casos, a pena cominada no *caput* do referido artigo.

(iv) Por fim, outro exemplo de readequação típica<sup>222</sup> verificado, dentre vários existentes, pode ser vislumbrado em decisão da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>223</sup> quando se promoveu a desclassificação do tipo penal referente, à época, ao artigo 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor)<sup>224</sup> para o delito previsto no artigo 218 do mesmo diploma punitivo (corrupção de menores). Veja-se a ementa:

CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROPORCIONALIDADE.

1. Fere o princípio da proporcionalidade o mesmo apenamento ao estupro, ao atentado violento ao pudor sem qualquer espécie de cópula e a prática de atos libidinosos menos graves: beijo lascivo, apalpadela, etc. 2. Os delitos de estupro e atentado violento ao pudor possuem igual apenamento: 6 a 10 anos de reclusão. O legislador de 1990 não considerou no processo de tipificação criminal o princípio da proporcionalidade. Assim, por exemplo, manter conjunção carnal ou outro tipo de relação sexual, bem como qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, por mais simples que seja, tem a mesma reprovabilidade jurídica. 3. No caso em tela, a proporcionalidade indica o apenamento pelo delito de corrupção de menores. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, por maioria.<sup>225</sup>

Sem adentrar no mérito da decisão, verifica-se que, no caso citado, o afastamento da do tipo penal de atentado violento ao pudor (artigo 214 do Código

<sup>222</sup> Exemplo extraído de FELDENS, Luciano. **A constituição penal**, op. cit., p. 197-199.

<sup>223</sup> Apelação crime n.s 70010094696.

<sup>224</sup> *In verbis*: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Texto antes da revogação realizada pela Lei n. 12.015/2009, cujos elementos do tipo foram inseridos, pela mesma lei, ao artigo 213 do Código Penal, o qual passou a ter o seguinte teor: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

<sup>225</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70010094696**. Sétima Câmara Criminal. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, RS, 24 dez. 2004. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

Penal) deu-se com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, porquanto: (a) verificada a incoerência endonormativa com relação ao tipo penal do artigo 213 do Código Penal – cuja pena é a mesma, mas a reprobabilidade da conduta é superior; e (b) o nivelamento da pena (06 a 12 anos de reclusão), no ver do julgador, partiria de um patamar excessivo com relação ao ato praticado *in concreto*.

Com isso, o órgão fracionário parece ter realizado, no primeiro momento, a pronúncia (implícita) de inconstitucionalidade sem redução de texto, isto é, a redução do âmbito de incidência do tipo (preceito primário), excluindo-se os atos libidinosos diversos da conjunção carnal “sem qualquer espécie de cópula e a prática de atos libidinosos menos graves: beijo lascivo, apalpadela, etc”. Por conseguinte, readequou-se o fato a preceito secundário diverso (pena prevista no artigo 218 do Código Penal – 02 a 05 anos), cujo nivelamento da sanção demonstrava-se, na visão do órgão fracionário, proporcional.

Destarte, a aplicabilidade dessa técnica, ao gerar, em regra, a necessidade de *pronúncia de inconstitucionalidade* do preceito desproporcional e a conseguinte substituição por disposição diversa – concatenada com a Constituição Federal – depende da instalação de incidente de inconstitucionalidade na forma do artigo 97 da Constituição Federal e da súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentaram-se, no âmbito da presente dissertação, dois problemas centrais. Relembremos: (i) estão os órgãos fracionários criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aplicando adequadamente a procedimentalidade do *full bench*? (ii) Consideradas as diversas técnicas de controle de constitucionalidade, em quais hipóteses o afastamento da lei penal pelos Tribunais está a exigir o respeito à regra da reserva de plenário? As pesquisas realizadas durante a elaboração do presente texto nos permitiram sintetizar o que seriam as respostas às indagações (problemas) propostas, que ora são vertidas em considerações finais:

(i) a pesquisa jurisprudencial, indispensável à análise do tema, nos forneceu alguns dados objetivos que passamos entender imprescindíveis, e que deveriam, sem dúvidas, integrar a presente dissertação. Para que o texto não se tornasse exaustivo nesse aspecto realizou-se o corte metodológico de modo a verificar, empiricamente, a incidência da problemática no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (em suas Câmaras Criminais).

As conclusões obtidas a partir desse estudo poderiam viabilizar, sob o ponto de vista indutivo, um (diagnóstico) parâmetro possivelmente configurado (também) nos demais Tribunais brasileiros: a baixa (quantitativa e qualitativa) aplicabilidade da regra de *full bench* em matéria criminal. De fato, verificaram-se, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

(i.a) sob a perspectiva quantitativa – o reduzido número de incidentes de inconstitucionalidade instaurados, que, conforme os relatórios de atividade jurisdicional do Tribunal relativo aos anos de 2000 a 2011 (dados disponíveis), neste período, figuraram em apenas 20 (vinte). Número esse ínfimo, sobretudo ao se ter noção de que, no mesmo lapso temporal, foram distribuídos mais de 300.000 (trezentos mil) processos criminais àquele Tribunal;

(i.b) sob a perspectiva qualitativa – alguns equívocos sobre as hipóteses de incidência da regra da reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal), em especial referência à definição das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade, mormente após 2008, com o advento da súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.

(ii) à resposta ao segundo problema, feito o resgate teórico necessário, passou-se à formulação de uma premissa lógica – já imanente ao âmbito normativo do artigo 97 da Constituição Federal –, mas que, com o advento da súmula vinculante n. 10, teve de ser reafirmada: a reserva de plenário destina-se a casos em que, para a sua resolução, haja a necessidade de pronúncia – explícita ou implícita – de *inconstitucionalidade* (com ou sem redução de texto) pelos Tribunais. Por sua vez, nas hipóteses que independam da declaração de inconstitucionalidade da disposição penal – mesmo que a solução resulte na não aplicação da lei ou ato normativo – há dispensa da regra de *full bench*. A partir dessa premissa, podemos afirmar que:

**(ii.a) há dispensa da aplicação da regra da reserva de plenário quando:**

(1) a lei inquinada de vício já houver sido pronunciada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pelo Plenário do Tribunal onde figuram os Órgãos Fracionários dispensados de aplicação da regra (artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil);

(2) for caso de afirmação da constitucionalidade da lei ou ato normativo – isto é, nos casos de pronúncia de constitucionalidade;

(3) da aplicação da teoria da não recepção, ou seja, quando a lei, norma ou ato normativo incompatível com a Constituição Federal for pré-constitucional;

(4) da aplicação da interpretação conforme a Constituição, por haver o reconhecimento da constitucionalidade de *determinado* produto normativo

extraído do texto, mesmo que, para tanto, excluam-se outras possibilidades de aplicação;

(5) da prolação de sentenças manipulativas com efeitos aditivos, nas quais, para a condução à constitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público, há a correção de sentido do texto com a adição de elementos/condições a torná-lo constitucional;

(6) a aplicação da proporcionalidade não resultar na necessidade de pronúncia de inconstitucionalidade;

(7) da aplicação do princípio da insignificância penal, por representar, esse juízo, uma leitura constitucional do tipo penal, resultado de uma interpretação integradora do ordenamento jurídico que, ao afastar a incidência do tipo diante da concreta situação de fato, o conduz, em realidade, à sua conformação constitucional, sem afetação da lei abstratamente considerada;

**(ii.b) há necessidade de observância à regra da reserva de plenário quando:**

(1) for caso de declaração de inconstitucionalidade em sentido estrito – mesmo que implicitamente (“escamoteada”);

(2) for caso de aplicação da técnica de nulidade parcial com redução de texto;

(3) for caso de aplicação da técnica de nulidade parcial sem redução de texto, exatamente por radicar na declaração de inconstitucionalidade de *determinado* produto normativo (hipótese de incidência) extraído do texto;

(4) da prolação de sentenças manipulativas de efeitos substitutivos, por necessitarem, em regra, de pronúncia de inconstitucionalidade do preceito originário, para que, após, haja a substituição por outro compatível com a Constituição;

(5) a aplicação da proporcionalidade importar na necessidade de pronúncia de inconstitucionalidade de texto (disposição) ou de determinado produto interpretativo (norma);

(6) for caso de aplicação de técnica de readequação típica em matéria criminal, por haver, à semelhança de uma sentença manipulativa de efeito substitutivo, necessidade de pronúncia de inconstitucionalidade do preceito

originário, substituindo-o por outro compatível com (pois proporcional à punição da conduta incriminada) com a Constituição.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. **Neoconstitucionalismo(s)**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, p. 31-47, 2003.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 483 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ATIENZA, Manuel, **El sentido del Derecho**, Barcelona: Ariel Derecho, 2001.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 de mar. de 2008.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. "Breves observações sobre a tortura". **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 24, v. 71, p. 224-257, nov. 1997.

BARBALHO, João. **Constituição Federal brasileira de 1891**: comentada. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade brasileiro**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASOCO, Juan M. Terradillos. La Constitución penal: los derechos de la libertad. **Las sombras del sistema constitucional español**. Edición de Juan-Ramón Capella. Madrid: Trotta, p. 355-381, 2003.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código penal comentado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1968.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 9.ed. Sain Paul: West, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2010.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1017815/RS**. Relator Ministro Nilson Naves. RS, 01 dez. 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1017815&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1017815&b=ACOR)>. Acesso em: 7 de jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1127 – DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de mai. de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(240096.NUM E.%20OU%20240096.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(240096.NUM E.%20OU%20240096.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.459**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 24 de ago de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363383>>. Acesso em: 6 de ago. de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 147702 MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de mar. de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 216259 CE**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de mai. de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 472.897-7 PR**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de set. de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 582280**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de set. de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Consulta Processual**. <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3913542>> e <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3915350>>. Acesso em: 11 jul. 2010.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Debates que integram a ata da 16ª (décima sexta) sessão ordinária, do Plenário, realizada em 18 de junho de 2008.** Debates para a aprovação da súmula vinculante nº 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 6 de jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão liminar em **Habeas Corpus n. 92525.** Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 31 de mar. de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 97256. Relator Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 01 de set. de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1> >. Acesso em: 07 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ministério Público gaúcho contesta descumprimento de súmula sobre reserva de plenário. In **Notícias STF.** 6 jul. 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=155615&caixaBusca=N>>. Acesso em: 7 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 240.096-2 RJ.** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 6 de mai. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 319.181-1 DF.** Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 6 de mai. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 361.829-ED.** Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 02 de mar. de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 405579.** Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 01 de dez. de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 07 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 460971 RS.** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de mar. de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343 SP.** Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dez. de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 7 de abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 482.090 SP.** Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 18 de jun. de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 544.246-2 SE**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 14 de mai. de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Hábeas Corpus n. 107264**. Relator: Ministr Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de abr. de 2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609492>>. Acesso em: 01 jan. 2011.

BRUST, Leo. **A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas**. Rev. direito GV [online]. 2009, vol.5, n.2, pp. 507-526. ISSN 1808-2432. Disponível em <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv10/14.pdf>> Acesso em 12 de dez. de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires, **Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal. In MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. **Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito**. São Paulo: Malheiros, p. 105-147, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**. 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Derechos fundamentales. Concepto y garantías**. Madrid: Trotta, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS, Ives Gandra. Impacto da Súmula Vinculante nº 10. **Gazeta Mercantil**, Brasil, 14 jul. 2008. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=476445>> Acesso em 16 jun. 2010.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO – Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. V. 1. São Paulo: Saraiva, p. 305-378, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 1.0024.05.646547-9/001**. Relator: Desembargador Alexandre Vitor de Carvalho. Belo Horizonte, 13 de mai. de 2008. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&txt\\_processo=646547&complemento=1&sequencial=0](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&txt_processo=646547&complemento=1&sequencial=0)>. Acesso em: 28 fev. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 476 a 656. Vol. V. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

QUEIROZ, Paulo. **A propósito do art. 273, §1º-B, do Código Penal**. [on line]. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/a-proposito-do-art-273-%C2%A71%C2%B0-b-do-codigo-penal/>. Acesso em: 27 fev. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Consulta de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e incidentes de inconstitucionalidade**. Disponível em: <[http://www.mp.rs.gov.br/adins/mostra\\_processo?numero=15936&ano=2005](http://www.mp.rs.gov.br/adins/mostra_processo?numero=15936&ano=2005)>. Acesso em 15 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Ministério Público. **Parecer ministerial**. Agravo em execução n. 70034296996. Disponível em <[http://www.mp.rs.gov.br/adin\\_arquivo?tipo=pareceres&param=75022,70034296996\\_001.DOC,2010,327](http://www.mp.rs.gov.br/adin_arquivo?tipo=pareceres&param=75022,70034296996_001.DOC,2010,327)> acesso em: 6 de jul. de 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70031580608.** Órgão Especial. Relator: Desembargador João Carlos Branco Cardoso. Porto Alegre, RS, 23 nov. 2009. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução n. 70033459736** . Relator: Desembargador José Antônio Hirt Preiss. Porto Alegre, RS, 27 jan. 2010. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_) >. Acesso em: 16 jun. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70001904168.** Relator: Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo. Porto Alegre, RS, 14 mai. 2003. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70006855142.** Relator: Desembargador Luís Gonzaga da Silva de Moura. Porto Alegre, RS, 26 nov. 2003. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 70007387608.** Relator: Desembargador Aramis Nassif. Porto Alegre, RS, 11 fev. 2004. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 7 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70007597412.** Oitava Câmara Criminal. Relator: Desembargador Tupinambá Azevedo. Porto Alegre, RS, 18 fev. 2004. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70007633167.** Oitava Câmara Criminal. Relator: Desembargador Marco Antônio de Oliveira. Porto Alegre, RS, 3 mar. 2004. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70027802032.** Relator: Desembargador Aramis Nassif. Porto Alegre, RS, 14 abr. 2010. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70028735504.** Relator: Desembargador Mario Rocha Lopes Junior. Porto Alegre, RS, 16 abr. 2009. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70029742921.** Relatora: Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, RS, 27 ago. 2010. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?) >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70030140867.** Relatora: Desembargadora Isabel de Borba Lucas. Porto Alegre, RS, 25 nov. 2009. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/) >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70032551905.** Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, RS, 28 out. 2010. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.) >. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70034565549.** Relator: Desembargador Mario Rocha Lopes Junior. Porto Alegre, RS, 25 mar. 2010. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 11 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70034403071**. Relator: Desembargador Mario Rocha Lopes Junior. Porto Alegre, RS, 25 mar. 2010. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 11 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 70044397339**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargadora CATARINA RITA KRIEGER MARTINS. Porto Alegre, RS, 14 des. 2011. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 01 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. 22ª Câmara Cível. **Arguição de Inconstitucionalidade n. 70012922118**. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em 21 de jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Embargos Declaratórios n. 70046384103**. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, RS, 11 dez. 2011. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 7 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 70043375161**. Relator: Desembargador Ícaro Carvalho de Bem Osório. Porto Alegre, RS, 14 jul. 2011. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/) >. Acesso em: 07 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. **Incidente de Inconstitucionalidade n. 70034296251**. Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 17/05/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em 07 de jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Relatórios de Prestação de Contas dos Anos 2000 a 2011**. Relatórios estatísticos. Sistema TJP – PROCERGS. Disponível em: < <http://transparencia.tjrs.jus.br/relatorios/index.php> >. Acesso em 29 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Recurso Crime n. 71002438448**. Relatora: Desembargadora Laís Ethel Corrêa Pias. Porto Alegre, RS, 15 mar. 2010. Disponível em: < [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_) >. Acesso em: 16 jun. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Parecer jurídico sobre o cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no caso em que se requer a interpretação conforme à Constituição dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal**. [on line]. Disponível em: < [www.cleveadvogados.com.br/arquivos/parecer-adpf-feto-anencefalico.doc](http://www.cleveadvogados.com.br/arquivos/parecer-adpf-feto-anencefalico.doc) > Acesso em: 5 ago. 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STEIN, Ernildo. Prefácio. In STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. [online] Disponível na Internet via [www.url](http://www.url): <<http://leniostreck.com.br>>. Última atualização em 3 de setembro de 2007.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2009.