

RECLAMAÇÃO 20.949 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
RECLTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : MARCIA DUARTE ROCHA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO: Trata-se de reclamação na qual se sustenta que o ato judicial ora questionado – **emanado** do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – **teria desrespeitado** o enunciado constante da Súmula Vinculante nº 10/STF, que possui 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.”
(grifei)

Aduz, em síntese, a parte ora reclamante, para justificar a alegada transgressão ao referido enunciado vinculante, **as seguintes considerações:**

“O acórdão embargado deixou de aplicar ao caso concreto o artigo 44, inciso I, do Código Penal, em nome do princípio da proporcionalidade. (...):

.....
Ocorre que, como é sabido, é vedado aos órgãos fracionários dos Tribunais Estaduais, por força da cláusula de reserva de plenário (‘full bench’) do artigo 97 da Constituição Federal de 1988,

proceder ao controle de constitucionalidade de dispositivos legais editados sob a sua égide – como é o caso do aludido artigo 44, I, do Código Penal – sem a instauração do incidente disciplinado pelos artigos 480, 481 e 482 do Código de Processo Civil.

No caso presente, reitera-se, o acórdão afastou a incidência de dispositivo (artigo 44, inciso I, do Código Penal) absolutamente constitucional, com base em argumento extraído da Constituição Federal (princípio da proporcionalidade).” (grifei)

Busca-se, nesta sede processual, “(...) *a cassação da decisão que afastou a aplicação do artigo 44, inciso I, do Código Penal, para a devida instauração de incidente de inconstitucionalidade (...)*” (grifei).

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **opinou pela improcedência** da presente reclamação.

Sendo esse o contexto, passo ao exame do pedido formulado nesta sede reclamationária. E, ao fazê-lo, observo que os elementos produzidos na presente reclamação evidenciam a alegada transgressão ao enunciado da Súmula Vinculante nº 10/STF, revelando-se suficientes para justificar, na espécie, o acolhimento da pretensão deduzida pelo reclamante.

Cumpre destacar, por necessário, **que referida** súmula vinculante foi **aprovada** em razão da orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte **firmou** na matéria em análise:

“I. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quórum qualificado (Constituição, art. 97): 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.”*

(**RE 240.096/RJ**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

É importante acentuar que o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência (**RE 432.597-AgR/SP e AI 473.019-AgR/SP, ambos** relatados pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE), **considera** “*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”* (**RTJ 169/756-757**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei).

Na realidade, esta Suprema Corte tem entendido equivaler à própria declaração de inconstitucionalidade o julgamento que, **sem declará-la**, explícita e formalmente, vem a recusar aplicabilidade ao ato do Poder Público **sob alegação** de conflito com critérios **resultantes** do texto constitucional.

Como se sabe, a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal **ou, onde houver**, dos integrantes do respectivo órgão especial, **sob pena de absoluta nulidade** da decisão emanada **do órgão fracionário** (Turma, Câmara **ou** Seção).

É preciso ter presente, por necessário, que o respeito ao postulado da reserva de plenário – consagrado **pelo art. 97** da Constituição (**e introduzido**, em nosso sistema de direito constitucional positivo, pela Constituição de 1934) – **atua como verdadeira condição de eficácia jurídica** da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, **consoante adverte o magistério da doutrina** (LÚCIO BITTENCOURT, “O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis”, p. 43/46, 2ª ed., 1968, Forense; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 2/209,

1992, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, “**Constituição do Brasil Interpretada**”, p. 1.424/1.440, 6ª ed., 2006, Atlas; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Curso de Direito Constitucional Positivo**”, p. 50/52, item n. 14, 27ª ed., 2006, Malheiros; UADI LAMMÊGO BULOS, “**Constituição Federal Anotada**”, p. 939/943, 5ª ed., 2003, Saraiva; LUÍS ROBERTO BARROSO, “**O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**”, p. 77/81, itens ns. 3.2 e 3.3, 2004, Saraiva; ZENO VELOSO, “**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**”, p. 50/51, item n. 41, 1999, Cejup; OSWALDO LUIZ PALU, “**Controle de Constitucionalidade**”, p. 122/123 e 276/277, itens ns. 6.7.3 e 9.14.4, 2ª ed., 2001, RT, v.g.).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *por sua vez, tem reiteradamente proclamado* que a desconconsideração do princípio em causa gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, emanada de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal (RTJ 58/499 – RTJ 71/233 – RTJ 110/226 – RTJ 117/265 – RTJ 135/297) ou, então, “*embora sem o explicitar*”, haja afastado “a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição” (RTJ 169/756-757, v.g.).

As razões subjacentes à formulação do postulado constitucional do “*full bench*”, excelentemente identificadas por MARCELLO CAETANO (“**Direito Constitucional**”, vol. II/417, item n. 140, 1978, Forense), justificam a advertência dos Tribunais, cujos pronunciamentos – ênfatizando os propósitos teleológicos visados pelo legislador constituinte – acentuam que “A inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público só pode ser decretada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, em sessão plena” (RF 193/131 – RTJ 95/859 – RTJ 96/1188 – RT 508/217).

Não se pode perder de perspectiva, *por isso mesmo, o magistério jurisprudencial* desta Suprema Corte, cujas decisões assinalam a alta

significação político-jurídica **de que se reveste, em nosso ordenamento positivo, a exigência constitucional da reserva de plenário:**

“Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no artigo 97 da Constituição da República.

Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno.”

(RTJ 150/223-224, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vale referir, bem por isso, ante a pertinência de seu conteúdo, trecho da decisão que o eminente Ministro DIAS TOFFOLI **proferiu** no âmbito da **Rcl 13.038/RS**, de que foi Relator:

“A situação trazida à presente reclamação vai de encontro com o teor da Súmula Vinculante nº 10 desta Corte, pois, como visto, o acórdão reclamado, proveniente de órgão fracionário daquele Tribunal de Justiça estadual, ao deixar de aplicar o disposto no art. 44, inciso I, do Código Penal à espécie, violou expressamente o disposto no art. 97 da Constituição Federal.”(grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas e com apoio em delegação regimental (RISTE art. 161, parágrafo único, na redação dada pela Emenda Regimental nº 13, de 25/03/2004), julgo procedente a presente reclamação, para invalidar o ato judicial ora impugnado (Apelação Crime nº 70063264683), determinando, em consequência, que o E. Tribunal de Justiça local julgue, como entender de direito, o

RCL 20949 / RS

mencionado recurso, **observada**, *na espécie*, **a regra** inscrita no art. 97 da Constituição da República.

Comunique-se, *com urgência*, **transmitindo-se cópia** da presente decisão ao E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (**Apelação Crime** nº 70063264683) e ao eminente Procurador-Geral de Justiça dessa mesma unidade da Federação.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 08 de outubro de 2015.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator