

Aspectos relevantes de recursos extraordinários em face de decisões do Superior Tribunal de Justiça em recursos especiais

Nabor A. Bulhões*

A denominada crise do recurso extraordinário, com a conseqüente inviabilização da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, levou o legislador constituinte a criar o Superior Tribunal de Justiça para absorver parcela da competência que a Suprema Corte exercia sobre a higidez do direito federal. Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988, a par de ter mantido a competência do STF para dizer de forma terminante o direito constitucional mediante o julgamento de recurso extraordinário (art. 102, III, da CF), instituiu o recurso especial de competência do STJ (art. 105, III, da CF), reservando a esta Corte a atribuição constitucional de dizer de forma terminante o direito federal, velando por sua inteireza positiva e unificando a sua interpretação e aplicação.

Desse sistema constitucional introduzido pela Carta Política de 1988, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto deste último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária¹.

A propósito, não há dúvida de que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tem o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei que esteja sendo discutida em sede de recurso especial, mesmo de ofício. Contudo, como tem reiteradamente proclamado o STF, “o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior”, sob pena de ou

usurpar competência do STF (art. 102, III, da CF), se interposto paralelamente o recurso extraordinário, ou, caso contrário, de ressuscitar matéria preclusa.²

Essa exata compreensão encontra-se expressa no aresto com que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça julgou os Embargos Declaratórios nos Embargos de Divergência em REsp 347.692-SP, de que foi relator o eminente Ministro José Delgado: naquele expressivo julgamento, assentou-se que no recurso especial “não há lugar para se discutir, com carga decisória, preceitos constitucionais”, pois ao STJ “compete, exclusivamente, unificar o direito ordinário federal, em consequência de determinação da Carta Magna”. Conclusão: “Em sede de recurso extraordinário é que se desenvolvem a interpretação e a aplicação de princípios constantes do nosso Diploma Maior”, sendo certo que “a relevância de tais questões ficou reservada, unicamente, para o colendo STF” (DJ de 16/06/2003).

Em outro importante julgamento da Corte Especial do STJ, a questão da competência do Tribunal para dizer o direito constitucional foi mais amplamente debatida, tendo-se em vista o conjunto das competências que a Constituição Federal lhe atribuiu no art. 105, I, II e III: tratava-se de Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial 215.881-PR³, de que foi relator o eminente Ministro Nilson Naves (DJ de 08/04/2002). Nesse julgamento do órgão máximo judicante do STJ, assentou-se com razão que, em sede de recurso especial, o STJ só dispõe do contencioso constitucional em se tratando de arguição incidental de inconstitucionalidade de dispositivo da legislação federal que esteja em discussão naquela sede. Fora disso, o STJ só disporia de contencioso constitucional pleno, mediante o exercício do controle difuso de constitucionalidade, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 105 da Constituição Federal. Nestes casos, devidamente prequestionada a matéria constitucional decidida pelo STJ em ações originárias ou recursos

* Jurista. Parecerista. Conferencista. Advogado. Professor da Universidade Federal de Alagoas de Direito Penal, Teoria Geral do Processo e Direito Constitucional. Membro honorário vitalício da Ordem dos Advogados do Brasil na qualidade de ex-presidente seccional. Membro do Conselho Editorial da Revista do TRF da 1ª Região.

¹ Nesse sentido, v. notável aresto proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 145.589-RJ, de que foi relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence (RTJ 153/684).

² Idem, *ibidem*.

³ V. arts. 200 do RISTJ, 480 a 482 do CPC e 97 da CF, bem como a Súmula Vinculante 10 do STF.

ordinários, e observado o novo requisito especial de admissibilidade consubstanciado na repercussão geral, admitir-se-ia recurso extraordinário da questão constitucional diretamente julgada pelo Tribunal.

Esclareça-se que, no âmbito do recurso especial, o STJ não está obviamente proibido de fazer referência à Constituição Federal para dar suporte à interpretação da legislação federal que constitua o objeto do recurso em julgamento. O que não poderá fazer é decidir o recurso mediante a direta interpretação e aplicação de dispositivo constitucional, sob pena de violar não o dispositivo constitucional indevidamente invocado, mas as regras de competência a que aludem os arts. 102, III, e 105, III, da Carta Magna. Aqui reside questão técnica da maior relevância para o exato manejo de recurso extraordinário contra decisões do STJ, proferidas com extrapolação dos limites de sua competência para o julgamento do recurso especial, como se verá mais adiante.

Nos julgamentos dos Recursos Especiais 166.443-RS, rel. Min. Ari Pargendler (*DJ* de 08/09/1998), e 554.864-PE, rel. Min. Paulo Medina (*DJ* de 18/12/2006), o STJ decidiu que na via do especial o Tribunal pode referir-se à norma constitucional para tomá-la como “suporte da interpretação [e aplicação] de norma legal”, sem com isso extrapolar os limites de sua competência inscrita no art. 105, III, da Carta Magna. O que não poderia fazer seria decidir o recurso especial mediante a aplicação direta de dispositivo constitucional. O aresto subscrito pelo Ministro Paulo Medina bem sintetizou o entendimento do Tribunal acerca da matéria, quando consignou que “os artigos da Constituição alegados não podem ser o objeto do Recurso Especial”, sendo certo, contudo, ser

[...] legítimo a esta Corte, ao fixar a interpretação da lei federal, tomar aquelas disposições da Lei Maior como parâmetro hermenêutico (interpretação conforme a Constituição) [...].

A despeito da clareza da matéria, à luz dos citados precedentes, nem sempre o STJ e o STF têm sido fiéis à sua jurisprudência e à Constituição. A abordagem dessa vertente equivocada não pode ser feita sem que se recorde a advertência feita pelo *Justice Oliver Wendell Holmes* no sentido de que frequentemente “*hard cases make bad law*”. De feito. Os equívocos de ambos os tribunais a respeito de suas competências constitucionais insculpidas nos arts. 102, III, e 105, III, da Carta Magna têm-se lavrado em casos “difíceis”,

algumas vezes envolvendo o interesse da Fazenda Nacional em pleitos de elevado valor econômico-financeiro. Lamentavelmente, o discurso terrorista dos números parece influir nos julgamentos de certas causas com aquela conformação, com prejuízo, no mínimo, para o sistema de distribuição de competência recursal extraordinária estabelecido pela Constituição Federal.

A respeito do assunto, notório exemplo é o caso do chamado Crédito-Prêmio de IPI — importante incentivo às exportações cuja vigência foi intensamente discutida nos últimos anos, sob os prismas constitucional e infraconstitucional. No que diz respeito ao aspecto infraconstitucional, o STJ, desde a sua instalação, vinha reconhecendo e declarando, mediante a interpretação de dois decretos-leis dos anos 70 e 80, a vigência daquele incentivo, sem definição de prazo — o que constituía expressivo ganho para os exportadores e para o próprio País, considerada a relevância evidentiíssima da receita advinda da exportação.

Nada obstante, a partir de 2004, a Fazenda Nacional resolveu mudar a estratégia da defesa da insubsistência do Crédito-Prêmio de IPI. Retomou o tema da sua extinção a partir de junho de 1983, matéria que já havia sido terminantemente decidida por ambas as Turmas de Direito Público do STJ, integrantes de sua 1ª Seção, já agora deduzindo argumentação *ad terrorem* de natureza econômico-financeiro: a manutenção do entendimento do Tribunal sobre a matéria redundaria na perda de bilhões e bilhões de reais para os cofres públicos.

À época, todos os recursos especiais sobre o tema existentes no Tribunal estavam relacionados exclusivamente à vigência do Crédito-Prêmio de IPI a partir de junho de 1983, por força da referida legislação infraconstitucional. Não havia, no âmbito do STJ, até pela natureza de sua competência, qualquer discussão sobre a subsistência do referido incentivo por razões constitucionais.

Ainda assim, nos julgamentos de vários recursos especiais e de embargos de divergência em recursos especiais, as duas Turmas de Direito Público do STJ e a sua respectiva 1ª Seção, por maioria de votos, decidiram a matéria infraconstitucional típica daqueles recursos favoravelmente aos contribuintes, mas, surpreendentemente, extrapolando os limites de sua competência constitucional (art. 105, III, da CF), resolveram decidir a causa aplicando de ofício

o disposto no art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna de 1988, sob a consideração de tratar-se de incentivo fiscal de natureza setorial não confirmado por lei dentro de dois anos da promulgação da Constituição⁴.

Por motivos óbvios, essas decisões surpreenderam os contribuintes interessados no desfecho daqueles recursos por duas ordens de razões: a uma, porque o STJ, na linha de sua própria jurisprudência e a teor de expressa disposição constitucional, não tem competência para decidir recurso especial mediante consideração e aplicação de norma constitucional; e a duas, porque, sobremais, essa matéria constitucional invocada para decidir os recursos especiais estava ausente do debate e consubstanciava relevante questão constitucional até então não submetida nem apreciada pelo Supremo Tribunal Federal — a quem competia deslindar a matéria mediante recurso extraordinário (art. 102, III, da CF).

O desencontro verificado no Superior Tribunal de Justiça gerou grande perplexidade e a consequente adoção, por parte dos contribuintes interessados naqueles recursos, de medidas impertinentes para a solução da nova controvérsia criada. Muitos deles, tão logo publicados os acórdãos, ingressaram de forma açodada com recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal dando como violada a norma constitucional do art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna de 1988. Contudo, a maioria dos recursos com essa conformação não foi conhecida porque, como assentado na melhor jurisprudência do STF, em caso dessa natureza a norma violada seria de competência, no caso a norma contida no art. 105, III, da Constituição Federal, que deveria ser prequestionada, mediante embargos declaratórios, perante o STJ, a teor da Súmula 356-STF, antes da interposição do extraordinário. E o curioso é que pequena parcela de recursos extraordinários com aquela conformação equivocada ainda chegou a ser admitida na origem e a ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, *contra constitutionem*.

Exemplo de equívoco dessa natureza se encontra no RE 577.302-RS, rel. o em. Min. Ricardo Lewandowski: o recurso foi interposto contra decisão com que a

2ª Turma do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 671.454-RS, decidiu o recurso com fundamento em norma constitucional ausente e estranha ao debate. A parte, sem interposição de embargos declaratórios para prequestionar as regras de competência dos arts. 102, III, e 105, III, da CF, interpôs diretamente recurso extraordinário. E a despeito de sua completa e cabal incognoscibilidade, foi o recurso admitido pela Vice-Presidência do STJ e conhecido pelo Plenário virtual do Supremo Tribunal Federal, que sobre a matéria nele versada estabeleceu repercussão geral, como se colhe do acórdão publicado no *DJ* de 02/05/2008. Tanto havia equívoco sucessivo na admissão e no conhecimento daquele recurso pela Vice-Presidência do STJ e pelo Plenário virtual do STF que, por ocasião do seu julgamento definitivo, a Suprema Corte terminou dando pelo seu não conhecimento (v. acórdão publicado no *DJe* de 27/11/2009).

As decisões que não conheceram daqueles recursos extraordinários estão absolutamente consentâneas com a sistemática constitucional de distribuição de competências recursais extraordinárias contemplada nos arts. 102, III, e 105, III, da Carta Magna, na linha, aliás, do paradigmático precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal no AgRg no AI 145.589, expresso em aresto da fina lavra do Ministro Sepúlveda Pertence (RTJ 153/684). Entre essas decisões, destaca-se a proferida pela Ministra Cármen Lúcia no RE 580.643-RS, tendo por objeto acórdão com que o STJ, em sede de recurso especial (REsp 766.442-RS), decidiu a causa mediante a invocação de norma constitucional. Na decisão com que negou seguimento ao recurso extraordinário, a eminente relatora ponderou que, ao invés de a empresa recorrente haver prequestionado mediante embargos declaratórios e posteriormente arguido no RE a violação dos arts. 102, III, e 105, III, da CF, indicou por violada a norma constitucional indevidamente aplicada no REsp.

Ao verificar que no caso então examinado havia recurso extraordinário admitido e retido tendo por objeto o dispositivo constitucional considerado no REsp para a solução do recurso, advertiu a relatora, sob a invocação do aresto proferido no AgRg no AI 145.589, rel. Min. Sepúlveda Pertence, que a recorrente deveria, a par da interposição do recurso cabível (embargos de declaração e recurso extraordinário),

⁴ Entre os recursos decididos com essa conformação, confirmam-se: REsp 778.581-RS, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma; REsp 650.395-RS, rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma; REsp 876.969-CE, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma; e EREsp 677.216-RS, rel. Min. Denise Arruda, 1ª Seção, *inter plures*.

ter ajuizado reclamação para preservar a competência constitucional recursal extraordinária do STF⁵.

Em outra oportunidade, ao julgar recurso extraordinário interposto contra acórdão com que o STJ, em recurso especial, decidiu matéria submetida à sua jurisdição mediante a invocação de norma constitucional, a Suprema Corte, em aresto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, deu provimento ao RE por usurpação de sua competência (art. 102, III, *a*, da Constituição Federal) “para anular o acórdão do STJ e determinar que outro seja proferido – adstrito a eventuais questões infraconstitucionais aventadas” (RE 419.629-DF, *DJ* de 30/06/2006). É que, nos mesmos autos do REsp, havia recurso extraordinário admitido e retido, aguardando o julgamento do primeiro, em caráter prejudicial, a teor do art. 543, § 1º, do Código de Processo Civil.

Corretíssimo o entendimento expresso naquelas decisões: quando o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial, decide a causa à luz de norma constitucional, de duas, uma: ou viola a regra de competência inscrita no art. 105, III, da CF, se não houver nos mesmos autos recurso extraordinário admitido e retido sobre o princípio ou norma indevidamente considerado pelo STJ para a solução do recurso especial, ou viola a regra de competência inscrita no art. 102, III, da CF, terminando por usurpar a competência da Suprema Corte, se houver nos mesmos autos recurso extraordinário admitido e retido sobre a norma indevidamente considerada pelo STJ para a solução do recurso especial.

É muito importante destacar que, nesta última hipótese, além do recurso extraordinário interposto por violação do art. 102, III, da CF, admite-se concomitantemente a interposição de reclamação para o Supremo Tribunal Federal. Isto porque, havendo recurso extraordinário retido nos autos do REsp versando a matéria constitucional indevidamente considerada para a solução deste pelo STJ, incide na espécie o disposto no art. 102, I, *l*, da Constituição Federal, justificando a instauração do juízo reclamatório

[...] destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica,

a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal [...],

conforme tem enfatizado a sua jurisprudência (RTJ 134/1033, rel. Min. Celso de Mello).

Vale dizer, o recurso extraordinário interposto contra o acórdão proferido no REsp, longe de significar qualquer óbice, constitui “pressuposto negativo de admissibilidade da própria reclamação”, a teor da jurisprudência sumulada da Suprema Corte, “pois a reclamação não é sucedâneo de ação rescisória” (Reclamação 365-MG, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 07/08/1992). Mas não é só. Ainda segundo a jurisprudência predominante do STF, a recorribilidade ou a efetiva interposição de recurso da decisão reclamada não ilide o cabimento da reclamação (Reclamação 329-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 29/06/1990).

No voto condutor do aresto unânime então proferido pelo Plenário da Suprema Corte, o Ministro Sepúlveda Pertence, relator da reclamação em referência, ofereceu esclarecedoras razões sobre a matéria, destacando que (i) a reclamação cabe contra decisões judiciais, quaisquer que sejam elas, se se alega que invadiram a competência ou desrespeitaram a autoridade da decisão do Supremo Tribunal, e (ii) a cognição mais ampla que propicia a simplicidade do rito e a eficácia mais pronta, de que está dotada, tornam, de regra, a reclamação, um remédio insubstituível pelo recurso, particularmente, pelo recurso extraordinário, de âmbito restrito de admissibilidade, procedimento mais complexo e efeitos limitados e meramente devolutivos⁶.

E mais: ainda segundo o magistério jurisprudencial da Suprema Corte,

[...] o instrumento da reclamação deve ser interpretado como meio de pronta e eficaz proteção da competência originária, da competência recursal ordinária e da competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal [...] (AgRg na Reclamação nº 1.908-SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 03.12.2004).

Ou ainda na pertinente ponderação feita pelo eminente Ministro Moreira Alves, por ocasião

⁵ Na ementa da decisão monocrática então proferida, consignou a relatora: *Recurso extraordinário. Impugnação do acórdão do tribunal a quo por recurso extraordinário e recurso especial. Julgamento da questão constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça: usurpação de competência (DJe/STF de 30/04/2008).*

⁶ Ressalte-se que esse entendimento foi enfaticamente reiterado no aresto unânime com que o Plenário da Suprema Corte julgou a Reclamação 377-PR, de que foi relator o em. Ministro Ilmar Galvão.

do julgamento do pedido de medida liminar na Reclamação 337-DF,

[...] quando a Constituição quer preservar a competência do Supremo, quer fazê-lo de modo integral”, por isso que [...] desde o momento em que essa competência, hoje explicitada no *caput* do artigo como sendo, precipuamente, a de guardar a Constituição, pode ser invadida ou, pelo menos, impedida de ser exercitada na sua plenitude, cabe, perfeitamente, a reclamação a que alude a letra I do inciso I do art. 102 [...] (RTJ 133/554).

Essa orientação jurisprudencial foi concretamente aplicada pelo eminente Ministro Celso de Mello na Reclamação 6.772-TO, com invocação dos precedentes consubstanciados nas Reclamações 6.162-AL, 6.288-PB e 6.581-RJ, mediante decisão do seguinte teor:

Assinalo, por relevante, que o eminente Senhor Ministro-Presidente desta Corte, ao deferir medida cautelar em casos rigorosamente idênticos ao da presente reclamação (Rcl 6.162/AL, Rel. Min. EROS GRAU – Rcl 6.288/PB, Rel. Min. EROS GRAU), neles proferiu decisão em que se registrou o que se segue:

[...] O Plenário deste Tribunal, em 19 de abril de 2008, reconheceu a existência de repercussão geral no RE 577.302, rel. Ricardo Lewandowski, cuja matéria é a mesma do recurso extraordinário retido nos autos do REsp 833.438, qual seja, a extinção, ou não, em 4 de outubro de 1990, do benefício do crédito-prêmio do IPI em razão do disposto no art. 41, § 1º, do ADCT.

Trata-se, portanto, de matéria de índole constitucional, cuja orientação será fixada por esta Corte no julgamento do mérito do RE 577.302.

Não parece difícil vislumbrar, portanto, que a decisão reclamada, em verdade, reconheceu a extinção do crédito-prêmio do IPI em 4 de outubro de 1990 com base no que dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, matéria objeto do recurso extraordinário que está retido nos autos do REsp 682.953, o que faz transparecer, ao menos nesse juízo preliminar, a usurpação da competência deste Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102, III, ‘a’, da Constituição Federal.

Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial 682.953, até decisão final nesta reclamação.’ (grifei)

Em face das razões expostas e considerando, ainda, os fundamentos que venho de mencionar e a decisão que proferi na Rcl 6.581-MC/RJ, de que sou Relator, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, até final

julgamento da presente reclamação, a eficácia do acórdão proferido pela colenda 1ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AI 965.610-AgR/TO, Rel. Min. DENISE ARRUDA.

Impende averbar que, no caso de julgamento de REsp com a aplicação de norma constitucional sem que haja nos autos recurso extraordinário admitido e retido sobre o tema constitucional aventado de ofício pelo STJ, a única medida cabível é o recurso extraordinário, por violação do art. 105, III, da CF — não sendo cogitável, na espécie, o ajuizamento de reclamação, por não ser a hipótese de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, mas caso típico de extrapolação dos limites da competência do STJ para o julgamento de recurso especial. Esta é uma distinção de grande relevância para o manejo, ou não, de reclamação como instrumento concomitante de controle e correção da inconstitucionalidade perpetrada em concreto em julgamento portador desse grave vício.

Independentemente da consideração sobre o cabimento concomitante da reclamação numa das hipóteses de julgamento de recurso especial mediante aplicação de norma constitucional, o certo é que, nas duas hipóteses anteriormente tratadas (o STJ julga REsp aplicando norma constitucional sem que se tenha agitado na origem essa questão constitucional, incidindo em violação do art. 105, III, da CF, ou o STJ julga REsp aplicando norma constitucional que constitui objeto de recurso extraordinário admitido e retido nos mesmos autos, incidindo em violação do art. 102, III, da CF), o acesso à instância extraordinária depende da estrita observância de procedimentos técnicos incontornáveis para tanto.

Em ambos os casos acima configurados, é de rigor que sejam interpostos embargos declaratórios prequestionadores das regras constitucionais de competência violadas, a teor da Súmula 356 do STF. Afinal, como ressabido, o prequestionamento é tido na jurisprudência do STF como requisito de natureza constitucional. Desta forma, os embargos declaratórios têm a finalidade de cumprir essa exigência indispensável à cognoscibilidade do recurso. E faz sentido porque, como exposto anteriormente, quando o STJ decide recurso especial mediante aplicação de norma constitucional, termina por violar não a norma indevidamente aplicada, mas vulnera a regra de competência. Logo, a questão constitucional é nova e surge com o julgamento do recurso especial.

Sobre a natureza constitucional do prequestionamento, extraído diretamente do art. 105, III, da Carta Magna, tem aplicação na hipótese acima examinada o aresto proferido no RE 208.775, rel. Min. Moreira Alves, mediante o qual a 1ª Turma do STF deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do STJ que conheceu de recurso especial, não obstante a patente falta de prequestionamento de seu fundamento, consoante se colhe de sua expressiva ementa:

Recurso especial. Falta de prequestionamento.

O acórdão recorrido violou, pelo menos, o artigo 105, III, *a*, ao decidir sobre questão que não fora prequestionada, por não ter sido ventilada pelo acórdão local, nem ter sido objeto de embargos de declaração nessa instância, o que, aliás, determinou que não fosse ela invocada no recurso especial [...] (DJ de 19.05.2000).

Pois bem. Essa é uma das hipóteses excepcionais de cabimento de recurso extraordinário em face de decisão proferida pelo STJ em recurso especial. Outra hipótese se consubstancia no julgamento, pelo STJ, de recurso especial mediante a consideração de norma constitucional. E outra hipótese envolve o julgamento, pela Corte Especial do Tribunal, de arguição incidental de inconstitucionalidade de dispositivo de lei federal debatido em recurso especial, *ex vi* dos arts. 200 do RISTJ, 480 a 482 do CPC de 1973 (948 a 950 do NCP), 97 da CF e da Súmula Vinculante 10 do STF.

Neste passo, indagar-se-ia: e se o STJ, instado a se manifestar sobre as regras de competências por ele violadas, mediante embargos declaratórios interpostos com base na Súmula 356 do STF, perseverar na omissão? Essa matéria já foi controvertida no Supremo Tribunal Federal por muito tempo, mas terminou resolvida de forma diversa da orientação concebida pelo próprio STJ para a solução das omissões verificadas nos julgamentos das instâncias inferiores que lhe chegam a exame em sede de recursos especiais. Aqui, a omissão é resolvida por via de violação do art. 535, I e II, do CPC. Já no recurso extraordinário, por razões técnicas, isso não seria possível, porquanto não se poderia abrir a instância extraordinária, adstrita às questões de índole constitucional, pela invocação de violação de norma infraconstitucional relativa aos pressupostos e requisitos dos embargos declaratórios.

A propósito, é muito importante observar que, a partir do julgamento do RE 219.934-SP, rel. Min. Octávio Gallotti, o Plenário da Suprema Corte uniformizou o entendimento do Tribunal no sentido de que, em caso

de persistente omissão dos tribunais em se manifestar sobre o tema constitucional agitado em embargos de declaração, deve prevalecer a Súmula 356 do STF, com a inteligência que a ela deu a 1ª Turma do STF no aresto proferido no RE 210.638-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, em cuja ementa se consignou:

RE: prequestionamento: Súmula 356.

O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela [...] (DJ de 19.06.98).

É conferir o debate que então se estabeleceu no julgamento Plenário do referido RE 219.934-2/SP.

Em tema de conhecimento do RE, o eminente relator começou por dizer que

[...] o prequestionamento do tema referente ao art. 37, II, foi eficazmente promovido por meio de embargos declaratórios, correspondentes a uma efetiva omissão, porquanto fomentado, nas razões de apelação esse aspecto, aliás fundamental, da controvérsia (Súmula 356) [...].

Tendo havido questionamento por parte do eminente Ministro Marco Aurélio sobre se não seria o caso de se ter

[...] arguido o defeito de procedimento, articulando a deficiência na entrega da prestação jurisdicional, a nulidade, no que não examinada uma certa matéria de defesa [...].

nos embargos declaratórios, ao invés de se dar desde logo pelo prequestionamento do tema suscitado mas omitido pelo Tribunal de origem, respondeu o eminente Ministro Octávio Gallotti, na qualidade de relator:

Sr. Presidente, o que fez o Estado de São Paulo foi observar a Súmula 356, ou seja, suscitou o Estado, nas razões de apelação, a questão da exigência do concurso público. Houve uma omissão efetiva do acórdão, que não examinou esta questão, e prequestionou embargos de declaração. Isso é o que está na Súmula 356, e nunca aquele procedimento de que, ao invés de interpor o recurso extraordinário, tenha que alegar a anulação do acórdão recorrido

para voltar a matéria constitucional ao exame do Tribunal.

Há um voto do Ministro Sepúlveda Pertence que explica muito bem essa questão: a Súmula 356 institui esses embargos declaratórios, chamados de prequestionamento, no pressuposto de que a parte deve fazer o que está a seu alcance para levar a questão constitucional ao Tribunal de origem, mas não pode obrigar os desembargadores a fazê-lo [...].

Esse foi o entendimento prevalecente, com destaque para o voto proferido pelo em. Min. Sepúlveda Pertence, que bem equacionou e solucionou a controvérsia:

Sr. Presidente, a questão do prequestionamento mediante embargos de declaração vem dividindo a doutrina e, já agora, a jurisprudência.

A opinião expendida pelo eminente Ministro Marco Aurélio é hoje jurisprudência pacífica no Superior Tribunal de Justiça, que a consagrou na Súmula 211/STJ ('inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo'). E, na doutrina, a mesma tese veio a receber a defesa vigorosa de excelente monografia de um jurista do Paraná (J.M. Garcia Medina, O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial, 2 ed., RT, 1999, p. 290).

Analisei a questão a partir de acórdão da Segunda Turma, da lavra do Ministro Marco Aurélio, que consagrava o entendimento agora reiterado por S.Exa.: mantive-me, no entanto, fiel aos precedentes que embasaram a Súmula 356 conforme consignei na ementa do RE 210.638, julgado em 14 de abril de 1998, publicado no DJ de 19/06/98:

EMENTA: 1. RE: prequestionamento: Súmula 356.

O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.'

Noto que, na egrégia Segunda Turma, que chegou a perfilhar a tese do Ministro Marco Aurélio, no entanto, no RE 208.639, após voto-vista do Ministro Nelson Jobim, transcrito no Informativo 157, a maioria também se alinhou ao mesmo entendimento da Primeira, de estrita fidelidade à Súmula. É oportuno, assim, que o Plenário esteja,

neste julgamento, a reafirmar a doutrina da Súmula 356 [...].

Daí porque, já uniformizada a jurisprudência do Tribunal sobre a matéria, a Primeira Turma do STF, ao julgar o RE 231.452-PR, rel. o em. Min. Sepúlveda Pertence, assentou:

Recurso extraordinário: prequestionamento e embargos de declaração.

O Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a sua jurisprudência -- já assentada na Súm. 356 --, no sentido de que, reagitada a questão constitucional não enfrentada pelo acórdão, mediante embargos de declaração, se tem por prequestionada a matéria, para viabilizar o recurso extraordinário, ainda que se recuse o Tribunal a quo a manifestar-se a respeito (v.g., RE 210.638, 1ª T, 14.04.98, Pertence, DJ 19.6.98; RE 219.934, PI, 14.06.00, Gallotti, DJ 16.2.01)" -- DJ de 24.09.04.⁷

Em conclusão, tem-se que:

(i) o Superior Tribunal de Justiça dispõe do contencioso constitucional pleno no exercício das competências inscritas no art. 105, I e II, da Constituição Federal;

(ii) o Superior Tribunal de Justiça, no exercício da competência inscrita no art. 105, III, da Constituição Federal, só dispõe do contencioso constitucional na hipótese de arguição incidental de inconstitucionalidade de dispositivo da legislação federal debatido no recurso especial;

(iii) julgado precedente o incidente de inconstitucionalidade referido no item anterior, a parte prejudicada poderá ingressar com recurso extraordinário, observados obviamente os pressupostos e requisitos de admissibilidade do recurso;

⁷ Registre-se que, conquanto desde então a Suprema Corte tenha uniformizado a sua jurisprudência sobre a matéria, na linha dessa síntese feita pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence no RE em referência, ainda assim tem havido equívocos no Tribunal acerca da matéria: assim veja-se que, ao negar seguimento ao RE 495.903-RO, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski fundamentou a sua decisão monocrática dizendo — "Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido, *situação que assim persistiu após a oposição de dois embargos de declaração*". Ora, a razão invocada para a negativa de seguimento do recurso se prestava, ao contrário do que ali decidido, exatamente para dele se conhecer, a teor da Súmula 356 do STF. Por isso mesmo, interposto agravo regimental em face daquela equivocada decisão, o eminente relator se retratou para dar seguimento ao recurso extraordinário.

(iv) cumprida a exigência do prequestionamento de questão constitucional nova surgida com o julgamento do REsp no STJ, seja com o expresse pronunciamento do Tribunal sobre a matéria, seja com sua omissão em considerá-la nos embargos declaratórios interpostos, recurso extraordinário pode ser interposto para a Suprema Corte, devendo a parte recorrente, obviamente, preencher os outros requisitos de admissibilidade do recurso, entre eles o da repercussão geral;

(v) se a violação da Constituição diretamente perpetrada pelo STJ no julgamento do recurso especial se relacionar com matéria que seja objeto de recurso extraordinário já admitido e retido nos mesmos autos, além de recurso extraordinário para o STF, também se admite, concomitantemente, o ajuizamento de reclamação constitucional como instrumento mais rápido e eficiente para fazer cessar o vício de inconstitucionalidade consubstanciado na usurpação da competência da Suprema Corte; e

(vi) nas hipóteses dos itens iv e v, supra, quando o Superior Tribunal de Justiça decide recurso especial com fundamento em norma constitucional, o recurso extraordinário se viabiliza desde que sejam prequestionadas como infringidas as regras de competência dos arts. 102, III e 105, III, da CF, mediante embargos declaratórios, porquanto naquelas hipóteses não é cabível a irresignação derradeira com fundamento na norma constitucional indevidamente aplicada pelo STJ fora do âmbito de sua competência recursal.

Por fim, destaque-se que a instituição do regime de fungibilidade entre o recurso especial e o recurso extraordinário nos arts. 1.032 e 1.033 do novo Código de Processo Civil em nada interfere nas conclusões acima expostas, porquanto nenhuma modificação se operou na sistemática de competências constitucionais

estabelecida nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. Vale dizer, o STJ continua sem competência para julgar, em recurso especial, matéria constitucional, enquanto o STF continua sem competência para julgar, em recurso extraordinário, matéria infraconstitucional.

A alteração introduzida pelo novo Código de Processo Civil objetiva preencher uma lacuna existente no sistema em ordem a garantir não apenas o princípio da primazia do julgamento do mérito das ações (arts. 4º, 6º, 139, IX, 952, parágrafo único, 938, § 1º, e 1.029, § 3º), consagrado expressamente no novo ordenamento processual, mas a efetivação da justiça com a completude da prestação jurisdicional. De feito, muitas vezes o STJ deixava de conhecer de recurso especial ao fundamento de que a matéria debatida nos autos tinha conformação constitucional, determinando então a remessa dos autos ao STF que, também muitas vezes, não conhecia do recurso extraordinário ao fundamento de que a matéria em verdade era infraconstitucional.

Com efeito, a fungibilidade instituída no âmbito dos recursos de natureza extraordinária, nos termos dos arts. 1.032 e 1.033 do novo Código de Processo Civil, em boa hora vem contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional na órbita cível, ainda que só aplicável aos recursos interpostos após a vigência do novo diploma processual civil, segundo o entendimento sufragado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de embargos de declaração em recurso extraordinário, em que se proclamou não se aplicar a nova sistemática de fungibilidade

[...] a recursos extraordinários regidos pelo Código anterior, assim entendidos os que impugnam acórdão publicado antes de 18/3/2016, quando vigia a Lei 5.869/1973 [...] (EDcl no RE nº. 959.489/SP, DJe nº. 210, divulgado em 30/09/2016, publicado em 03/10/2016 – Ata nº. 147/2016).