

• MARÇO – ABRIL DE 2003 •

ISSN 0102-8413

REVISTA

FORENSE

FUNDADA EM 1904

PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

FUNDADORES

Mendes Pimentel
Estêvão Pinto

IN MEMORIAM

Bilac Pinto
Antonio Pereira Pinto
J. de Magalhães Pinto
José Monteiro de Castro
José de Almeida Paiva
José de Aguiar Dias
Miguel Seabra Fagundes

DIRETORES

Regina Bilac Pinto
José Carlos Barbosa Moreira
Francisco Bilac M. Pinto Filho
Guilherme Pinto Zingoni

COLABORADOR SÊNIOR

Caio Mário da Silva Pereira



Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial*

DOMINGOS FRANCIULLI NETTO
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Inicialmente, cumpre analisar a questão da competência do STF, dos demais tribunais e juízes de primeiro grau para o exame da constitucionalidade das normas, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Na preleção de Pinto Ferreira, coexistem no sistema jurídico pátrio dois tipos de controle constitucional: por exceção (via incidental), típico do sistema americano; ou por via de ação (controle principal), típico dos sistemas austríaco e espanhol.¹ O único tribunal competente, na hipótese de Lei Federal, para declarar a inconstitucionalidade pela via do controle principal é o STF. Por outro lado, qualquer tribunal ou juiz poderá exercer o controle difuso (incidental) da Constituição, incluído o STJ, respeitado o art. 97, CF, bem como os arts. 480 e segs., do CPC, e os arts. 199 e segs., do Regimento Interno do STJ.

Rogério Lauria Tucci esclarece:

“(…) Na Constituição de 5 de outubro de 1988, (…) sob a incorreta denominação de ‘ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual’, é previsto o controle de constitucionalidade, pela via principal, no art. 102, I, a, a pedido de qualquer das pessoas enumeradas no art. 103.

Por outro lado, como esclarecido no Capítulo X, n. 1, *supra*, o Código de Proce-

so Civil de 1973 fez inserir, no Título IX do Livro I – Do processo nos tribunais –, disposições referentes à declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, pelos órgãos colegiados em geral, obviamente por via incidental.

Daí aflorar inequívoca a conclusão de que, no Brasil, vigoram, concomitantemente, os sistemas de controle difuso e de controle concentrado de constitucionalidade da lei ou ato normativo a ela, para tal fim, equiparado:

a) o difuso, ‘exercitável por qualquer órgão jurisdicional de segundo grau’, *a exemplo do que ocorre em primeira instância*, ‘sempre por via incidental, na forma preceituada no art. 97 da Carta Magna da República’, e quando houver necessidade de solucionar-se questão constitucional prejudicialmente ao julgamento da causa ou do recurso;

b) o concentrado, direta e exclusivamente pelo Supremo Tribunal, mediante atuação de pessoa a tanto legitimada, em causa de sua competência originária, referente à ‘inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual’.²

O sistema de controle de constitucionalidade português, como o brasileiro, também é eclético. José Joaquim Gomes Canotilho, que lhe dá o nome de misto

* Palestra proferida no Seminário de Direito Processual Civil promovido pela Associação dos Advogados do Banco do Brasil – ASABB e Associação Paulista dos Advogados do Banco do Brasil – ASPABB – no Hotel Crowne Plaza, em 7.12.01.

1 *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 4, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 41.

2 *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 178-179.

complexo, ensina que “a competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas continua a ser reconhecida a todos os tribunais – judiciais, administrativos, fiscais – (cf. arts. 204 e 277) que, quer por impugnação das partes, quer *ex officio* pelo juiz ou pelo Ministério Público, julgam e decidem a questão da inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a decisão judicial. Sublinhe-se, porém, a originalidade do sistema português: 1) não se consagra o modelo puro de *judicial review* porque (...) existe também entre nós um sistema concentrado; 2) não se consagra um sistema de mero incidente de inconstitucionalidade, porque os tribunais têm acesso direto à Constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente, remetendo, como acontece em alguns sistemas – alemão, italiano –, a decisão para o TC. Neste sentido se afirma que, no actual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem excepção, são órgãos da justiça constitucional”.³

Convém registrar, outrossim, que o controle difuso da constitucionalidade é da tradição do Direito Constitucional brasileiro, a partir da Constituição de 1891, e, desde então, sem sofrer qualquer mudança, se trata do dever e poder de examinar, em ação ou recurso, *incidenter tantum*, como matéria prejudicial, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Na dicção de José Horácio Meirelles Teixeira, “embora não suficientemente explícita”, a adoção do controle jurisdicional da constitucionalidade das normas, por influência direta do direito americano, se deu com “o Decreto nº 848, de 1890, e logo a seguir pelos arts. 59, § 1º, b, e 60, § 1º, a e b, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891” e, pouco depois, em 1894, a Lei nº 221 estabelecerá “que os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos, e deixariam de aplicar aos casos correntes as leis manifestamente inconstitucionais e os

regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.⁴

Chame-se à colação, observada a redação original, o art. 13, § 10, da Lei nº 221, de 20.11.1894, que completava as disposições do Decreto nº 848, de 11.10.1890, este assinado pelo então General Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, *in verbis*:

“Art. 13. Os juízes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

(...)

§ 10. Os juízes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”

Se o juiz ou tribunal, destarte, aplicou texto de lei ordinária ou decreto ou medida provisória ou regulamento ou regimento, sem se manifestar sobre sua inconstitucionalidade, é porque os reputou constitucionais, pois “o juiz não tem o arbítrio de deixar de lado a questão constitucional, ou as questões constitucionais, que as partes ou os membros do Ministério Público levantarem. É missão sua. É dever seu. *Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso.* A Constituição é lei, e não é dado desconhecer as leis (...)”.⁵ (grifos não originais)

Seguindo essa lógica, sobre a competência do STJ para reconhecer a inconstitucionalidade, concluiu o ilustre Min. Antônio de Pádua Ribeiro, por ocasião da Arguição de Inconstitucionalidade no REsp. nº 12.005/RS, publicada no DJU de 10.5.93, que:

“(...) A Constituição, no seu artigo 105, inciso III, estabelece a competência desta Corte para julgar recurso especial, versando sobre matéria infraconstitucio-

3 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2º ed., Ed. Almedina, p. 809.

4 *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Forense Universitária, 1991, p. 411.

5 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI, Rio de Janeiro, Forense, 1975, pp. 55-56.

nal. Mas outro artigo estabelece a competência de todos os Tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Trata-se, portanto, de declaração *incidenter tantum*, não havendo qualquer razão plausível, à vista do nosso sistema constitucional, de negar-se apenas a um Tribunal, da hierarquia deste, poderes de incidentemente declarar a inconstitucionalidade de lei diante de um recurso especial que esteja a apreciar.”

Em resumo, o art. 105, CF, não pode ser interpretado em dissonância com o art. 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 STJ, que, por seu turno, vem arrolado no art. 92, inc. II, da CF, como órgão do Poder Judiciário.

Desse modo, “cumpre afastar com energia qualquer dúvida sobre a competência, *in genere*, do Superior Tribunal de Justiça para conhecer de arguições de inconstitucionalidade de leis ou de outros atos normativos do poder público (...). É um corolário inafastável do regime de hierarquia de normas entre nós adotado, e em particular do princípio de que, no contraste entre normas hierarquicamente diversas, deve prevalecer a de mais alto nível, recusando-se aplicação à de nível mais baixo.

Ora, não há supor que de semelhante atribuição, deferida genericamente a órgãos de qualquer grau e de qualquer ramo do Poder Judiciário, esteja privado, solitariamente, o Superior Tribunal de Justiça. A restrição que se lhe impõe é a mesma que o art. 97 da Carta Federal impõe aos outros tribunais: a eventual declaração da inconstitucionalidade – ainda que em caráter *incidente*, consoante ocorre no controle ‘difuso’ – apenas se faz possível ‘pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial’”.⁶

Isso porque, de acordo com o magistério de Canotilho, o hermeneuta constitucional deve “sempre considerar as normas

constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”,⁷ enquanto o eminente professor Jorge Miranda, após anotar que “à função integradora da Constituição vem a corresponder a função racionalizadora da interpretação constitucional”, esclarece que “a Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade de harmonia de sentido”.⁸

Obtempere-se, por outro lado, que a espécie não guarda semelhança com a questão do pré-questionamento, em se tratando de outras matérias que o juiz poderá, de ofício, suscitar em qualquer tempo ou grau de jurisdição, como ocorre, por exemplo, com as condições da ação e com as nulidades. Estas e aquelas estão sujeitas ao pré-questionamento, o que não se dá com o incidente de inconstitucionalidade, em razão da natureza do tema enfrentado, que envolve o valor supremo de todo o ordenamento jurídico do país, representado pela Constituição. As primeiras possuem natureza exclusivamente processual. Vale dizer, só dizem respeito ao processo enquanto não finda a relação processual. O incidente de inconstitucionalidade, todavia, é matéria processual enquanto incidente, mas a inconstitucionalidade, *per se* considerada, diz respeito sobretudo ao direito material e à estrutura e à hierarquia das normas jurídicas vigentes no país, de sorte que, como eiva substancial, não depende e jamais poderia depender de pré-questionamento.

Entender-se de outra forma levaria ao paradoxo de obrigar o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, a dar validade a um ato normativo nulo, contrariando a função precípua da atividade jurisdicional de aplicar o direito ao caso concreto, direito este que haverá de ter eficácia e validade.

Dessa forma, se um recurso especial cuidasse de norma que admite a escravidão, por hipótese, e estivessem discutindo vendedor e comprador de escravos contrato de compra e venda de pessoa humana, o STJ

6 José Carlos Barbosa Moreira, *Direito Aplicado II (Pareceres)*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 255-256.

7 *Direito Constitucional*, 3ª ed., Coimbra, Ed. Almedina, p. 1.149.

8 *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., t. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, pp. 227-228, n. 56.

deixaria de apreciar a inconstitucionalidade da norma porque incabível o exame de cláusulas contratuais em recurso especial, ou, pior, porque não haveria benefício para o recorrente, ou o recorrido. O objeto do contrato, isto é, o escravo, como não era parte no feito e nem argüiu a inconstitucionalidade, teria ficado completamente desamparado.

Com efeito, a par da natural existência de falhas nos sistemas jurídicos, em razão da imperfeição humana, advertia Rui Barbosa que o absurdo não deve ser concebido, pois “ordenar o que não há meio de fazer, proibir o que se não pode evitar, é desarrazoar, é ensandecer. Não há de supor que a lei ordinária, quanto mais a lei constitucional, caduque e delire. Da interpretação dos textos legislativos se deve refugar sempre o absurdo”⁹

Para o saudoso mestre Alfredo Buzaid, “sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas, que toda lei adversa à Constituição é absolutamente nula, não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver, nasceu morta. Não teve, pois, nenhum momento de validade”¹⁰

Decidiu, de sua feita, Marshall, no célebre caso *Marbury vs. Madison*, que:

“(…) se uma lei opuser-se à Constituição e se ambas, a lei e a Constituição, aplicam-se a um caso particular, de modo que a Corte deva decidir aquele caso conforme a lei, desrespeitando a Constituição ou respeitá-la, recusando a lei, a Corte deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso; isto é da própria essência do dever judiciário.

Se, então, os tribunais quiserem respeitar a Constituição, e esta for superior a qualquer lei ordinária, deve governar o caso ao qual ambas se aplicam.

Aqueles, portanto, que controvertem o princípio de que a Constituição deve ser considerada na Corte como um direito supremo, são levados à necessidade de provar o fato de que os tribunais devem fechar seus olhos sobre a Constituição e ver apenas a lei.

Esta doutrina subverteria o próprio fundamento de todas as constituições escritas. Ela declararia uma lei que, se segundo os princípios e a teoria de nosso Governo for inteiramente nula, seria ainda, na prática, perfeitamente obrigatória. Declararia que se o Legislativo fizer o que é expressamente proibido, tal ato, todavia, apesar da proibição, será em verdade válido. Estaria dando ao Legislativo uma onipotência prática e real, com o mesmo alento com que professa restrição de seus poderes dentro de limites escritos. É prescrever limites e declarar que aqueles limites podem ser ultrapassados por prazer.”¹¹

Acresça-se a precisa dissertação de Amílcar de Castro de que “se o juiz fosse obrigado a aplicar qualquer lei, embora inconstitucional, não só deixaria de ser independente, como de nada valeria o princípio da separação dos poderes e a supremacia da lei constitucional”¹².

Conseqüentemente, consoante o ensinamento de Barbosa Moreira, “a argüição pode ser feita a propósito de qualquer recurso que o órgão fracionário tenha de julgar, ou de qualquer causa da sua competência originária, ou ainda de matéria obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição. Pouco importa que ela se relacione, ou não, com o mérito. O que interessa, e basta, é que a decisão a ser tomada pelo órgão, seja qual for, dependa logicamente de considerar-se ou não constitucional a lei ou o outro ato objeto da argüição”¹³ uma vez que “não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma

9 *Apud* João Mendes Neto, *Rui Barbosa e a Lógica Jurídica*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1949, p. 132.

10 *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 129, n. 58.

11 *Apud* Carl Brent Swisher, *Decisões históricas da Corte Suprema*, Rio de Janeiro, Forense, 1964, pp. 11-12.

12 *Apud* José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1ª ed., atualizada, revista e complementada por Ovidio Rocha Barros Sandoval, vol. IV, Campinas, Ed. Millennium, 2000, p. 111, n. 25 a 930.

13 *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 36-37. *Vide*, também, do mesmo autor: “*El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Brasil: un bosquejo*”, in *Temas de Direito Processual – Sexta Série*, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 183-193.

suposta *causa petendi*, até porque a argüição não constitui ‘pedido’ em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, *ex officio*, pelos órgãos judiciais, na área em que lhes toque exercer atividade cognitiva”.¹⁴

A argüição de inconstitucionalidade, por conseguinte, é questão de direito, de ordem pública, e, por isso, é sempre possível a iniciativa oficial. “Os próprios juízes, órgãos que são do Estado, para prestarem a tutela jurídica, podem, de ofício, argüir a inconstitucionalidade”, pois lhes “(...) incumbe aplicar a lei, a fim de manter a correlação entre incidência e aplicação das regras jurídicas. Trata-se de segurança jurídica ou ordem extrínseca (...)”.¹⁵

Poder-se-ia argumentar, de outra parte, que, como os direitos discutidos no processo são disponíveis, seria necessária a provocação das partes, as quais, no caso presente, não teriam demonstrado interesse na medida. Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, no entanto, argumenta que “a necessidade, porém, de existência de um caso ou controvérsia real não importa dizer que o juiz seja forçado a aguardar a alegação das partes para se manifestar sobre a eficácia da lei em face da Carta Constitucional. A afirmação de Carlos Maximiliano de que o Judiciário não pode agir *sponte sua*, mas está obrigado a esperar que os interessados reclamem contra o ato, precisa ser entendida em termos. Efetivamente, só uma demanda real dá ensejo ao pronunciamento dos juízes, mas, instaurado o processo, não está a justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei inconstitucional. Esta não existe como lei e, por conseqüência, o juiz se recusará a aplicá-la, ainda mesmo que os litigantes, na sua unanimidade, a considerem boa e válida. Os juízes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem, e devem, *ex officio*, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao

caso. Cabe ao juiz aplicar a lei ao caso sujeito – explica Barbalho –, ‘mas o ato contrário à Constituição não é lei, e a justiça não lhe deve dar eficácia e valor contra a lei suprema’”.¹⁶

Ora, se qualquer Ministro do STJ pode, de ofício, argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, está-se diante de questão que independe de provocação de qualquer das partes envolvidas no recurso especial, e transcende, como *retro* mencionado, a exigência de pré-questionamento, porque a defesa da Constituição é tarefa indeclinável, natural e própria de todos os órgãos jurisdicionais, singulares ou coletivos, do Poder Judiciário.

Da leitura das nobres ensinanças *supra* mencionadas, é de ver, portanto, que, não obstante o controle de constitucionalidade difuso somente possa ser exercido incidentalmente, a natureza do processo, se de competência originária ou recursal, as alegações das partes, a causa de pedir, o pedido ou eventual interesse jurídico, ou econômico, são irrelevantes para a análise da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, pois se trata da proteção do ordenamento jurídico brasileiro, que é autorizada a qualquer magistrado pela Constituição, porque, de acordo com o raciocínio de Cretella Jr., “se a Constituição é a lei das leis, a *suprema lex*, não se admite que o magistrado, examinando a lei – ou o ato normativo – não perceba de imediato o choque frontal entre a regra jurídica infraconstitucional – ou entre o ato administrativo – e a regra jurídica constitucional. Se nem o cidadão comum pode alegar a ignorância da lei a pretexto de descumpri-la, *a fortiori*, o magistrado não pode deixar de examinar a inconstitucionalidade apontada”.¹⁷

Nessa linha, cita Gilmar Ferreira Mendes a lição, em todo tempo atual, de Lúcio Bittencourt: “sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a deci-

14 *Op. cit.*, pp. 45-46.

15 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., t. VI, Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 81.

16 *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, Forense, p. 113.

17 *Comentários à Constituição de 1988*, vol. VI, Ed. Forense Universitária, p. 3.040.

são da causa, não devem os tribunais fugir à tese.”¹⁸

Em outra ocasião, esclarece o respeitável jurista que “a questão de constitucionalidade há de ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal (...)”.¹⁹

Não é importante, na verdade, perquirir qual parte irá sair vitoriosa no julgamento do recurso especial, na eventualidade de ser declarada a inconstitucionalidade de determinada lei, dispositivo, ou ato normativo, pois a argüição de inconstitucionalidade, tal como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem por escopo não proteger o mero interesse das partes, mas sim o interesse maior do ordenamento jurídico.

É certo que as diferenças entre a ação direta de inconstitucionalidade e a declaração incidental de inconstitucionalidade são claras, a começar pela competência, que, como *suso* explicitado, para a primeira é exclusiva do STF (Lei Federal) e para a segunda é de qualquer juiz ou tribunal. Já a eficácia da ADIn, como é sabido, é *erga omnes*, e a declaração incidental somente possui eficácia intraprocessual. Além disso, se na declaração incidental qualquer das partes está legitimada para a sua argüição, bem assim o Ministério Público e o magistrado, *ex officio*, em razão da existência de processo instaurado, somente algumas pessoas estão legitimadas à propositura da ADIn, em decorrência do princípio da demanda.

Ocorre, todavia, conforme já lembrado, que a finalidade de ambas as formas de controle é a mesma, a de extirpar do ordenamento jurídico brasileiro normas inválidas perante a Constituição Federal, conquanto, no sistema difuso, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo tenha apenas eficácia para o caso concreto. Não seria conforme o sistema jurídico pátrio, nem justo, que se esperasse pela solução de uma ADIn ou se devesse pré-questionar a matéria desde o início até o STF para concluir-se, finalmente, que ela é inconstitucional.

Dilucida bem a matéria Zeno Veloso:

“No controle difuso, a alegação da inconstitucionalidade não é a demanda principal, constituindo questão prejudicial. O juízo de inconstitucionalidade é suscitado incidentalmente, por ser relevante e necessário para se saber se a lei vai ser aplicada, ou não, ao caso concreto.

Se houver a declaração de inconstitucionalidade, argüida como questão prejudicial, a consequência é a não aplicação da norma impugnada na relação jurídica sob exame. Não há a invalidação da lei, de modo geral, perante todos. A decisão afasta, apenas, a sua incidência *no caso, para o caso e entre as partes*. A eficácia da sentença é restrita, particular, refere-se, somente, à lide, subtrai a utilização da lei questionada ao caso sob julgamento, não opera *erga omnes*. A lei, teoricamente, continua em vigor, não perde a sua força obrigatória com relação a terceiros, sendo aplicada a outros casos.

Todavia, se a matéria chegar ao STF, através de recurso, e for a lei declarada inconstitucional, por sentença definitiva, o problema fica resolvido, mas, ainda, com eficácia *inter partes*, e compete ao Senado Federal, através de resolução, suspender a execução da lei (CF, art. 52, X). Expõe José Afonso da Silva que, no controle concreto, a argüição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória, faz coisa julgada entre as partes, assegura. Mas, conclui, ‘no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade’.

Observa Pinto Ferreira que somente existe o dever de o STF comunicar a decisão, para efeito de suspensão da execução da lei, pelo Senado, quando se tratar de ação

18 *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., revista e ampliada, Celso Bastos Editor, 1999, p. 373.

19 “Repertório Jurisprudência”, in *Caderno 3*, 2000, p. 22, n. 1.

incidental de inconstitucionalidade, isto é, por via de exceção, se a inconstitucionalidade houver sido declarada *incidenter tantum*. Quando a inconstitucionalidade for declarada pelo Supremo Tribunal em decorrência de ação direta, numa apreciação em tese, no exercício do controle concentrado (CF, art. 102, I, *a*), o efeito da declaração é imediato e geral, já operando *erga omnes*, não havendo necessidade de ser feita comunicação ao Senado.²⁰

Considerar-se que, nos termos da Súmula nº 126, do STJ, “é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” e que “a ofensa à Constituição que autoriza o acolhimento do recurso extraordinário é a ofensa direta e não por via reflexa (Ag. Reg. nº 140.211, *DJ* 3.4.92)”, é argumento que não invalida a tese ora defendida.

Tal entendimento, porém, seria inteiramente aplicável às hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, ou seja, quando, de acordo com o disposto no art. 102, inc. III, da Constituição Federal, a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei Federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. No que respeita ao exame de constitucionalidade de lei ou ato normativo, entretanto, a disciplina, frise-se, é diversa, pois não se trata da análise de uma decisão puramente confrontada com os dispositivos constitucionais pertinentes e nem da ofensa direta pela decisão recorrida à Constituição, mas do exame de norma infraconstitucional, à luz da Carta.

Vale mencionar, assim, a manifestação do insigne Min. Moreira Alves, na qual, conquanto critique o sistema recursal brasileiro, esclarece o procedimento da arguição de inconstitucionalidade em recurso especial no STJ:

“Recurso especial, para questão legal; recurso extraordinário, para questão consti-

tucional. Vamos dizer, ambos são admitidos, vamos simplificar o exemplo: sobe o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, terceiro grau. O Superior Tribunal de Justiça vai examinar se houve ou não negativa de vigência da lei. *E aí ele chega a essa conclusão por causa do controle difuso de constitucionalidade que ele tem*. Essa lei foi revogada pela Constituição atual. De modo que, como ela foi revogada, e eu não posso ir contra a Constituição, aplicar um princípio incompatível com a Constituição, eu, evidentemente, deixo de aplicar se houve ou não negativa de vigência em virtude dessa preliminar prejudicial. Aí o que faz a parte, que já havia interposto um recurso extraordinário com relação ao princípio do contraditório, contra a decisão e apelação? Ela aí, então, interpõe um recurso extraordinário – não é mais aquele, aquele está hibernando, está esperando, é outro – contra essa decisão do Superior Tribunal de Justiça, que diz que a Constituição revogou a lei e, portanto, ela não poderia examinar se a lei tinha sua vigência sido negada ou não. Vai ao Supremo, e o Supremo, como guardião da Constituição, diz: ‘Não, não houve revogação nenhuma.’ E aí se pergunta: Ele pode julgar se houve negativa de vigência dessa lei, que ele disse que não foi revogada pela Constituição? Não, porque isso não é competência dele. Então ele devolve – quinto grau de jurisdição – ao Superior Tribunal de Justiça para que julgue esse recurso especial cuja preliminar caiu.”²¹ (destaques não originais)

Dessa forma, não há qualquer dificuldade em se adequar à posição deste artigo o conteúdo da Súmula nº 513, do STF, que dispõe:

“A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito.”

Segundo Teothonio Negrão, ao discutir a vigência da referida súmula, teria sido ela “editada mais por motivos de or-

20 *Controle Jurisdicional de Inconstitucionalidade*, 2ª ed., Livraria Del Rey Editora Ltda., pp. 41-42.

21 *Anais do Seminário: Plebiscito e Revisão Constitucional*, Senado Federal, Brasília, 1992, pp. 112-113.

dem prática, a fim de evitar que tivessem de ser interpostos sucessivamente dois recursos extraordinários para o STF: um, desde logo, em matéria constitucional; outro, nas questões infraconstitucionais, quando o feito voltasse à turma para completar o julgamento.

Hoje, não existe mais essa razão, porque em tema constitucional cabe recurso ao STF, e em matéria infraconstitucional, ao STJ. Além do mais, o julgamento está findo, em matéria constitucional, com a decisão do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial: não pode ser alterado pela turma”.²²

Nessa esteira, também, é o pensar de Gilmar Ferreira Mendes de que “a decisão do Plenário, que é irrecorrível, vincula o órgão fracionário, no caso concreto, incorporando-se ao ‘julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável’. Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da *questão concreta* perante o órgão fracionário”.²³

Deveras, uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pela Corte Especial, poderá a parte processualmente prejudicada interpor recurso extraordinário, com base no art. 102, inc. III, *b*, da CF. O que a Súmula nº 513/STF dispõe é contra qual acórdão será interposto eventual recurso extraordinário, nada além disso.

Mais a mais, já admitiu a Corte Especial do STJ que, “*se o único fundamento da causa é a inconstitucionalidade de texto de lei*, inexistindo matéria remanescente a ser decidida, é desnecessário que a Corte Especial devolva os autos ao órgão julgador que a suscitou, para completar-lhe o julgamento, devendo, desde logo, decidir o feito, a fim de evitar procrastinação incompatível com os princípios que regem o processo moderno”.²⁴ (grifos originais)

No mesmo diapasão, já prelecionou o eminente jurista Barbosa Moreira, ao asseverar que se a Corte Especial “acolher a ar-

güição, negará provimento ao recurso especial da União, seja qual for a convicção que formar no plano infraconstitucional. A União (que continuará sucumbente) facultar-se-á, é claro, recorrer extraordinariamente desse acórdão, com base no art. 102, nº III, *b*, da Carta da República (...). Se a rejeitar, poderá prover ou desprover o recurso especial, consoante o entendimento que tiver sobre o litígio em nível infraconstitucional. Provendo-o, a CST (que terá passado de vencedora a vencida) disporá ainda do recurso extraordinário contra tal decisão, com fundamento no art. 102, nº III, *a*. Desprovendo-o, nenhum outro recurso caberá, pois a consulente permanecerá vitoriosa, e a União, embora sucumbente, terá visto resolvida a seu favor a questão constitucional”.²⁵

Diga-se, a propósito, que tal solução vem sendo adotada no direito brasileiro desde 1890, nos termos do art. 9º, § único, alíneas *b* e *c*, do Decreto nº 848, observada a redação original, que permitia a interposição de recurso extraordinário “a) *quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou convenção*, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federaes e a *decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto*; e c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado de preceito ou cláusula”.

Nesse eito, no que tange ao interesse das partes no processo em que se argúi a inconstitucionalidade, ele é irrelevante, em razão da natureza da questão debatida, pois ao

22 *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 32ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 499, n. 1 ao art. 482.

23 *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 2ª ed., revista e ampliada, Celso Bastos Editor, 1999, p. 376.

24 *RSTJ* 90/23.

25 *Direito Aplicado II (Pareceres)*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 270-271.

questionar a constitucionalidade de uma norma, está o julgador examinando a sua validade, em comparação ao sistema constitucional vigente, de forma objetiva. Por esse motivo, desde o início da República brasileira, a decisão da qual cabe recurso extraordinário deve ser *a favor* ou *contra* a validade de lei ou ato normativo, desimportante o proveito, no caso concreto, que possam as partes auferir.

Por outro lado, é de bom conselho diferenciar o interesse econômico, ou material, do interesse processual, pois, conforme Pontes de Miranda, “(...) é preciso que haja pretensão à tutela jurídica, para a qual se exige que o interesse possa entrar no mundo jurídico (...)”²⁶.

Sobre o argumento de que a inconstitucionalidade somente poderá ser argüida e declarada quando for em benefício do recorrido, pelo exposto e de acordo com as determinações legais e constitucionais, não há como se fixar tal parâmetro, *data venia*, sob pena de se permitir a aplicação consciente de normas inválidas, desatendendo a preceito de ordem pública e, se o caso, prejudicar direito do recorrente.

Além disso, tal “condição de admissibilidade” teria a virtude de inverter o julgamento. Aprecia-se primeiro o mérito da argüição de inconstitucionalidade e, se considerada inconstitucional a norma discutida, indaga-se se irá beneficiar o recorrido. Logo, analisa-se antes a inconstitucionalidade e seus efeitos e, após, volta-se a pressuposto de admissibilidade, isto é, se deve ou não ser analisada a argüição, em manifesta desobediência ao art. 97, CF, pois é inviável tal exame por órgão fracionário de qualquer tribunal.

Não há norma, nem constitucional nem infraconstitucional, que estabeleça tal distinção. Conquanto o recorrente não possa discutir temas constitucionais em recurso especial, isto é, examinar a decisão recorrida sob a ótica da Constituição, a própria Carta a ele assegura (e também ao juiz) a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade perante qualquer juiz ou tribunal. Não se trata da análise de dispositi-

vos constitucionais, como já dito, mas do exame de norma infraconstitucional, à luz da Constituição.

Ademais, não há cogitar do princípio pelo qual a interpretação deve favorecer a rejeição preliminar do incidente. Assertiva desse jaez é absolutamente correta na interpretação do exame de mérito da constitucionalidade, mas nunca na aferição da admissibilidade do incidente. Ao reverso, sempre deve o aplicador da lei dirimir a controvérsia pelo mérito, a menos que haja obstáculo intransponível, pois, no magistério de Francisco Campos, a Constituição deve ser interpretada “de maneira a favorecer a atuação dos seus princípios e facilitar os fins que teve em vista atingir com o seu estabelecimento”²⁷.

Convém registrar, por oportuno, que, embora a Argüição de Inconstitucionalidade no REsp. nº 12.005/RS não tenha sido acolhida pela Corte Especial do STJ, a tese que vingou foi na direção de que a Lei Federal foi revogada pela Constituição ulterior, não a de que o STJ não pode em recurso especial apreciar incidente de inconstitucionalidade; tampouco que o pode fazer apenas para beneficiar o recorrido.

A Corte Especial do STJ, por sua vez, no REsp. nº 182.820/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, no julgamento de 2.12.98, admitiu a argüição de inconstitucionalidade do art. 526 do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.139/95, embora a tivesse, no mérito, rejeitado. Tratava-se, nesse caso, de recurso especial cujo pedido era a declaração da indispensabilidade da comprovação determinada pelo art. 526, do CPC, para que o Tribunal *a quo* não conhecesse de agravo de instrumento interposto perante ele. Suscitou, então, em 2.12.98, o Min. Fontes de Alencar, de ofício, a inconstitucionalidade do citado dispositivo e, por maioria, houve por bem a Corte Especial admitir a argüição e determinar a ouvida do Ministério Público.

O Pleno do STF, de certa feita, já decidiu que:

“(..). 1. Do sistema constitucional vigente, 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 STJ, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária.

2. *Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, 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 àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o fez, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o recurso extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa (...).*²⁸ (grifos não originais)

A par de não haver dúvida de o controle difuso de inconstitucionalidade poder ser exercido pelo STJ, quando se cogite de sua competência originária, ou do julgamento de recurso ordinário, dúvida não pode pairar que idêntico poder lhe é conferido em se tratando de recurso especial interposto, seja pela letra *a*, seja pela letra *c*, do art. 105, inc. III, da Carta Magna. Ora, não faria sentido atribuir-se direito derivado de norma que não se ajusta à Constituição.

Registre-se, igualmente, que não impede a admissibilidade da argüição de inconstitucionalidade a circunstância de fundar-se o recurso especial apenas no art. 105, inc. III, letra *c*, da Constituição Federal. Como se pode inferir pela simples comparação entre o disposto nas alíneas *a* e *c*, daquele inciso e artigo, é evidente que o dissídio jurisprudencial deve versar sobre a aplicação de uma norma, que terá sido ou não violada pelo Tribunal *a quo*, a depender da orientação adotada. Por esse motivo, afirma a doutrina que “(...) a hipótese prevista na alínea *c* do art. 105, inc. III, é perfeitamente enquadrável na alínea *a* do mesmo dispositivo constitucional. Isso porque o re-

corrente, nesse caso, mesmo indicando decisões divergentes da impugnada, deverá imputar-lhe a pecha da contrariedade à lei federal”.²⁹

Vale transcrever, outrossim, a lição de Nelson Luiz Pinto, no sentido de que a interposição do recurso especial pela letra *c* se sobrepõe à hipótese de cabimento pela letra *a*, uma vez que, “quando se ingressa com recurso especial com fundamento na letra *c* do art. 105, III, da Constituição Federal, não basta afirmar-se que a decisão recorrida diverge de outra, proferida por outro Tribunal. Há necessidade, também, de que a parte alegue e demonstre que a interpretação acertada da Lei Federal em questão é aquela constante da decisão-paradigma, e não a contida na decisão recorrida, razão pela qual se pede a reforma do acórdão, para que prevaleça a tese contrária. Ora, se se alega que a interpretação dada na decisão recorrida a respeito de determinada Lei Federal não é correta, está-se afirmando, conseqüentemente, que essa Lei Federal foi contrariada pelo acórdão”.³⁰

Permita-se transcrever trecho do voto exarado pelo Min. Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento do precedente acima transcrito, em que afirma, expressamente, a possibilidade de argüição da inconstitucionalidade em recurso especial fundado na divergência jurisprudencial:

“Apenas para limitar a nossa divergência: Acórdão local, fundado exclusivamente em matéria legal; por dissídio de jurisprudência, recurso especial para o STJ; o STJ reconhece o dissídio; reconhece, mais, que a interpretação do recorrente, no plano legal, seria melhor. O STJ tem, contudo, nessa hipótese, poder para dizer: esta lei é inconstitucional. A questão constitucional surgiu aí. Dessa questão porém, cabe recurso extraordinário. (...) Ora, está na Constituição, no art. 102, o cabimento do recurso extraordinário das decisões que declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.”

28 Ag. nº 145.589-7/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 24.6.94.

29 José Miguel Garcia Medina, *O Pré-questionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, Ed. RT, p. 99.

30 “Recurso Especial para o STJ”, 2ª ed., Malheiros Editores, pp. 125-127, apud José Miguel Garcia Medina, *O Pré-questionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, Ed. RT, p. 99.

Não se pode esquecer a autorizada contribuição de Carlos Maximiliano, ao afirmar que a Constituição “tanto prevê no presente como prepara o futuro”, motivo pelo qual não pode o aplicador se “ater a uma técnica interpretativa exigente e estrita” capaz de impedir que o tribunal aprecie a constitucionalidade de uma lei.³¹

Em suma e para concluir, é perfeitamente possível a arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, quer manifestado pela letra *a*, quer pela letra *c*, do art. 105, inc. III, CF. O incidente tanto pode ser manifestado pelas partes como provocado de ofício por qualquer Ministro, desde que submetido, em primeiro lugar, à Turma ou à Seção a que pertencer. Acolhida a arguição pelo órgão fracionário, a matéria terá de ser examinada e julgada pela Corte Especial.

Por fim, o incidente prescinde de pré-questionamento e não há indagar a quem possa favorecer. Para ser instaurado, basta existir um feito a ser julgado pelo órgão fracionário.

Nota do autor: Na mesma linha de raciocínio e afinada com a presente conclusão é a valiosa e autorizada manifestação de Athos Gusmão Carneiro:

“Dispõe o art. 105, III, da Lei Maior: ‘Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III – julgar, em recurso especial, 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-lhe vigência;

b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de Lei Federal; e

c) der à Lei Federal interpretação diferente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.’

Na expressão de Arruda Alvim, ao STJ ‘coube matéria vital, qual seja a de ser o guardião da inteireza do sistema jurídico fe-

deral *não constitucional*, assegurando-lhe validade e bem assim uniformidade de interpretação. A função do recurso especial é uma exigência síntese do recurso federal em que vivemos’ (art. dout. na coletânea *Recursos no STJ*, Ed. Saraiva, 1991, p. 155).

Todavia, a circunstância de o objeto específico da atividade do STJ ‘ser a inteligência e a aplicação da Lei Federal não inibe sua atividade interpretativa dessa lei, à luz da Constituição Federal’ (Eduardo Arruda Alvim, *Curso de Direito Processual Civil*, t. 2, RT, p. 211). Certamente, o poder-dever de examinar as leis e os atos normativos à luz da Constituição Federal e de declarar-lhes *incidenter* a inconstitucionalidade, que compete a qualquer juiz singular e aos tribunais em geral, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, evidentemente também compete ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, será altamente impróprio dizer que o STJ não examina matéria constitucional; pode e deve examiná-la, se *no trato dos recursos de sua competência* tornar-se necessário aferir da constitucionalidade e, pois, da validade e incidência da Lei Federal.

Neste sentido manifestou-se Barbosa Moreira, em sede de parecer, afirmando que: ‘Antes de mais nada, cumpre afastar com energia qualquer dúvida sobre a competência, *in genere*, do Superior Tribunal de Justiça para conhecer arguições de inconstitucionalidade de leis ou de outros atos normativos do poder público (*omissis*). Ora, não há supor de que de semelhante atribuição, deferida genericamente a órgãos de qualquer grau e de qualquer ramo do Poder Judiciário, esteja privado, solitariamente, o Superior Tribunal de Justiça. A restrição que se lhe impõe é a mesma que o art. 97 da Carta Federal impõe aos outros tribunais: a eventual declaração de inconstitucionalidade – ainda que em caráter incidente consoante ocorre no controle ‘difuso’ – apenas se faz possível ‘pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial.’ (*Direito Aplicado II*, Forense, 2000, pp. 255-256).³²

31 *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 8ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1965, p. 318, n. 364.

32 *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 7-8. Trecho ora aditado por se tratar de monografia posterior à data em que esta palestra foi proferida.