

O Superior Tribunal de Justiça no exercício do controle difuso de constitucionalidade

*Sentclair Marinho Assis*¹

Resumo: Este artigo tem como objetivo examinar o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que impede o seu pleno exercício do controle difuso de constitucionalidade. Após um sucinto relato do caso que resultou no julgamento paradigma, analisamos os fundamentos jurídicos empregados no entendimento da Corte Especial. Em seguida, trabalhamos os argumentos consolidados na jurisprudência do STJ a fim de evidenciar os equívocos cometidos pelo Tribunal. Por fim, tecemos algumas críticas com o intuito de demonstrar que a jurisprudência deve ser reformada para solucionar o entrave criado.

Abstract: This article aims to examine the jurisprudence of the Brazilian Superior Court of Justice which is avoiding its competence to declare the unconstitutionality of federal law. After a brief account of the case that resulted in the paradigm, we analyze the legal basis used to form the understanding of the Court. Therefore, the paper performs in order to highlight the misconceptions committed by the Court. Finally, we overcome the precedent in order to demonstrate that our view should be prevailed.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; controle difuso ou incidental; recurso especial

Keywords: Constitutional jurisdiction; diffuse control of constitutionality; special appeal to the Superior Court of Justice

¹ Estudante de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

1. Introdução

Após a emenda constitucional n. 16/65, a qual instituiu a representação de inconstitucionalidade sobre normas estaduais e federais, o controle abstrato passou, de fato, a fazer parte do sistema brasileiro. Desde então, a jurisdição constitucional pátria começou efetivamente a aceitar a coexistência dos dois sistemas clássicos de controle, permitindo sua efetivação tanto pela via concreta quanto pela via abstrata.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe com ela o marco da ampliação do rol de legitimados para propositura de ações diretas, promovendo uma ruptura em face das Constituições anteriores, que conferiam ao Procurador-Geral da República o monopólio sobre as vias diretas de controle.

Com o advento de institutos como a repercussão geral, introduzida pela EC n. 45/04, bem como mediante a possibilidade de suspensão da aplicação de uma norma via pedido de cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, a doutrina vislumbra uma abstrativização do modelo misto de controle vigente no Brasil, que passou a tender mais para o controle abstrato.

Com essa tendência de dessubjetivação do controle concreto no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a via abstrata consolida cada vez mais sua importância, e os incidentes de inconstitucionalidade suscitados fora do âmbito do Supremo aparentemente vêm perdendo relevância. É possível dizer que estamos firmando uma cultura em que o controle concreto ganha importância tão somente quando a questão de fundo constitucional chega ao STF pela via do Recurso Extraordinário, oportunidade em que uma declaração de inconstitucionalidade de lei com eficácia *inter partes* pode ser dotada de efeito *erga omnes*.²

2

Através da Rcl 4.335, cujo julgamento ainda não se completou, está em discussão no Supremo Tribunal Federal qual seria a melhor interpretação para o papel do Senado em face do disposto no art. 52, X da Constituição Federal. Até o momento sabemos que o Min. Relator Gilmar Mendes entende que a condição do Senado Federal é apenas tornar pública decisão do Supremo que declara lei inconstitucional. Segundo o mesmo, encontra-se superado o entendimento sobre a necessidade da declaração do Senado a fim de dotar efeito *erga omnes* à decisão que julga RE (controle concreto) cujo efeito era somente *inter partes*, diante da possibilidade conferida ao Supremo de modular os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade em qualquer que seja a via utilizada para levar a questão a conhecimento do STF.

Nesse sentido, o referido recurso constitucional consolida-se como o principal meio de levar ao conhecimento do STF questão relativa a algum vício de norma em face da Constituição. Destarte vários requisitos de admissibilidade formal e material, atualmente o RE deve passar pelo crivo da repercussão geral para que enfim possa ser julgado.

Impõe-se a transposição da barreira calcada pela repercussão geral mediante a demonstração de que a causa supera os interesses subjetivos dos recorrentes e, a partir dela é possível propiciar uma uniformização de entendimento entre causas assemelhadas. Desde então, o recurso tem seus contornos ampliados e ganha feição abstrata. Dessa forma, desprende-se tão só da pretensão das partes ante o entendimento de que a causa de pedir é aberta e torna-se suscetível ao uso de várias técnicas de decisão, permitindo a modulação prévia dos efeitos que venha a produzir no ordenamento.

Assim, mostra-se plausível alegar que os órgãos judiciais têm postergado a competência que lhes cabe de realizar o controle de forma incidente, relegando a jurisdição constitucional exclusivamente a cargo do Supremo. Com efeito, tudo parece convergir, cada vez mais, no sentido de promover uma especialização do STF como Corte Constitucional. Observe-se que é nesse sentido a vontade do Ministro relator do precedente que será fruto de análise por este artigo, como resta bem claro no seguinte trecho extraído do seu voto: “Do Supremo esperar-se-ia, como alhures se esperou, se substituísse ao poder moderador. Melhor ficaria se transformado em Corte Constitucional, exclusivamente.”

Nesse contexto, fazemos a seguinte pergunta: no que tange ao exercício da jurisdição constitucional, qual é o comportamento da maior Corte Superior do país, o Superior Tribunal de Justiça? É este o propósito primordial deste artigo, propiciar uma análise da jurisprudência pacificada pelo STJ, aplicada continuamente nos julgamentos de arguição de declaração de inconstitucionalidade em recurso especial.

Acreditamos que a decisão acordada pelo Tribunal no julgamento que hoje é tido como paradigma pode revelar um condicionamento estratégico da Corte ao tomar sua posição. Basta nos atentarmos para o mérito do recurso que gerou o incidente de inconstitucionalidade, cujo cerne da matéria envolvia questão bastante tormentosa: a

legalidade/constitucionalidade da taxa SELIC, cuja aplicação é corriqueira por parte do judiciário, que a tem adotado, por exemplo, como índice para fixação de juros de mora, quando não convencionados (artigo 406 do Código Civil).

Nesse passo, tendo em conta o desfecho do julgamento do AI no REsp n. 215.881/PR, não é de todo irrelevante fazer uma ponderação acerca da situação dos Ministros ao não declarar a inconstitucionalidade da taxa SELIC - declarando sua constitucionalidade por vias transversas e argumentos de lógica processual -. Contudo, nos limitamos a fazer esse apontamento apenas para não passar a margem da questão, bem como a fim de elucidar o contexto decisório no qual a Corte se envolveu.

Por outro lado, o que mais nos interessa no presente ensaio são menos as questões políticas por trás desse entendimento apossado pelos ministros da Corte Especial; mas, sobretudo os argumentos que foram empregados nos votos para consolidar essa jurisprudência, bem como o fato de ela continuar sendo utilizada há aproximadamente dez anos como óbice diante de uma eventual declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal.

2. O cerne da questão impugnada pelo recurso especial do qual foi suscitado a arguição de inconstitucionalidade.

O caso concreto trata de ação de repetição de indébito ajuizada por alguns proprietários de veículos automotores contra a União Federal. O objetivo da demanda era angariar a restituição dos valores recolhidos pela União por meio de empréstimo compulsório - tributação prevista no artigo 148 da Constituição Federal - sobre a venda de gasolina e álcool, estabelecido pelo Decreto-Lei n. 2.288, de 23 de julho de 1986.

A ação foi julgada parcialmente procedente. Na parte em que se concedeu o pedido, foi determinada a condenação da União Federal para restituir as quantias recolhidas de maneira indevida a título de empréstimo compulsório desde 11/06/1987, adotando como base de cálculo o consumo médio dos veículos, corrigidas monetariamente com base em vários índices financeiros, entre eles a taxa SELIC.

Irresignada com o feito, a Fazenda Nacional interpôs recurso de apelação. Não conformada com o julgamento do Tribunal local ingressou na via especial do STJ, com

amparo na aliena “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal impugnando a aplicação da taxa SELIC a partir de 01/01/96, sob a alegação de não ser cabível a utilização da referida taxa em se tratando de discussão sobre repetição de indébito tributário relativo a empréstimo compulsório.

Sobreveio o apelo especial distribuído ao ministro Franciulli Neto, que suscitou a arguição de inconstitucionalidade, acolhida pela turma e submetida a julgamento pela Corte Especial, em respeito aos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil - que regulam o procedimento, em caso de julgamento de questão incidente de cunho constitucional -, bem como ao artigo 97 da Constituição Federal, que estabelece a cláusula de reserva de plenário.

3 O julgamento paradigma da Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial n. 215.881/PR

O então relator para o acórdão da arguição de Inconstitucionalidade, Min. Nilson Naves, iniciou o voto condutor fazendo uma construção histórica do controle de constitucionalidade no Brasil. A princípio, ao narrar a evolução do controle constitucional no país, admite que a possibilidade de verificar se há conformidade das leis face à Constituição é um poder dever a disposição de qualquer juiz, desde que o sistema norte-americano – difuso – de controle começou a ser usado no Brasil, com sua adoção pela Constituição de 1891.

Expõe ainda que a competência para exercer a jurisdição constitucional não se restringe ao Supremo Tribunal Federal, levando-se em conta a prerrogativa que o sistema difuso confere a qualquer órgão judicial para exercer o controle do ordenamento em relação à Constituição. Dessa forma, é permitido que a questão constitucional seja levantada de maneira incidental a qualquer tempo e grau de jurisdição, tanto de ofício pelo juiz, quanto pela parte interessada.

A fundamentação chega ao contexto da Constituição Federal de 1988, com ressalvas à criação do Superior Tribunal de Justiça, ao qual é delegada a competência para apreciar toda matéria de cunho infraconstitucional, descentralizando do STF parte da competência que lhe era incumbida.

Desse momento em diante o voto começa a construir o cerne da tese em que se ampara: a cisão de competências subdividida em contencioso constitucional e infraconstitucional. Assim, dentro da competência assegurada constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça pelo artigo 105: ao agir com fundamento nos incisos I e II desse permissivo constitucional, o STJ disporia de competência ampla – infraconstitucional e constitucional – para apreciar as demandas, uma vez que, segundo o Ministro, somente dos julgados provenientes das competências originárias e ordinárias seria sempre cabível o Recurso Extraordinário.

Dessa forma, apenas em julgamentos com base nesses dois primeiros incisos – lastreados em competência originária e recursal ordinária - é que o contencioso constitucional, atinente a todos os órgãos judiciais, poderia ser atribuído ao STJ.

Não obstante, o Ministro Nilson Naves entende que à Corte Especial não compete declarar a inconstitucionalidade de uma norma suscitada a partir de um Recurso Especial, vez que, segundo a cisão, o inciso III do permissivo constitucional - o qual determina a competência do STJ para julgar recurso especial - seria incompatível com o contencioso constitucional.

Passa-se, então, a questionar como a turma deveria proceder para completar o julgamento do recurso especial caso fosse acolhida uma arguição de inconstitucionalidade; pois, uma vez acolhido o incidente de fundo constitucional, aduz que não haveria como o órgão fracionário continuar com o julgamento a fim de apreciar o mérito do recurso especial, nos moldes determinados pela cláusula de reserva de plenário.

O Ministro começa então a delinear as hipóteses em que seria cabível a arguição de inconstitucionalidade perante o Superior Tribunal de Justiça. Narra que a idéia para construir seu entendimento declinado no precedente em análise surgiu com o Ministro Athos em meio a julgamento de um incidente de inconstitucionalidade em outro caso, em que o tribunal de origem deixou de aplicar determinada norma de lei federal. Então, o Ministro Athos visualizou uma obrigatoriedade de se enfrentar a inconstitucionalidade da referida norma; pois, caso contrário, teria necessariamente de ser dado provimento ao Recurso Especial proposto com amparo nessa norma.

A fim de melhor elucidar a lógica do Min. Athos, apossada pelo Min. Naves, tomemos o seguinte exemplo: um Tribunal de Justiça estadual aplicou uma norma de lei federal qualquer (cuja constitucionalidade não era, até então, contestada) para julgar um recurso de apelação. Insatisfeita, a parte vencida na segunda instância interpõe Recurso Especial objetivando que a referida norma não mais seja aplicada para, assim, sagrar-se vencedora em seu pedido. Todavia, caso a Corte Especial do STJ acolha uma arguição de inconstitucionalidade da referida norma em questão, quando do retorno do acórdão lavrado pela Corte Especial para que o julgamento do recurso prossiga, o Ministro incumbido de julgá-lo teria como única solução disponível dar provimento ao recurso, uma vez que o acórdão recorrido teria, obrigatoriamente, de ser reformado para deixar de aplicar norma inconstitucional.

Assim, após o retorno do recurso especial para o órgão fracionário competente (uma Turma, no caso do STJ), o Min. Nilson Naves assevera que não haveria como dar continuidade ao julgamento do recurso a fim de resolver o mérito do mesmo, e a esse teria de ser negado conhecimento.

São essas as razões que embasaram o entendimento do eminente Min. Nilson Naves no lançamento dessa jurisprudência, já adotada há quase dez anos nos julgamentos de questões incidentes de fundo constitucional.

Em resumo, o precedente em tela cristalizou instrução no seguinte sentido: a arguição de inconstitucionalidade julgada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça não poder ser acolhida caso venha a beneficiar a parte que interpôs o recurso especial o qual gerou o levantamento do incidente.

4 O controle incidental no Direito brasileiro

A Constituição de 1894, com forte influência francesa, outorgou ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las e revogá-las”. É a partir de 1891, sob a égide do regime Republicano, somada à forte influência do Direito norte-americano e mediante a contribuição de personalidades como Rui Barbosa, que é consagrado o modelo difuso de controle, já previamente estabelecido pelo Decreto n.

848 de 1890, com ressalva à necessidade de que o incidente de inconstitucionalidade fosse provocado por algum dos litigantes.

Em 1934 foram introduzidas alterações significativas no âmbito do nosso sistema de controle: a cláusula de reserva de plenário e o papel do Senado para conferir eficácia *erga omnes* às decisões com eficácia *inter partes*; institutos mantidos na Constituição Federal de 1988, calcados nos artigos 97 e 52, X, respectivamente.

Não obstante a influência norte-americana na formação do controle de constitucionalidade brasileiro, hoje possuímos o que se chama de controle misto. Contudo, atualmente vislumbra-se uma obsolescência diante das diferenças existentes entre os dois sistemas clássicos de controle, como previamente abordado na introdução deste texto. Dessa forma, hodiernamente, a principal característica do controle concreto ou incidental aparenta ser o surgimento da questão de maneira *incider tantum*, durante o transcurso do processo. A arguição pode ser feita a qualquer tempo pelas partes ou *ex officio*, cabendo “naturalmente ao relator, ao eventual revisor ou qualquer outro membro do órgão formulá-la”³ durante a sessão de julgamento do órgão fracionário.

Quanto aos órgãos competentes para exercer o controle difuso, foi mantida a tradição constitucional pátria de maneira ampla e irrestrita, em que o controle de constitucionalidade concreto ou incidental “[...] é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência.”⁴ Neste ponto, cabe ressaltar que o Regimento Interno do STJ assevera de forma expressa a competência da Corte para exercer o controle difuso. É a redação do artigo 11, IX: compete à Corte Especial processar e julgar “as arguições de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitadas nos processos submetidos ao julgamento do Tribunal”.

No controle incidental a arguição de inconstitucionalidade não pode ser o objeto principal da lide. Deve ser, portanto, questão prejudicial, ou de outro modo estar-se-ia invadindo seara exclusiva das ações diretas, sob pena de julgamento de constitucionalidade em abstrato. No exercício do sistema difuso, então, o controle é

³

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume 5: Arts. 476 a 565. 15ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁴

BITTENCOURT, Carlos Alberto. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, cit., p. 36-37 e 46.

feito de maneira prévia ao julgamento do feito. Para tanto, o órgão julgador deve entender ser indispensável ao julgamento do mérito analisar a questão incidental para afastar a aplicação da norma ao caso concreto em virtude do seu vício de inconstitucionalidade.

O Código de Processo Civil dispõe de um capítulo com disciplina específica para o procedimento a ser adotado no controle difuso, consoante a inteligência dos artigo 480 e seguintes.

Nesse sentido, passemos à exposição do procedimento específico que os tribunais devem observar a fim de realizar o controle difuso:

1. Suscitada a questão *incider tantum*, o relator, após ouvir o Ministério Público (exceto se a arguição tenha sido feita pelo próprio *parquet*), deve submetê-la ao órgão fracionário do qual é integrante.
2. Terá prosseguimento normal o feito se rejeitada a arguição; caso acolhida deverá ser lavrado acórdão para ser levado a julgamento pelo Pleno ou por órgão especial.
 - 2.1. É a cisão funcional imposta pelo art. 97 da CF/88: o julgamento segue em duas etapas, dividido entre órgãos fracionário e especial; Para que a arguição de inconstitucionalidade seja acolhida pelo Pleno, deve obter-se maioria absoluta de votos.
3. A decisão do Plenário é irrecorrível e vincula o órgão fracionário; após a publicação do acórdão proferido no julgamento do Pleno, o processo retorna ao órgão fracionário onde deve prosseguir o julgamento do mérito.

Ademais, o Título VI (artigos 199, 200 e parágrafos) do Regimento Interno do STJ é dedicado a regular, sem dispensar o procedimento acima exposto, o trâmite da arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo dentro da Corte Especial.

Cumprе fazer algumas observações relevantes.

O STF entende que o acórdão proferido pelo Pleno deve ser juntado aos autos sob pena de não conhecimento de eventual Recurso Extraordinário que venha a ser interposto.

Caso o Supremo já tenha se pronunciado acerca da lei questionada no incidente, o órgão fracionário pode dispensar a cisão funcional da cláusula de reserva de plenário, como dispõe o parágrafo único do art. 481 do CPC, bem como a jurisprudência do STF.

Ressalte-se, por fim, a edição da Súmula Vinculante n. 10, que preceitua: “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.”

5. Cabimento de Recurso Especial

A crise do recurso extraordinário foi resultado da enorme quantidade de recursos encaminhados ao STF, bem como da elevada quantidade de óbices regimentais e jurisprudenciais que estreitavam o caminho percorrido pelos recursos, os quais muitas vezes sequer chegavam a ser julgados. Muito em razão dessa situação o poder constituinte de 1988 concebeu o Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de transferir ao mesmo algumas funções antes exercidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A cargo do novo Tribunal Superior coube, preponderantemente, a competência de cuidar da uniformização da interpretação de todo o direito infraconstitucional, com a intenção precípua de não deixar que o direito federal seja particularizado, ganhando contornos de direito local a depender da unidade da federação onde é tratado. Nesse passo, foi instituído o recurso especial como a principal via processual para se alcançar a apreciação do STJ.

Nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial é cabível contra as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

O dispositivo constitucional revela que o recurso especial não é meio adequado para impugnar violação à legislação local, limitando-se apenas à negativa de vigência de lei federal. Não é também via idônea para suscitar injustiça proveniente de apreciação

de fatos e provas, sendo vedado ao STJ incorrer no reexame dessas questões, conforme o enunciado da famosa súmula 7/STJ. Nada obstante, é lícito fazer nova qualificação jurídica, atribuir outra valoração aos fatos já apreciados, consoante a moldura fática delineada nos julgados das instâncias ordinárias.

Do permissivo constitucional é possível depreender ainda que: “*não cabe recurso especial contra decisão proferida por juiz de primeiro grau*, até mesmo quando o **decisum** não é impugnável mediante recurso para Tribunal de segundo grau”⁵. É que a Constituição Federal concebe o recurso especial como ferramenta para impugnar apenas julgados de tribunais – órgãos colegiados –, conforme se infere da redação do inciso III do artigo 105. Todavia, não cabe recurso especial de decisão de turma recursal, conforme o enunciado sumular n. 203 do STJ.

Importante ressaltar que o cabimento do especial está sujeito ao esgotamento de todas as vias recursais previamente disponíveis. Portanto, decisões monocráticas impugnáveis por agravo regimental, assim como acórdãos passíveis de oposição de embargos infringentes não possuem o condão de proporcionar a abertura da via especial.

Da expressão “causas decididas” (art. 105, III, CF) encontra-se o fundamento constitucional no qual reside a obrigatoriedade do prequestionamento, que consiste na exigência de que a questão de direito levantada no recurso tenha sido objeto de análise prévia na decisão proferida nas decisões pelas instâncias ordinárias. Não basta que a parte recorrente tenha simplesmente suscitado o tema perante o tribunal *a quo*, mesmo que à exaustão. É imprescindível que a matéria tenha sido, de fato, decidida no acórdão recorrido.

Nesse sentido é o enunciado n. 211 do STJ, que menciona ser insuficiente a mera oposição de embargos de declaração visando efeitos de prequestionamento. É obrigatório que o tribunal local trate de ventilar a matéria no julgamento do acórdão guerreado. Ainda, nos termos da súmula 320/STJ, se as questões levantadas tiverem sido tratadas apenas pelo voto vencido não é preenchida a condição do prequestionamento.

5

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

O recurso especial tem efeito devolutivo limitado, uma vez que o STJ não é investido de cognição quanto à matéria de fato, como já mencionado. Ainda quanto aos efeitos produzidos:

“(...) não produz efeito suspensivo. Por conseguinte, o acórdão recorrido tem eficácia imediata, razão pela qual pode ser executado desde logo. Em regra, é provisória a execução na pendência de recurso especial, consoante a inteligência dos artigos 475-I, § 1º, segunda parte, e 587, segunda parte, ambos do Código de Processo Civil”.⁶

Basicamente, vislumbram-se quatro possibilidades de abordagem na fundamentação das decisões proferidas pelas Cortes ordinárias: i) fundamento em direito local; ii) fundamento exclusivamente constitucional; iii) fundamento exclusivamente infraconstitucional; iv) fundamento constitucional e infraconstitucional.

Em face das hipóteses “i” e “ii”, não cabe recurso especial. A respeito do primeiro caso, o permissivo constitucional é claro quanto à necessidade de tratar-se de impugnação de lei federal. É inadmissível o uso do recurso especial a fim de impugnar norma de direito local, consoante o enunciado sumular n. 280 do STF. Nada obstante, a jurisprudência admite casos de violação reflexa de direito local em face de violação a direito federal. Na segunda hipótese, estar-se-ia invadindo seara exclusiva do Recurso Extraordinário, cuja competência para processar e julgar reside no âmbito da Corte Suprema.

O item “iii” é a hipótese por excelência de interposição de recurso especial. Em razão da distribuição de competências conferida pela Constituição Federal, no caso “iv” devem ser interpostos simultaneamente recurso especial e recurso extraordinário. A não-interposição de recurso extraordinário faz incidir a súmula 126/STJ (“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.”) Quando o Recurso Extraordinário não é admitido pelo tribunal de origem, e o recorrente não agrava a decisão que inadmitiu o recurso, é igualmente aplicado o óbice da referida súmula.

6

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

Neste último caso, a ordem de julgamento a ser observada, a princípio, é: primeiro o especial; depois, se não restar prejudicado, o extraordinário. Fica este prejudicado no caso de o STJ dar provimento ao especial para reformar ou anular o acórdão recorrido. Se o provimento do especial for parcial, é possível que ainda exista interesse do recorrente no julgamento do extraordinário.

Contudo, essa ordem de julgamento não é inalterável, conforme menciona Barbosa Moreira ao comentar o art. 543, § 2º do CPC: “Considerando o relator do recurso especial que o recurso extraordinário é prejudicial daquele, sobrestará, por decisão irrecorrível, o julgamento do especial e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para que julgue o extraordinário”.⁷

6. Críticas pertinentes aos fundamentos expostos no acórdão em comento

6.1 A competência do STJ para realizar o controle difuso de constitucionalidade

O item 3 do presente artigo cuidou de relatar o caso paradigma. Como pode ser observado, um dos argumentos vencedores apresentados no voto condutor diz respeito à interpretação restritiva do art. 105, III, da Constituição Federal. De acordo com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça não dispõe de contencioso constitucional em sede de recurso especial; apenas em casos restritos, em razão da necessidade imposta por outro argumento desse mesmo voto, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade precisar favorecer a parte recorrida.

Cuidarei de analisar separadamente tais argumentos: competência constitucional e eventual parte que deva ser beneficiada. Primeiramente, trataremos do exercício da jurisdição constitucional por meio do recurso especial.

No ponto n. 5, foi mostrado que a tradição constitucional brasileira, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade das leis, sempre concedeu a qualquer juiz o poder-dever de afastar a incidência de uma lei inconstitucional. Foi visto também que o próprio Regimento Interno do STJ prevê, em seu art. 11, IX, a competência da Corte Especial para julgar arguições de inconstitucionalidade no recurso especial, bem como

7

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume 5: Arts. 476 a 565. 15ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

os arts. 199 e 200 do regimento preveem o procedimento a ser seguido pela arguição dentro do Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal reconhece que o controle difuso de constitucionalidade é conferido de forma ampla a todos os órgãos judiciais, como é possível observar no julgamento do AI 145589 AgR pelo Tribunal Pleno, em que o Min. Sepúlveda Pertence, relator do caso, fez por bem explicar a situação do STJ dentro desse quadro:

Não se trata de contestar a evidência de que, no âmbito do sistema difuso do controle de constitucionalidade, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício. O que não é dado, porém, àquela alta Corte é rever a decisão da questão constitucional do tribunal inferior.

O STJ pode e deve, de fato, realizar o controle de constitucionalidade das leis, como asseverou o Min. Franciulli Neto durante o julgamento da arguição que virou paradigma dentro da Corte, e cujo trecho a seguir resume bem o cerne da questão a respeito da competência da Corte para realizar o controle:

Em resumo, o artigo 105 da Constituição Federal não pode ser interpretado em dissonância com o artigo 97, igualmente da Carta Política de 1988, que não abre qualquer exceção à possibilidade de ser a matéria apreciada por todos os tribunais do país, incluído, repita-se, o Superior Tribunal de Justiça, que, por seu turno, vem arrolado no artigo 92, inciso II, da Constituição Federal, como órgão do Poder Judiciário.

Esse controle não pode, contudo, ser feito de qualquer forma, é preciso que o Tribunal respeite algumas condições para não fugir dos limites da sua competência, sob pena de adentrar em seara privativa do Supremo. Mas quais seriam então esses limites?

Quanto à competência originária e recursal ordinária (recursos com efeito devolutivo amplo), existe consenso entre a tese do voto vencedor e a nossa opinião, bem elucidada nos dizeres de Luis Roberto Barroso:

“O Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais do país, pode desempenhar o controle incidental de constitucionalidade, deixando de aplicar as leis e atos normativos que repute incompatíveis com a Constituição. É certo, contudo, que tal faculdade será, como regra, exercida nas causas de competência originária (CF, art. 105, I) ou naquelas que lhe caiba julgar mediante recurso ordinário (CF, art. 105, II). E essas decisões, quando envolverem questão constitucional, caberá recurso extraordinário.”⁸

O ponto de controvérsia reside especificamente no inciso III do art. 105 da Constituição Federal, que trata especificamente do recurso especial. A compatibilidade desse dispositivo com o contencioso constitucional é questionada pela tese vencedora da jurisprudência criada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em geral, a função do recurso especial é restringida a questionamentos de ordem infraconstitucional, mas esse fato não retira o exercício do controle de constitucionalidade do STJ, como podemos perceber, mais uma vez, à luz do seguinte trecho da obra de Barroso:

“No normal das circunstâncias, não haverá discussão de matéria constitucional em recurso especial, cujo objeto, como visto, cinge-se às questões infraconstitucionais. A menos que a questão constitucional tenha surgido posteriormente ao julgamento pelo tribunal de origem.”⁹

O fato de a questão constitucional surgir após o julgamento do tribunal local é um detalhe sutil, mas trás grandes implicações. É aqui que se mostra relevante a diferenciação sobre a base dos fundamentos utilizada no acórdão proferido pelo tribunal de segunda instância, enumerada no tópico anterior. Neste ponto, mostra-se bastante oportuna a elucidação feita por Bernardo Pimentel:

A rigor, a questão da inconstitucionalidade da lei federal só não pode ser examinada pelo Superior Tribunal de Justiça quando o tema foi decidido pela corte de origem, configurando um dos fundamentos autônomos que sustentam a conclusão do acórdão recorrido. É que, tendo sido solucionada pela corte de segundo grau, a matéria deve ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário. Não tendo sido interposto extraordinário, e sendo o fundamento constitucional suficiente para sustentar a conclusão do acórdão, o especial nem sequer ultrapassa a barreira da admissibilidade, consoante o disposto no verbete n. 126 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.¹⁰

Se a Corte de apelação decide com base em fundamento infraconstitucional apenas, não existe razão para interposição de recurso extraordinário, visto que não se vislumbra, *a priori*, violação direta à Constituição. Dessa forma, temos somente a

BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

9

Idem. Ibidem.

10

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

interposição do recurso especial. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça pode entender que a norma federal cuja violação levou à interposição do recurso pode não ser aplicável em razão de sua incompatibilidade com o texto constitucional, isto é, padecer de vício de inconstitucionalidade.

A grande confusão que é feita ocorre em razão da quebra da unicidade recursal, resultante da criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988. Nessa esteira, colacionamos parte do voto do Min. Marco Aurélio, no julgamento do AI 666523 AgR, pela Primeira Turma do STF:

(...) confunde-se a impossibilidade de se conhecer o especial por transgressão à Carta com o controle difuso de constitucionalidade, que é exercido por todo e qualquer órgão judicante. Ultrapassada a barreira do conhecimento, pode e deve o Superior Tribunal de Justiça, dirimindo o conflito, adentrar o tema constitucional.

Se o tribunal de origem apreciar um caso sob fundamentos constitucional e infraconstitucional autônomos e suficientes, existirão duas possibilidades. A primeira é a interposição única do recurso especial, em que se presume preclusa a matéria constitucional, e cria-se o enorme risco de o especial ser barrado com base em ampla jurisprudência do STJ, que entende que, havendo fundamento constitucional suficiente para manter a decisão recorrida, a não interposição de recurso extraordinário impede o conhecimento do especial em razão da aplicação da súmula 126/STJ.

A segunda opção é a interposição simultânea de especial e extraordinário. Nesse caso, compartilhamos da opinião do ilustre Min. Sepúlveda Pertence, que assim cuidou de caracterizar tal situação:

A revisão pelo STJ, em recurso especial, da solução do Tribunal **a quo** às questões suscitadas na instância ordinária, de duas uma: ou implicaria usurpação de competência do STF, se interposto paralelamente o recurso extraordinário, ou, se não interposto, a ressurreição da matéria preclusa.

Conclui-se que o STJ é capaz de apreciar a constitucionalidade de um dispositivo infraconstitucional sempre que a questão constitucional não tiver sido apreciada no acórdão recorrido e for prejudicial ao mérito do recurso especial.

6.2. A questão acerca da necessidade de a arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial necessariamente ter de beneficiar uma parte específica do processo.

Um dos pontos mais controversos da tese vencedora, cristalizado na ementa do acórdão, impõe a condição de a parte recorrente não poder ser beneficiada com uma possível declaração de inconstitucionalidade para que a declaração possa ser feita pela Corte Especial.

No item 3 deste texto cuidei de explicar melhor a lógica por trás desse enunciado. Relembrando de forma sucinta: segundo a argumentação do Min. Nilson Naves, o Ministro indicado para julgar o caso encontrar-se-ia necessariamente preso a uma única forma de decidir o mérito da demanda em razão da declaração de inconstitucionalidade beneficiar o recorrente.

É arguido, ainda, o fato de que a parte recorrente poderia deixar de ter seu pedido provido, no mérito, “tão somente” em virtude de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei que lastreia os fundamentos do seu apelo, em razão da prejudicialidade do controle difuso em relação ao julgamento do mérito do recurso. A meu ver, um argumento um tanto quanto paradoxal, pois, não se deveria sequer cogitar a possibilidade de que alguém mereça ter um pedido atendido, com apoio em uma lei que deveria ser declara inconstitucional.

Aqui não se pode deixar passar despercebida a enorme distorção de princípios que esse argumento dos Ministros do STJ gera: a Constituição Federal é deixada em segundo plano. A análise do mérito simplesmente não é possível, quando lastreada em lei inconstitucional. Não há como verificar se a parte possui ou não razão simplesmente porque a questão da constitucionalidade da lei é prejudicial ao mérito da demanda. Dessa forma, a compatibilidade entre a lei e a Constituição deve ser decidida previamente e servir de pressuposto lógico à análise do mérito. Somente após o estabelecimento dessa premissa é que o mérito pode ser julgado.

As leis devem ser recepcionadas pelas normas constitucionais para poderem ser aplicadas na sociedade. No entanto, de acordo com a tese criticada, essa lógica, além de

ter sido invertida, ainda acrescenta o requisito de tudo depender da prévia análise sobre qual das partes irá se beneficiar com a inconstitucionalidade da norma.

Como é sabido, em se tratando de controle incidental – quando não realizado pelo STF, pois, segundo a farta jurisprudência, esse pode modular os efeitos das suas decisões –, o efeito produzido pela declaração de inconstitucionalidade incidental é *inter partes*, ocorre somente entre as partes litigantes no caso concreto. Ou seja, considerando uma lei inconstitucional em um caso concreto, ela o seria de qualquer forma para todas as partes do processo e somente para elas, mas só poderia ser assim declarada dependendo do interesse de quem essa declaração iria beneficiar.

O benefício em favor de uma das partes é fundamentado ainda sob o argumento de que, caso nenhuma das partes seja capaz de tirar proveito da declaração de inconstitucionalidade, estar-se-ia fazendo julgamento de inconstitucionalidade em tese, de maneira abstrata, típico das ações diretas, cuja competência é exclusiva do Supremo.

Percebe-se aqui uma grande confusão conceitual. Primeiramente, observemos como a doutrina costuma caracterizar o tipo de controle abstrato, segundo palavras do ilustre professor Luis Roberto Barroso: “Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial.” Por isso também é conhecido como controle por via direta ou principal, pois o processo é objetivo, vez que o objeto da ação é exclusivamente gerar um pronunciamento sobre a própria lei, diferentemente do controle por via incidental, em que o juízo de constitucionalidade configura questão prejudicial. Ademais, trata-se de um processo sem partes, e, portanto, não cuida de prestar uma tutela de direitos subjetivos.

Em suma, a relação entre os tipos clássicos de controle - concreto e abstrato - não depende do interesse ou do benefício proporcionado a alguma parte. Uma das diferenças básicas é justamente a inexistência de partes no processo, vez que no controle abstrato diz-se que a ação é direta em razão do seu objeto ser exclusivamente um pronunciamento sobre a constitucionalidade da lei, não havendo que se falar em tutela de direitos subjetivos. Portanto, fica bastante claro o equívoco cometido ao se entender como controle em tese a ausência de benefício para o recorrente.

6.3 A necessidade de prequestionamento da matéria constitucional

Um recurso especial passa por vários crivos antes de estar apto a ter seu mérito julgado. Assim, a maioria simplesmente não consegue vencer todas as barreiras impostas por requisitos específicos e pressupostos de admissibilidade.

Não se tem em vista aqui preparar um guia sobre todos os passos para a análise de um recurso especial, mas apenas introduzir o tema a fim de facilitar a abordagem. De forma resumida, o recurso especial precisa preencher tanto pressupostos recursais genéricos como específicos para que a tese apresentada possa ser julgada, monocraticamente ou por acórdão, a depender da existência de jurisprudência pacífica do Tribunal.

Para que o Tribunal conheça do recurso, é exigido o preenchimento de todos esses requisitos. Dentre os pressupostos específicos dos recursos constitucionais, destaca-se o prequestionamento, já mencionado na parte sobre o cabimento do recurso especial. Caso a matéria levantada no especial não se encontre prequestionada, o recurso não é conhecido.

Ressalto essa exigência, pois uma das alegações da tese que criou os impedimentos para o julgamento da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial diz respeito à impossibilidade de decidir a questão constitucional em razão da falta de prequestionamento. É alegado que, se o acórdão recorrido não tratou da inconstitucionalidade da lei, e é interposto um recurso especial em face desse acórdão, o STJ não poderia tratar da inconstitucionalidade em razão da falta de prequestionamento acerca da constitucionalidade da lei, o que acarretaria no não conhecimento do recurso e impossibilitaria o julgamento do mérito.

Observe-se ainda que, caso houvesse pronunciamento do tribunal local sobre a inconstitucionalidade da lei a fim de suprir a necessidade do prequestionamento, o recurso cabível passaria a ser o extraordinário, e não mais o especial. Dessa forma, criar-se-ia um círculo vicioso, a impedir que o Superior Tribunal de Justiça pudesse dispor do controle difuso de constitucionalidade. É no mínimo criativa essa técnica criada para argumentar no sentido da impossibilidade de efetivação do controle de constitucionalidade por parte do STJ com base no requisito específico do prequestionamento.

Todavia, existem algumas incongruências nesse argumento. Quem cuida de julgar a inconstitucionalidade arguida no recurso é a Corte Especial. Antes de o recurso chegar à Corte, ele já passou pela Turma, ou seja, já foi conhecido e teve o julgamento do mérito paralisado para que a arguição de inconstitucionalidade fosse julgada pelo órgão competente. Nota-se que o recurso já foi admitido, a única pendência de julgamento existente até este momento é referente ao mérito, que por ser prejudicial à inconstitucionalidade levantada, só pode ser analisado após a decisão acordada pela Corte Especial quanto a constitucionalidade da lei em questão.

É impensável estabelecer a exigência de prequestionamento da inconstitucionalidade incidental para permitir a arguição no recurso especial. Ademais, de forma alguma pode ser exigível que esse tipo de questão esteja prequestionada. O que deve estar prequestionado, de fato, é a lei, a matéria que ampara os fundamentos empregados no recurso.

A questão da constitucionalidade dos dispositivos suscitados diz respeito à competência disposta por todo órgão julgante de exercer o controle difuso de constitucionalidade das leis. Assim, não há que se confundir o prequestionamento de matéria constitucional, a ensejar a interposição de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, com a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade conferida a todo órgão julgante.

7. Considerações Finais

Após todas as razões aqui enumeradas no sentido de superar a jurisprudência criada pelo STJ, convém ainda uma reflexão diante de um sério questionamento feito pela Min. Eliana Calmon durante esse mesmo julgamento do qual aqui tratamos de enfrentar: “Como então é possível a um Ministro de Tribunal Superior, deparar-se com o mais sério vício de um sistema, quedar-se inerte e dizer que está limitado a só julgar infraconstitucionalmente?”

Simplesmente não é nada razoável que um Ministro de Tribunal Superior se depare com uma lei inconstitucional e, mesmo assim, seja compelido a aplicá-la em

respeito à jurisprudência singular do seu Tribunal, criada como artifício para julgar de determinada forma um caso concreto específico.

Para que não haja confusão acerca da possibilidade do Superior Tribunal de Justiça declarar uma lei inconstitucional deve restar nítida a diferença entre competência em razão do mérito da matéria e controle difuso de constitucionalidade. A constitucionalidade da lei é pressuposto lógico para a análise do mérito, e não pode ser confundido com eventual afronta direta a dispositivos do texto constitucional, cuja competência para apreciação é privativa do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário.

Conforme toda a explanação, não resta dúvida que não há nenhum tipo de usurpação de competência do STF no momento em que o STJ exerce o seu poder dever de declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma. Não é demais observar que uma eventual decisão do STJ em sede de controle difuso de constitucionalidade é ainda recorrível perante o STF, conforme rememora Bernardo Pimentel:

“Por fim, quanto ao aresto proferido em recurso especial, só é possível acionar o recurso extraordinário quando a questão constitucional surge no próprio julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Não é possível, entretanto, ressuscitar em recurso extraordinário questão constitucional já discutida perante tribunal regional ou estadual. Em resumo, o recurso extraordinário contra acórdão proferido em recurso especial só pode veicular questão constitucional surgida pela vez primeira no julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça.”¹¹

Ademais, a continuidade do julgamento do mérito do recurso que ensejou a jurisprudência criticada resultou em uma situação peculiar. Após retornar da Corte Especial, que se utilizou de várias técnicas para eivar-se de declarar a inconstitucionalidade da taxa SELIC, a turma prosseguiu com o julgamento do mérito do recurso e acordou pela exclusão da incidência do referido índice ao caso, ou seja, o efeito prático alcançado foi o mesmo de uma declaração de nulidade por inconstitucionalidade. Acrescente-se, ainda, que um dos fundamentos para evitar a declaração de inconstitucionalidade foi o de que tal declaração resultaria em intransponível favorecimento à ora recorrente, e, contudo, a não aplicação do índice resultou em benefício à parte recorrente, a Fazenda Pública Nacional.

11

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

Demonstrada a teratologia jurídica desse entrave para a realização de controle incidental em sede de Recurso Especial, merece reforma a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para garantir o pleno exercício do controle difuso de constitucionalidade por esse Tribunal.

8. Referências bibliográficas

- BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2008.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 36-37 e 46.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial n. 215.881/PR. Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/04/2001, DJ 08/04/2002, p. 111.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial n. 215.881/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2002, DJ 30/06/2003, p. 163, REPDJ 12/08/2003, p. 206.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva. 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Volume 5: Arts. 476 a 565*. 15ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

Artigo recebido em 16 de agosto de 2012.

Artigo aceito para publicação em 17 de setembro de 2012.