

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Público

ÂNGELO BARBOSA LOVIS

CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS EM
RECURSO ESPECIAL

BRASÍLIA-DF

2008

ÂNGELO BARBOSA LOVIS

**CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS EM
RECURSO ESPECIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco.

BRASÍLIA-DF

2008

ÂNGELO BARBOSA LOVIS

**CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS EM
RECURSO ESPECIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/____, com menção
_____ (_____).

Banca examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Agradeço a Deus e à minha família, por tudo; à Adriana, pelo incentivo contínuo e por todas as alegrias; ao meu orientador, professor Paulo Gonet, que tão gentilmente aceitou a tarefa de me orientar no presente trabalho; agradeço ainda a todos que colaboraram de alguma forma para a concretização do presente ensaio. Sem a colaboração dessas pessoas, certamente careceria o trabalho do rigor técnico que procuramos alcançar no desenvolvimento da pesquisa.

O presente ensaio tem por escopo estudar o controle difuso de constitucionalidade das normas em recurso especial, analisando suas peculiaridades, limitações, procedimento, legitimidade para arguição da inconstitucionalidade, dentre outros fatores. Antes do enfrentamento do tema central propriamente dito, procuramos tecer breves considerações acerca de institutos cuja compreensão é premissa para uma correta abordagem do assunto principal: ordenamento jurídico (sistema de normas); constituição; controle ou fiscalização de constitucionalidade das normas, com ênfase para as principais diferenças existentes entre os controles difuso e concentrado; o surgimento do Superior Tribunal de Justiça no texto constitucional de 1988 e, finalmente, o papel do recurso especial no ordenamento jurídico pátrio. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. LIMITES.

The following essay aims to analyze the diffuse judicial review of rules on appeal to the Superior Court of Justice, considering its peculiarities, limitations, procedures, the right to allege its unconstitutionality, among other subjects. Before confronting the central issue itself, a few remarks were made about some institutes which need to be understood before the main issue could be approached: legal system (system of law); constitution, review or fiscalization of the constitutionality of rules with emphasis on the main differences between the diffuse and the concentrated reviews, the emergence of the Brazilian *Superior Tribunal de Justiça* in the constitutional text of 1988 and, finally, the role in the Brazilian legal system of the special appeal to the Superior Court of Justice. DIFFUSE JUDICIAL REVIEW. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SPECIAL APPEAL TO THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE. POSSIBILITY. LIMITS.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ORDENAMENTO JURÍDICO: SISTEMA DE NORMAS	11
3	CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, CLASSIFICAÇÃO E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	13
3.1	CONCEITO	13
3.2	CLASSIFICAÇÃO	14
3.3	SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	17
4	CONTROLE OU FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS: ASPECTOS GERAIS	20
4.1	CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	20
4.2	ESPÉCIES OU MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS	21
4.2.1	<i>Em relação ao órgão controlador</i>	21
4.2.2	<i>Em relação ao momento de realização: a fiscalização preventiva e a repressiva</i>	23
4.3	DIVERSOS TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE	27
4.3.1	<i>Inconstitucionalidade formal, “stricto sensu”, e orgânica</i>	27
4.3.2	<i>Inconstitucionalidade material</i>	29
4.3.3	<i>Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial</i>	30
4.3.4	<i>Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão</i>	31
4.3.5	<i>Inconstitucionalidade direta, imediata ou expressa e indireta, implícita, mediata ou reflexa</i>	32
4.3.6	<i>Inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente (aspecto material)</i>	33
4.4	DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO	34
4.5	INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO	35
5	FISCALIZAÇÃO REPRESSIVA JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS: O CONTROLE DIFUSO (SUBJETIVO OU CONCRETO) E O CONCENTRADO (OBJETIVO OU ABSTRATO)	38
5.1	CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE: NOTÍCIA HISTÓRICA.....	38
5.2	OS CONTROLES DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.....	39
5.3	A RESOLUÇÃO SUSPENSIVA DO SENADO FEDERAL E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	43

5.4 O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE: INSTRUMENTO VIABILIZADOR DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DETERMINADA NORMA, PELA VIA DIFUSA, NOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DOS TRIBUNAIS	44
5.4.1 <i>Natureza jurídica do instituto</i>	46
5.4.2 <i>Objeto da argüição: “lei ou ato normativo do poder público”</i>	47
5.4.3 <i>Legitimidade e momento para a argüição de inconstitucionalidade</i>	47
5.4.4 <i>Recorribilidade da decisão que julga o incidente de inconstitucionalidade</i>	48
6 O SURGIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA RELEVANTE FUNÇÃO NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS	50
7 O RECURSO ESPECIAL: ASPECTOS GERAIS	54
7.1 CABIMENTO	54
7.2 O RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM BASE NA ALÍNEA “A” DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO.....	55
7.3 O RECURSO ESPECIAL FUNDADO NA ALÍNEA “B” DO INCISO III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO.....	57
7.4 O RECURSO ESPECIAL BASEADO NA ALÍNEA “C” DO INCISO III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO.....	58
7.5 EFEITOS DO RECURSO ESPECIAL.....	60
8 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM RECURSO ESPECIAL	62
8.1 DO EFEITO TRANSLATIVO PRODUZIDO PELO RECURSO ESPECIAL E DA NATUREZA JURÍDICA DA QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE NORMATIVA: QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA	62
8.2 DA NECESSIDADE DE VENCIMENTO DO ÓBICE DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL PARA QUE SE POSSA EFETUAR O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM RECURSO ESPECIAL	65
8.3 DA EXIGÊNCIA DE QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM NÃO TENHA EMITIDO PRONUNCIAMENTO ACERCA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL A SER EXAMINADA PELO STJ NO RECURSO ESPECIAL	67
8.4 LEGITIMIDADE PARA LEVANTAR A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE	69
8.5 DO PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE INSTAURADO NO JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL	71

8.6 DA DIFERENÇA EXISTENTE ENTRE O CONTROLE DIFUSO EXERCIDO EM RECURSO ESPECIAL E O CONTROLE DIFUSO EFETUADO EM AÇÕES DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ OU EM SEDE DE RECURSO ORDINÁRIO	74
9 CONCLUSÃO	76

1 INTRODUÇÃO

Nosso objetivo primordial no presente ensaio fora o de analisar a possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente, em sede de recurso especial.

O método utilizado na pesquisa científica fora dedutivo, visto que a formulação das hipóteses de pesquisa se dera em nível abstrato da realidade e fora contrastada com os documentos (jurisprudência e assemelhados) obtidos através da técnica de pesquisa documental.

Antes de adentrarmos no problema principal da monografia, tivemos que abordar e solucionar algumas questões preliminares que são importantes para a exata compreensão do problema.

Assim, no Capítulo 1 da monografia, cuidou-se de especificar o conceito de “sistema jurídico” mais apropriado, vez que, em última análise, a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma implica a expulsão desta do sistema jurídico que a compreendia.

Como a Constituição, na maioria dos ordenamentos jurídicos atuais, é a norma fundamental que tem por função organizar e dar validade ao sistema jurídico de determinado país, tratou-se, no Capítulo 2, de estudar sua conceituação, suas características principais, o princípio da supremacia do texto constitucional e a classificação das constituições que guarde relação de pertinência com o tema central do ensaio.

No Capítulo seguinte, tentamos levantar os aspectos gerais que caracterizam o controle de constitucionalidade das normas que, em nosso país, é um dos meios hábeis à retirada da norma infratora da Constituição do ordenamento jurídico. Neste Capítulo, então, buscamos tratar, além da conceituação e características do tema, das espécies ou modelos de fiscalização da constitucionalidade das normas, dos tipos de inconstitucionalidade, dentre outros fatores.

Adiante, analisamos especificamente o controle jurisdicional da constitucionalidade das normas, abordando mais detalhadamente o sistema difuso, por relação direta com o tema central do presente trabalho, e, em linhas gerais, o

controle concentrado de constitucionalidade. Cuidamos, também, neste Capítulo, do incidente de inconstitucionalidade – instrumento de operacionalização da declaração de inconstitucionalidade normativa, pela via difusa, nos processos de competência dos órgãos fracionários dos pretórios brasileiros.

Dedicamos, de igual modo, um Capítulo apartado para estudar a criação do Superior Tribunal de Justiça, com o advento da Carta Política de 1988, bem assim da relevância jurídica e social da prestação jurisdicional efetuada pelo STJ no julgamento de recursos especiais.

Posteriormente, adentramos na apreciação do recurso especial, também surgido a partir da Constituição Federal de 1988, objetivando estudar seus aspectos gerais.

Finalmente, no Capítulo 7 deste ensaio, estudamos o controle difuso de constitucionalidade em sede de recurso especial: suas características, limitações, legitimidade para a argüição de inconstitucionalidade, diferenças com relação à fiscalização de constitucionalidade exercida nas causas de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e nos recursos ordinários a ele afetos, dentre outras questões.

O presente ensaio não tem por pretensão exaurir o assunto, propondo solução definitiva para o tema; pelo contrário, trata-se de mera contribuição para uma futura resolução final da questão. Todavia, tem como mérito a tentativa de introduzir no plano acadêmico tema tão relevante e tão pouco abordado pelos doutrinadores.

Destarte, este trabalho foi concebido e construído no intuito de levar a questão do controle difuso de constitucionalidade no recurso especial do plano exclusivamente jurisprudencial para o doutrinário, aguardando futuras lições certamente mais precisas que as aqui expostas em algumas linhas.

2 ORDENAMENTO JURÍDICO: SISTEMA DE NORMAS

Considerando-se que o homem é um ser essencialmente social, necessitando do convívio com outros para encontrar um sentido para sua existência, nota-se que, para harmonizar os anseios das diversas pessoas componentes de determinada comunidade, em determinado local e espaço no tempo, há que se estabelecer certas regras de conduta, reguladoras do comportamento humano, de forma a prestigiar a vontade da coletividade em detrimento dos interesses individuais.

À medida que as diferentes comunidades de indivíduos foram se desenvolvendo ao longo da história, houve, simultaneamente, a necessidade de aperfeiçoamento¹ das regras que norteavam a conduta das pessoas integrantes dessas comunidades.

Do mesmo modo, fez-se mister a elaboração de normas reguladoras não só das relações entre os membros de determinada sociedade, mas, também, de disposições que regulassem a relação entre indivíduos de certas sociedades para com os componentes de outras comunidades – origem das normas de direito internacional.

Diante dessa imposição evolutiva de aperfeiçoamento normativo, surgiu a necessidade de organização das normas reguladoras de determinada sociedade. Assim, teve início, nas comunidades mais evoluídas, a sistematização hierárquica das regras de conduta, sendo que a Constituição, na maioria delas, encontra-se no ápice do ordenamento jurídico².

Portanto, as modernas estruturas normativas estão sempre organizadas sistematicamente, de forma que a noção de sistema é indissociável do tema ora estudado.

¹ Essa expressão aqui está sendo utilizada no sentido de necessidade de evolução normativa para acompanhar o desenvolvimento social da comunidade instituidora dessa(s) norma(s), isto é, o texto está se referindo ao avanço normativo puramente sob os aspectos da *complexidade e abrangência*. Portanto, a palavra *aperfeiçoamento*, nesse contexto, não tem qualquer conotação de melhoramento quanto à noção de *justiça*, ou do *certo*, ou do *bom*.

² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 119.

De início, afasta-se a doutrina de Bobbio³ que defende a idéia de que toda modalidade de sistema compreende necessariamente um conjunto de entes entre os quais existe uma relação de coerência. Ora, há que se perceber que existem certos tipos de sistema em que os elementos integrantes não necessariamente guardam relação de coerência entre si, embora tenham que ser coerentes com o todo sistêmico⁴.

Portanto, entendemos que o conceito de sistema⁵ como “conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário⁶” é a melhor forma de definir o que se chama de sistema normativo ou ordenamento jurídico, porquanto, não obstante os sistemas jurídicos mais modernos mantenham a tendência de unidade, ou seja, de formarem um conjunto sistêmico coerente, não raro é encontrar normas integrantes desses ordenamentos em dissonância umas com as outras.

Quando determinadas leis (*lato sensu*) integrantes de um sistema normativo entram em conflito entre si, pode-se verificar claramente que não necessariamente as partes integrantes de determinado sistema jurídico – normas – têm de guardar coerência entre si. Muitas vezes, a divergência ocorre por simples divisão de competência normalmente estabelecida por uma norma superior hierarquicamente ou de poder coercitivo mais acentuado.

Em grande parte dos sistemas jurídicos modernos, deu-se o nome de constituição a essa norma fundamental do Estado que, de certa forma, é responsável pela organização do ordenamento jurídico de determinado país.

³ Com opinião semelhante à do citado jurista: GAVAZZI, Giacomo. *Delle antinomie*, Torino: Giappichelli, 1956, p.154: “*Toda antinomia implica assistematicidade*”; apud NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 3.

⁴ De mesma opinião: NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 3.

⁵ Essa restrição técnica se justifica pela imensa variedade de significados atribuídos ao termo *sistema*. Nesse sentido, afirma Norberto Bobbio: “*O termo sistema é um daqueles termos com muitos significados, que cada um usa segundo a própria conveniência*” (BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960, p. 76).

⁶ NEVES, Marcelo. ob. cit., p. 2.

3 CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, CLASSIFICAÇÃO E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

3.1 Conceito

Constituição do Estado é uma expressão que, a exemplo de vários outros termos das ciências sociais, caracteriza-se pela *plurivocidade*⁷. Daí poder-se encontrar sentidos sociológicos, políticos, jurídicos, para definir a constituição de um país.

Aristóteles, por exemplo, conceituava constituição estatal como a estrutura de governo da *polis*⁸. Ferdinand Lassale, de outro lado, entende as constituições no sentido sociológico: “constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem esse país, sendo esta a constituição real e efetiva, não passando a constituição escrita de uma folha de papel.”⁹

Já Carl Schmitt confere à expressão constituição estatal sentido político, considerando-a como “decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política”¹⁰.

O austríaco Hans Kelsen foi o precursor da corrente que entende o termo constituição unicamente no *sentido jurídico*, emprestando-lhe o caráter de *dever-ser*, de *norma pura*¹¹.

Assim, na concepção de Kelsen, a constituição é dotada de dois sentidos inerentes: o *lógico-jurídico* e o *jurídico-positivo*. Pelo primeiro, a constituição assume a função de norma hipotética, sendo-lhe atribuída a função de servir de fundamento lógico transcendental de validade da constituição *jurídico-positiva*, esta sendo

⁷ NEVES, Marcelo. Ob. cit. p. 53.

⁸ ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp.3-5 e 93.

⁹ *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 42.

¹⁰ *Apud* SILVA, José Afonso da. Ob. cit. p. 42-43.

¹¹ KELSEN, Hans. Ob. cit., pp. 124-129.

entendida como a norma estatal suprema hierarquicamente, à qual todas as demais leis devem se curvar¹².

Como bem ressalva o professor José Afonso da Silva, todas essas concepções pecam pela parcialidade, pela unilateralidade¹³. De fato, para se obter uma conceituação unitária da expressão *constituição estatal*, deve-se ater à complexidade da vida em sociedade que é o poder gerador das normas, inclusive da constituição, por intermédio do legislador constituinte.

Assim, tal como os reducionismos teóricos definidores do vocábulo *direito*¹⁴ são facilmente atacáveis por sua parcialidade, entendemos ser melhor a “concepção estrutural de constituição, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico”¹⁵.

Pode-se perceber, pois, que a conceituação do vocábulo constituição é diretamente ligada à forma pela qual o termo é encarado pelo intérprete.

Assim, seguindo a doutrina apregoada pelo professor José Afonso da Silva, entendemos por *constituição de Estado* “a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias. Em síntese, a constituição é um conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”¹⁶.

3.2 Classificação

¹² *Apud* SILVA, José Afonso da. Ob. cit. p. 43.

¹³ SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 43.

¹⁴ O *jusnaturalismo* e o *juspositivismo* são as principais vertentes. Com efeito, o vocábulo *direito*, assim como a expressão *constituição estatal*, só encontram significado pleno a partir do momento em que se passa a analisá-los em consonância com a realidade que os envolve e da qual são originários. Por isso é que, seguindo a doutrina tridimensionalista apregoada por Miguel Reale, entendemos que a busca do significado mais exato para os termos *direito* e *constituição* passa necessariamente pela análise da conexão entre *fato*, *valor* e *norma*, que lhes são elementos integrantes concretos.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. Ob. cit. p. 41.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Ob. cit. p. 42.

Faz-se necessário frisar que, no presente trabalho, não procuraremos abordar a classificação das constituições de forma muito ampla, como fazem grande parte dos grandes constitucionalistas pátrios¹⁷, sob pena de fugirmos por demais do tema proposto, se assim fizéssemos.

Aqui, trataremos da divisão de foco de estudo quanto ao termo *constituição*, nos aspectos que ao tema central da monografia mais interessam: a distinção entre constituição no sentido *formal* e no *material* e sob o aspecto da *estabilidade*¹⁸.

Constituição, sob o aspecto material, pode assumir um significado mais amplo e outro mais restrito. Dessa forma, constituição material, em sentido amplo, identifica-se com a própria forma organizacional de determinado Estado¹⁹, “trata-se do conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas, etc., que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser”²⁰.

Em sentido restrito, constituição *material* ou *substancial*²¹ assume o sentido de complexo normativo fundamental que regula a estrutura estatal, organiza os órgãos supremos do Estado e define as competências, ou seja, em sentido estritamente material, dá-se o nome de constituição ao conjunto de normas, escritas ou não, que constitui o pilar essencial de determinado ordenamento jurídico²².

¹⁷ Confira-se, a respeito, a classificação das constituições proposta por José Afonso da Silva (ob. cit. pp. 44-46) e MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, pp. 35-38.

¹⁸ A estabilidade das constituições a ser analisada no presente trabalho está sendo enfocada estritamente sob o aspecto jurídico. Tal esclarecimento é importante, vez que, sob o foco de estudo de outras ciências, a rigidez ou estabilidade jurídica de determinada constituição não afasta a possibilidade desta constituição analisada ser plenamente mutável ou flutuante historicamente. Note-se, a respeito, que a constituição britânica – não escrita, flexível, juridicamente – é de extremada rigidez sob o enfoque sociológico se a compararmos, v.g., com a constituição norte-americana – rígida, no ponto de vista jurídico.

¹⁹ No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. Ob. cit. p. 44.

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil (promulgada em 05 de outubro de 1988)*, 1º volume, São Paulo: Saraiva, 1988, p.274.

²¹ O termo *substancial* é utilizado por Celso Ribeiro Bastos (ob. cit. p. 274).

²² Em sentido conforme: SILVA, José Afonso da. Ob. cit. p. 44; BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. cit. p. 274.

Celso Ribeiro Bastos simplifica o modo de averiguação do termo constituição em sentido substancial, encarando-o como “conjunto de normas estruturais de uma dada sociedade política²³”:

Pode-se, segundo essa aceção, saber se uma dada norma jurídica é constitucional ou não, examinando tão-somente seu objeto. Se regular um aspecto fundamental da comunidade política, indispensável à sua concepção ou à sua permanência, se tratar da distribuição do poder dentro da sociedade, se versar, enfim, sobre algo que, alterado, abalaria as próprias vigas mestras do ente político, será constitucional, fará parte da constituição. Se não satisfizer a este requisito de ser norma relativa às relações basilares, fundamentais, entre os órgãos do Estado ou entre estes e os indivíduos, ela não faria parte da constituição²⁴.

De outro lado, classifica-se as constituições sob o critério formalista para se referir ao corpo legislativo que, pelo fato da sociedade ter-lhe conferido o caráter de relevante, não pode ser criado, alterado ou revogado pela mesma forma utilizada nas leis simples (infraconstitucionais), somente podendo-se fazê-lo, por meio de processo legislativo mais árduo e solene²⁵.

O enfoque da constituição no sentido formal dá ensejo à distinção do texto constitucional, quanto à estabilidade das Cartas Políticas estudadas, podendo-se classificá-las em *rígidas*, *flexíveis* e *semi-rígidas* ou *semi-flexíveis*.

Cumprir destacar que a distinção entre constituições rígidas e flexíveis não importa em conferir o caráter de imutabilidade à primeira espécie constitucional, eis que o sistema jurídico como um todo, da norma-ápice à mais simplificada, deve se ater às cambiantes concepções de *verdade* e de *justiça*, bem assim às constantes variações de anseios e necessidades da coletividade que o originou²⁶. Cuida-se, simplesmente, de diferenciação quanto ao aspecto formal de criação e alteração do texto constitucional.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. cit. pp. 274-275.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. cit. p. 274-275.

²⁵ Em sentido semelhante: Kelsen, Hans. Ob. cit. p. 129.

²⁶ José Canotilho deu o nome de *capacidade de aprendizagem* à essa especial disponibilidade das constituições de serem sensíveis às inovações da realidade social (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 133.)

*Rígidas*²⁷ são as constituições que somente podem ser alteradas por processos e requisitos legislativos especiais mais severos que os de formação e alteração dos textos infraconstitucionais. Nessa modalidade de constituição, o caráter formalista da carta constitucional fica bastante acentuado.

Constituições *flexíveis* são as que prescindem de processo legislativo diferenciado do utilizado na criação e modificação das leis infraconstitucionais para seu nascimento ou alterações posteriores. A autoridade da carta constitucional equivale à das demais normas infraconstitucionais. Assim, sob esse aspecto, só se poderia falar em constituição no sentido material²⁸.

Por óbvio, são denominadas *semi-rígidas ou semi-flexíveis*²⁹ as constituições que contém uma parte de seu texto qualificada como rígida e outra como flexível. Destarte, a parte rígida é hierarquicamente superior às demais leis infraconstitucionais, exigindo procedimento legislativo especial para sua modificação. Assim podia ser classificada a Constituição Imperial brasileira, a teor do disposto em seu artigo 178.

A consequência mais imediata da estabilidade formal ou rigidez constitucional acima tratada é a **supremacia da carta constitucional** que será objeto de análise na seção seguinte.

3.3 Supremacia constitucional

É indubitável que Hans Kelsen foi o jurista que, de maneira mais aprofundada, tratou do tema do escalonamento hierárquico das normas³⁰. Todavia,

²⁷ Não há que se confundir o conceito de rigidez constitucional formal com o de constituição escrita, porquanto, historicamente, o direito constitucional é provido de exemplos de constituições flexíveis, embora escritas, como, *v.g.*, o Estatuto Albertino, na Itália. A classificação das constituições em *escritas* e *não-escritas* não foi abordada no presente trabalho por duas razões: primeiro, pelo perigo de fugirmos por demais do objeto central da monografia e, segundo, porque tal diferenciação é por demais evidente aos olhos dos operadores do direito.

²⁸ De mesma opinião: NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47.

²⁹ Tecnicamente, as duas expressões são sinônimas, havendo, tão somente, uma distinção de nomenclatura na doutrina.

³⁰ KELSEN, Hans. Ob. cit. pp. 129 e seguintes.

como lembra Clèmerson Merlin Clève³¹, não imperativamente se deve aderir aos postulados positivistas de Kelsen, para reconhecer a estruturação hierárquica das normas que integram determinado sistema jurídico³².

Segundo Clève, “a supremacia da constituição decorre menos de postulados teóricos e mais de uma concepção histórica progressivamente incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental³³”.

Toda a vontade político-legislativa, pois, se encontra disposta hierarquicamente, sendo que a constituição representa o ponto mais alto da organização vertical do ordenamento jurídico.³⁴

Desse modo, para que determinada norma possa ter validade dentro de determinado sistema jurídico, faz-se mister que essa norma seja criada em consonância com os preceitos de norma a ela superior³⁵.

Cumpre destacar que somente as constituições tidas juridicamente como rígidas admitem a distinção entre legislador *constituente* e *ordinário*³⁶. Logo, encontrando as obras do legislador ordinário parâmetro de validade e adequação nos ditames do legislador constituinte, não podem, tanto sob o prisma formal, quanto sob o material, aquelas, à estas, afetarem. Há, pois, uma relação hierárquica de fundamentação/derivação necessária entre ambas³⁷.

É de se notar, pois, que, naqueles Estados que adotaram a política de constituição juridicamente flexível, a fiscalização da constitucionalidade das leis, pelo menos na modalidade repressiva³⁸, restará prejudicada, porquanto a mesma autoridade conferida ao legislador constituinte é confiada ao legislador ordinário para

³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

³² Em sentido semelhante: MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 1988, p. 284.

³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. Cit. p. 25.

³⁴ Observa-se, aqui, o caráter de norma fundamental conferido à constituição, no presente ensaio. A nosso ver, tal compreensão do texto constitucional é essencial à viabilidade do controle da constitucionalidade das normas, posto que, só aceitando-se a **superioridade da constituição**, dá-se margem à pretensão de expulsar do sistema normativo determinada norma que com ela seja conflitante.

³⁵ Em sentido semelhante: NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. Ob. cit., p. 41.

³⁶ Aqui empregado em sentido amplo para significar o legislador infraconstitucional.

³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. Cit. p. 32.

³⁸ Os tipos de controle da constitucionalidade serão analisados mais a fundo em capítulo seguinte.

possibilitar a edição de normas posteriores à carta vigente que a modifiquem ou a revoguem por completo.

Portanto, se determinada norma jurídica contrariar constituição rígida, dar-se-á causa à utilização dos meios constitucionais próprios para expurgar do sistema normativo aquela norma infratora do corpo constitucional.

Nasce, assim, o chamado **controle de constitucionalidade das normas** ou **fiscalização de constitucionalidade das normas**, instrumento hábil à retirada do sistema normativo de norma contrária ao texto constitucional.

4 CONTROLE OU FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS: ASPECTOS GERAIS

4.1 Conceito e características

Como ressaltado no capítulo antecedente, a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade das leis está intrinsecamente relacionada à idéia de constituição como ordem fundamental – supremacia hierárquica do texto constitucional com relação às demais normas do ordenamento jurídico – e, por conseguinte, à de rigidez constitucional, isto é, aquelas modalidades de constituição que têm, como fundamento do controle de constitucionalidade, o fato de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente decorre da constituição, pode modificá-la ou suprimi-la³⁹.

Outro aspecto ao qual o controle de constitucionalidade está intimamente ligado é o da necessidade de preservação dos direitos, princípios e garantias fundamentais de determinada sociedade, sendo que Alessandro Pizzorusso a aponta como a “primordial finalidade do controle de constitucionalidade”⁴⁰.

Com efeito, um ato normativo pode não ofender expressamente o texto constitucional. Pode, entretanto, por outro lado, representar afronta aos princípios fundamentais, bases axiológicas, ideal de justiça e garantias básicas elencados implicitamente na carta constitucional de determinado Estado. Certamente, tal ato normativo será considerado inconstitucional⁴¹.

Dessa forma, constata-se que a fiscalização da constitucionalidade das leis representa bem mais que um mero formalismo jurídico, visto que é mecanismo limitador dos poderes estatais e de respeito aos ideais fundamentais de uma dada sociedade.

³⁹ MORAES, Alexandre de. Ob. cit. p. 534.

⁴⁰ *Apud* MORAES, Alexandre de. Ob. cit. p. 534.

⁴¹ Em sentido semelhante: VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Belém: Cejup, 1999, p. 25.

Há parte da doutrina que entende por inconstitucional determinada lei ou ato normativo desconforme em seu conteúdo ou em sua forma, implícita ou explicitamente, ao texto constitucional⁴².

Todavia, seguimos o magistério de Marcelo Neves,⁴³ que esclarece, *verbis*:

...na acepção lógica dos termos, o problema não se reduz aos casos das leis em relação de contrariedade ou de contradição com a Constituição. Estas duas hipóteses correspondem apenas à inconstitucionalidade material, que implica contrariedade ou contradição, aplicando-se, como Bobbio, estes conceitos da lógica clássica às antinomias entre normas jurídicas. A inconstitucionalidade formal não resulta de contradição ou de contrariedade, no sentido lógico dos termos, entre lei e Constituição. A incompatibilidade normativa, nesta hipótese, decorre da inadequação ou desconformidade do procedimento efetivo de elaboração legislativa (plano do ser) ao conteúdo de norma constitucional prescritiva do processo legislativo (plano do dever ser). Daí porque a definição de lei inconstitucional deve denotar não só a incompatibilidade resultante de contradição ou contrariedade entre conteúdos normativos (legal e constitucional), mas também a proveniente da desconformidade entre procedimento de produção normativa (legislativa) e conteúdo normativo (constitucional).⁴⁴

Portanto, a inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou de vários vícios) pode ser conceituada como desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional⁴⁵.

4.2 Espécies ou modelos de controle de constitucionalidade das normas

4.2.1 Em relação ao órgão controlador

⁴² Assim: MORAES, Alexandre de. Ob. cit., p. 535; e NERY FERRARI, Regina Maria Macedo, ob. cit., p. 56.

⁴³ De mesma opinião: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. p. 36

⁴⁴ NEVES, Marcelo. Ob. cit. p. 74.

⁴⁵ Nesse sentido: NEVES, Marcelo. Ob. cit. p. 74.

4.2.1.1 O controle político

Essa espécie de fiscalização da constitucionalidade das normas ocorre por órgão de natureza política, não integrante do Poder Judiciário e, geralmente, não faz parte, também, dos Poderes Legislativo ou Executivo, configurando-se como um órgão especial do Estado.

Ao contrário do que afirma o professor Alexandre de Moraes,⁴⁶ entendemos que não se pode restringir a classificação das espécies de controle de constitucionalidade em relação ao órgão controlador, exclusivamente, quanto à modalidade repressiva de fiscalização.

Isso porque a distinção quanto ao órgão controlador é verificada, também, no controle preventivo de constitucionalidade⁴⁷.

O modelo francês de fiscalização da constitucionalidade das normas, por exemplo, é historicamente político – o controle da constitucionalidade das leis é conferido ao Conselho Constitucional, órgão especial do Estado – e ocorre de forma preventiva e não repressiva, consoante se depreende do disposto no artigo 61, da Carta francesa de 1958.

4.2.1.2 O controle judiciário (jurídico ou jurisdicional)

O controle jurisdicional de constitucionalidade, surgido nos Estados Unidos, como se verá em capítulo seguinte, é o que confere a um ou mais órgãos do Poder Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade das leis.

4.2.1.3 O controle misto

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. Ob. cit. p. 538.

⁴⁷ Assim: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. pp. 60-62; e VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 150.

Segundo José Afonso da Silva, tem-se o controle misto quando a Constituição “submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional”⁴⁸.

4.2.2 Em relação ao momento de realização: a fiscalização preventiva e a repressiva

O denominado controle preventivo de constitucionalidade tem o fito de obstar o ingresso de determinados atos normativos transgressores da Constituição no ordenamento jurídico; é, pois, realizado em momento anterior ao aperfeiçoamento do ato normativo (edição) sendo aplicável especificamente aos projetos de lei⁴⁹.

Por outro lado, o controle repressivo ocorre após o ato normativo ter sido aperfeiçoado, tendo por escopo a supressão daquilo que no ato estiver em afronta à Constituição (expulsão total ou parcial).

Leciona Alexandre de Moraes que é tradição, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis, a predominância de exercício do controle preventivo pelos poderes Legislativo (Comissões de Constituição e Justiça) e Executivo (Vetos Jurídicos)⁵⁰, ao passo que ao Judiciário é delegado realizar o controle repressivo, expurgando, pois, a norma eivada de inconstitucionalidade, do sistema jurídico⁵¹. Ressalte-se que se trata de predominância e não de exclusividade, como se verá a seguir.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. Ob. cit. pp.45-47.

⁴⁹ No mesmo sentido: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Ob. cit., p. 149.

⁵⁰ Conforme relato do professor Alexandre de Moraes (ob. cit. pp. 550 e seguintes), existem duas correntes no seio do Supremo Tribunal Federal, acerca da realização do controle jurisdicional de constitucionalidade ainda em fase de tramitação legislativa de determinado projeto de lei. Voltar-se-á ao tema a seguir.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. Ob. cit. pp. 535-536.

4.2.2.1 O controle preventivo

A Carta Federal brasileira de 1988, nos artigos 59 a 69, cuidou das regras que regem o chamado processo legislativo constitucional, conferindo-lhes eficácia plena e imediata para guiar as atividades do legislador na criação dos atos normativos, em observância ao texto constitucional.

Acentua Alexandre de Moraes que “o respeito ao devido processo legislativo na elaboração das diversas espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, pelo que sua observância deve, se necessário for, ser garantida constitucionalmente⁵²”.

Há, no direito constitucional, duas formas principais de realização da fiscalização preventiva de constitucionalidade: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.

4.2.2.1.1 Comissões de constituição e justiça

A criação das Comissões de Constituição e Justiça pelo Congresso Nacional e por suas Casas Legislativas foi devidamente prevista pela Constituição de 1988 em seu artigo 58.

Essas comissões têm por função primordial a verificação da compatibilidade ou adequabilidade do projeto de lei ou da proposta de emenda apresentados com o texto constitucional.

É de se lembrar que essa modalidade de controle de constitucionalidade pode, também, se dar pelo Plenário da Casa Legislativa, em caso de rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade⁵³.

⁵² MORAES, Alexandre de. Ob. cit. p. 548.

⁵³ MORAES, Alexandre de. Ob. cit. p. 539.

4.2.2.1.2 Veto jurídico

No parágrafo primeiro, do artigo 66, da Carta de 1988, o constituinte resguardou a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo Presidente da República. Trata-se do denominado veto jurídico, facultado ao Chefe do Executivo, quando entender que o projeto, no todo ou em parte, é inconstitucional⁵⁴.

Além das hipóteses de fiscalização preventiva da constitucionalidade supracitadas (Comissões de Constituição e Justiça e Veto Jurídico), cumpre mencionar a possibilidade, já pacificada no Supremo Tribunal Federal (embora haja divergências quanto à amplitude do controle), de atuação do Poder Judiciário no processo legislativo para controlar a constitucionalidade dos projetos de lei ou propostas de emendas constitucionais – controle jurisdicional de constitucionalidade no processo legislativo.

O controle jurisdicional de constitucionalidade⁵⁵ sobre a elaboração legiferante, sempre se dará de forma difusa, por meio do ajuizamento de mandado de segurança por parte de parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo”, segundo o magistério de Alexandre de Moraes⁵⁶.

O exercício do controle difuso de constitucionalidade se baseia, especialmente, na vasta normatização constitucional sobre o processo legislativo (arts. 59 a 69), visando a garantir aos parlamentares direito líquido e certo de participação e votação em processos legislativos estritamente obedientes às regras constitucionais.

⁵⁴ Há, também, a possibilidade de veto por considerar que o projeto em apreciação é contrário ao interesse público, mas, aqui, não se cuida de veto jurídico, *stricto sensu*.

⁵⁵ A fiscalização **repressiva** jurisdicional de constitucionalidade das normas será objeto de análise em capítulo apartado. Neste ponto do texto, está-se tratando, tão somente, da possibilidade de fiscalização **preventiva** jurisdicional de constitucionalidade, durante o procedimento de feitura das normas.

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. Ob. cit. p. 549.

O Plenário do STF, apreciando proposta de emenda constitucional (PEC nº 33 – Reforma da Previdência Social)⁵⁷, divergiu acerca da amplitude de atuação do Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, durante o processo de elaboração legislativa, “balizando-se, básica e simultaneamente, pela necessidade de defesa à lesão a direito individual (CF, art. 5º, inc. XXXV) e da separação dos Poderes (CF, art. 2º)⁵⁸”.

Alexandre de Moraes, analisando o referido precedente, assim relatou a divergência de entendimento no âmbito do STF⁵⁹:

A matéria suscitou a formação de duas posições no Tribunal. Pela posição majoritária, confirmando tradicional entendimento do Pretório Excelso, compete ao Poder Judiciário analisar, em sede de mandado de segurança ajuizado por parlamentar, a regularidade na observância por parte do Congresso Nacional de normas constitucionais referentes ao processo legislativo, uma vez que os congressistas têm direito líquido e certo a não participarem de processo legislativo vedado pela Constituição Federal. Contrariamente, porém, entendeu-se que interpretações de normas regimentais, por tratarem de assunto *interna corporis*, são insuscetíveis de apreciação judiciária (...)

A segunda corrente formada sobre a matéria também consagrou a existência de direito líquido e certo dos parlamentares a participarem do devido processo legislativo, porém entendeu competir ao Poder Judiciário uma análise mais ampla desse devido processo legislativo, tanto em relação às normas constitucionais referentes ao processo legislativo (CF, arts. 59 a 69), quanto em relação às normas do Regimento Interno da Casa Legislativa, inclusive no tocante às suas interpretações, que deverá pautar-se pela constitucionalidade e legalidade.

4.2.2.2 O controle repressivo

De acordo com o sistema adotado pelo direito constitucional de cada país, o controle repressivo, isto é, aquele que tem por objetivo eliminar do ordenamento jurídico o ato normativo infrator da Constituição, pode se dar politicamente, jurisdicionariamente, ou, ainda, de forma mista, conforme anteriormente especificado.

⁵⁷ STF – Pleno – MS 22503-3/DF – D.J.U. de 06 de junho de 1997, p. 24.872.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. Ob. cit. p. 550.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. Ob. cit. pp. 550-551.

No Brasil, embora a regra seja a fiscalização repressiva jurisdicional de constitucionalidade, pode-se perceber que a Constituição Federal previu algumas hipóteses em que o controle repressivo é exercitado pelo Poder Legislativo.

Com efeito, o artigo 49, V, da Carta de 1988 dispõe que compete ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Outra possibilidade de exercício do controle repressivo de constitucionalidade pelo Legislativo ocorre quando o Congresso Nacional rejeita medida provisória, sob o argumento de que tal norma é inconstitucional.

É de se notar que as medidas provisórias, após editadas (inserção no ordenamento jurídico), assumem a condição de atos normativos, com força de lei, embora de forma temporária. Assim, “o fato de o Congresso Nacional rejeitá-la, impedindo que converta-se em lei, ou mesmo que fosse rejeitada por ausência de deliberação, em face da flagrante inconstitucionalidade, consubstancia-se em controle repressivo⁶⁰”.

No que tange ao controle repressivo jurisdicional de constitucionalidade, tratar-se-á do tema em capítulo apartado do presente trabalho, por questão didática e de pertinência com o tema central do presente trabalho.

4.3 Diversos tipos de inconstitucionalidade

4.3.1 Inconstitucionalidade formal, “stricto sensu”, e orgânica

Pragmaticamente, a inconstitucionalidade formal em sentido estrito e a inconstitucionalidade orgânica fazem parte da hipótese de inconstitucionalidade formal em sentido lato. Contudo, observando-se a melhor técnica jurídica, constata-se que os referidos tipos de inconstitucionalidade possuem nítidas diferenças.

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. Ob. cit. p. 540.

Com efeito, a inconstitucionalidade orgânica decorre de vício de incompetência do órgão que promana o ato normativo, ao passo que a inconstitucionalidade formal propriamente dita ocorre quando a lei ou o ato normativo seguem procedimento diverso daquele fixado na Constituição⁶¹.

Há, ainda, outra espécie de vício de inconstitucionalidade formal que pode acoimar determinado ato normativo de nulidade. Cuida-se do não atendimento de determinados pressupostos estatuídos no texto constitucional como condições determinantes da competência dos órgãos legislativos em relação a certas matérias⁶².

Note-se, por exemplo, que o parágrafo primeiro do artigo 61 da atual Constituição estabelece a iniciativa privativa, reservada ou exclusiva do Presidente da República para determinadas modalidades de leis. Em caso de violação a esse comando constitucional por parte de outros entes do poder legiferante – ato normativo resultante de iniciativa de pessoa diversa do Presidente da República que disponha acerca das matérias especificadas no referido parágrafo 1º do artigo 61, ocorrerá, inarredavelmente, vício de inconstitucionalidade formal a fulminar o ato normativo em questão⁶³.

O mesmo ocorre quando determinada modalidade de lei – lei ordinária, e.g. – invade a competência reservada constitucionalmente à espécie normativa diversa – por exemplo, lei complementar – para regular determinada matéria. Assim, a lei infratora da divisão constitucional de competências será expulsa do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade formal.

⁶¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. p. 39.

⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. p. 40.

⁶³ O Supremo Tribunal Federal, modificando posicionamento anterior (Súmula 05/STF), fixou orientação no sentido de que, em caso de usurpação de iniciativa reservada, a sanção a projeto de lei, aposta pelo Chefe do Executivo não tem o poder de retirar o vício de inconstitucionalidade do ato normativo usurpador da prerrogativa constitucional, ainda que seja dele a iniciativa usurpada. Nesse sentido, confira-se: *“A sanção a projeto de lei que veicule norma resultante de emenda parlamentar aprovada com transgressão à cláusula inscrita no art. 63, I, da Carta Federal, não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, eis que a vontade do Chefe do Poder Executivo – ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada – revela-se juridicamente insuficiente para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República”* (ADINMCA 1070-MA, relator Min. Celso de Mello, DJU de 15.09.1995)

Portanto, a não observância de qualquer regra adjetiva de procedimento ou de competência inscrita na Constituição, implicará a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo⁶⁴.

4.3.2 *Inconstitucionalidade material*

A verificação da inconstitucionalidade material passa primeiramente pela análise da adequação do conteúdo do ato normativo pesquisado com o da constituição. Não havendo harmonia entre os conteúdos, restará configurada a antinomia normativa entre os textos legislativos estudados.

Daí, em havendo contrariedade ou contradição entre os conteúdos de determinada lei ou ato normativo e o da Constituição, há que se reconhecer a inconstitucionalidade material dos primeiros, em face do disposto na carta fundamental – incompatibilidade vertical, prevalecendo a supremacia do texto constitucional.

Outra possibilidade de ocorrência de inconstitucionalidade material se dá quando, não obstante determinada norma esteja disciplinando matéria deixada pelo constituinte à liberdade de conformação do legislador, tenha esta sido editada em desatenção aos concretos fins constitucionais, mas, sim, para atingir finalidade diversa ou até mesmo contrária à prevista na constituição.

Também é materialmente inconstitucional a norma que, “editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável”⁶⁵.

Clèmerson Merlin Clève dá à primeira hipótese o nome de desvio ou excesso do poder legislativo, ao passo que, à segunda, imprime o caráter de

⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. p. 40.

⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. p. 45.

“manifesta ofensa ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade dos atos do Poder Público, e, aqui, do Poder Legislativo.”⁶⁶

4.3.3 *Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial*

Será inteiramente inconstitucional o ato normativo que for atingido na sua totalidade pelo vício de inconstitucionalidade.

De outro lado, haverá inconstitucionalidade parcial quando somente parcela determinada do ato estiver contaminada. Nesse caso, a declaração de inconstitucionalidade incidirá apenas sobre o dispositivo ou seguimento do ato normativo que transgredir o texto constitucional.

Cumpra frisar, entretanto, que, se os preceitos remanescentes de ato normativo, que teve parcela sua declarada frontalmente inconstitucional, dependerem do(s) dispositivo(s) invalidado(s), a inconstitucionalidade necessariamente deverá estender-se ao ato normativo como um todo.

Por outras palavras, “só pode haver declaração de inconstitucionalidade parcial, quando houver possibilidade lógica e jurídica de separação. Mas não basta considerar que a lei seja divisível, que o texto legal possa ser objeto de partição, apresentando uma parte válida e outra inválida. É necessário verificar se o resíduo validado se conforma com o objetivo perseguido pelo legislador, se corresponde à sua vontade⁶⁷”.

Isso se dá em razão do princípio da separação dos poderes que proíbe aos magistrados a atuação como se legisladores positivos fossem, alterando o sentido da norma em razão da declaração de inconstitucionalidade de parte dela⁶⁸. Em resumo, se a declaração de inconstitucionalidade de determinado seguimento

⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. pp. 46-47.

⁶⁷ VELOSO, Zeno. Ob. cit. pp.180-181.

⁶⁸ Veja-se, a respeito, o voto prolatado pelo Ministro Moreira Alves, apreciando a ADINMCA 1822-DF, em que não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade por impossibilidade jurídica do pedido, sob a alegação de que a declaração da inconstitucionalidade somente das normas combatidas, ocasionaria a alteração do sistema da lei, transformando o STF em legislador positivo – o que é vedado.

normativo acarretar a modificação substancial do sentido da norma, dever-se-á eliminar o ato como um todo do ordenamento jurídico.

4.3.4 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão

As ações do Poder Público que infrinjam disposições constitucionais, de longa data, vêm sendo combatidas pelos mais diferentes sistemas de fiscalização da constitucionalidade adotados em diversos países⁶⁹.

Todavia, ante às omissões do poder estatal, não tinham os cidadãos outro remédio, senão a faculdade de eleger outros representantes nas próximas eleições – reprimenda estritamente político-eleitoral.

Reconhecendo a ineficácia de tal instrumentação, as modernas constituições passaram a instituir mecanismos de combate às omissões do Poder Público violadoras do Texto Constitucional, visando a garantir a efetividade desta, sob pena de restarem ineficazes os princípios e propósitos constitucionais.

De fato, a Constituição pode ser desrespeitada não somente pela atuação positiva e direta que afronte os comandos constitucionais. Há que se considerar a atitude negativa – omissão concreta – dos órgãos incumbidos constitucionalmente de atuar e agir, com o fito de imprimir efetividade a certos preceitos insertos na Constituição, que não são dotados originariamente de eficácia plena e instantânea.

A Constituição Federal brasileira de 1988, no trato da inconstitucionalidade por omissão, embora inspirada na constituição portuguesa (artigo 283), suplantou seu modelo para abranger não somente a falta de “medidas legislativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas constitucionais” (sem grifos no original).

Com efeito, à luz do parágrafo segundo do artigo 103 da Constituição de 1988, os legitimados elencados nos incisos I a IX do artigo 103 podem pleitear seja declarada pelo STF a inconstitucionalidade por omissão de quaisquer medidas – não somente as legislativas – necessárias para dar efetividade à norma constitucional,

⁶⁹ A análise do controle de constitucionalidade no direito alienígena não será objeto do presente trabalho. Sobre o tema, vale conferir: CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1999.

não implementadas pelos poderes estatais competentes para fazê-lo (Legislativo, Executivo ou Judiciário, conforme o caso), podem dar lugar à declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Outra forma de impugnação à omissão inconstitucional está prevista no inciso LXXI do artigo 5º da Carta Federal, isto é, pela via do mandado de injunção, que possui procedimento absolutamente diverso do estatuído no § 2º do artigo 103 da Constituição, sendo a primeira modalidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão alcançada pelo chamado controle difuso ou concreto de constitucionalidade e, a segunda, atingida via controle abstrato⁷⁰.

Portanto, a omissão inconstitucional pode advir da inércia de qualquer dos poderes estatais, de acordo com a competência prevista na Constituição para exercício do ato não realizado – ou realizado extemporaneamente – imprescindível para conferir efetividade a determinado preceito constitucional.

É de se destacar que a omissão estatal, para ser considerada inconstitucional, deve ser decorrente da inércia ou da prática tardia de determinado ato que o constituinte impôs, concreta e positivamente, o dever de ser realizado por qualquer dos Poderes do Estado, não sendo suficiente para a declaração de inconstitucionalidade o mero dever geral e abstrato de praticar o ato.

4.3.5 Inconstitucionalidade direta, imediata ou expressa e indireta, implícita, mediata ou reflexa

Marcelo Neves não reconhece a distinção entre inconstitucionalidade direta e inconstitucionalidade indireta ponderando que “a denominada inconstitucionalidade mediata, também chamada indireta, é antes um problema de ilegalidade ou de relação de incompatibilidade internormativa infralegal, inconfundíveis com a noção rigorosa de inconstitucionalidade⁷¹”.

⁷⁰ A análise dos controles difuso e concentrado é tratada em capítulo específico da presente obra.

⁷¹ NEVES, Marcelo. Ob. cit. p. 124. Assim, o citado autor discorre acerca da distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta, sob sentido semântico diverso e menos usual. Neste caso, considera-se inconstitucionalidade direta ou expressa a derivada de norma constitucional

O Supremo Tribunal Federal, em inúmeros precedentes, não tem conhecido de recursos que tenham por fundamento primordial a alegação de violação indireta ou reflexa à Carta Constitucional, adotando a tese supramencionada.

Destarte, como o exame da inconstitucionalidade reflexa passa, primeira e necessariamente, pela verificação de infringência a determinado dispositivo infraconstitucional, a distinção ora estudada assume especial relevância no presente ensaio, porquanto definirá as ocasiões em que será conferida ao Superior Tribunal de Justiça (caso específico deste trabalho) ou aos demais Tribunais Superiores a verificação da constitucionalidade dos atos normativos envolvendo os casos concretos impossibilitados de serem apreciados pelo STF.

4.3.6 Inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente (aspecto material)

Diz-se que ocorre a inconstitucionalidade originária quando, na vigência de determinada Constituição, o poder legislativo emana ato normativo que a afronte⁷².

Por outro lado, há inconstitucionalidade superveniente quando determinado ato normativo, em plena vigência e consonância com a Carta constitucional vigente à época de sua publicação, em virtude de reforma constitucional ou promulgação de novel Constituição posteriores à sua publicação, se torna materialmente incompatível com o novo texto constitucional introduzido no ordenamento jurídico.

Gilmar Ferreira Mendes destaca, ainda, que pode acontecer o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, sem que ocorra uma reforma constitucional (ou promulgação de nova Carta). Assim, afirma o citado mestre que a lei ou o ato normativo podem adquirir “um outro conteúdo mediante evolução hermenêutica, a

expressa, ao passo que a inconstitucionalidade indireta ou implícita será a que advier da incompatibilidade entre determinado ato normativo e norma constitucional implícita.

⁷² Em sentido idêntico: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. p. 54.

mudança do próprio texto ou da ambiência social; e essa nova conformação não mais se compatibiliza com a Constituição⁷³.

Talvez um dos únicos pontos pacíficos no estudo desta questão seja a de que só é possível haver inconstitucionalidade superveniente – ou revogação, como preferem outros – quando se verificar **incompatibilidade material** da norma anterior com o novo texto constitucional.

Há que se observar que, se a incompatibilidade se referir ao novo processo legislativo introduzido no ordenamento jurídico pelo texto constitucional advindo, as normas anteriores não perdem sua eficácia ou são declaradas inconstitucionais em razão de vício de forma.

Ocorre que o processo legislativo constitucional, a que as normas anteriores ao novo texto constitucional deveriam se submeter à época de sua elaboração, estava previsto no texto constitucional ultrapassado e não no posterior. Vale, aqui, sem reparos, o princípio *tempus regit actum*.

Portanto, a inconstitucionalidade superveniente só poderá se dar, sob aspectos exclusivamente materiais – verificação da compatibilidade entre o conteúdo da norma e o do texto constitucional posterior.

4.4 Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição brasileira, pode reconhecer a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, sob algum ou alguns aspectos apenas, em uma situação específica e debaixo de determinada variante⁷⁴.

Nessa especial modalidade de declaração de inconstitucionalidade, a norma impugnada continua vigendo, em sua forma originária. Contudo, o tribunal limita a aplicação do texto legal, vedando sua incidência em determinadas situações,

73 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 90.

74 Nesse sentido: VELOSO, Zeno. Ob. cit. p.182.

porquanto, caso houvesse aplicação plena da lei a esses casos particulares, haveria inconstitucionalidade.

Tal espécie de verificação da constitucionalidade normativa se justifica por não haver necessidade, sempre que possível, de declarar uma lei inteiramente inconstitucional se ela o é tão somente quanto a algum ou alguns aspectos determinados, devendo ser vedada a aplicação da lei somente quanto a estas variantes e não quanto à íntegra do texto normativo.

Zeno Veloso, em excelente obra acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade, menciona um exemplo esclarecedor acerca do tema em apreço⁷⁵, *verbis*:

... uma lei, estabelecendo um tributo a ser cobrado no mesmo exercício financeiro e nos subseqüentes. Estaria infringindo o princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, b). Mas isto, quanto à cobrança do tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu; não quanto à cobrança nos exercícios posteriores. A declaração da inconstitucionalidade total da lei, sem qualquer restrição ou ressalva, não seria a melhor solução, a mais razoável. Cabe, na hipótese, a declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto. A lei continua vigendo, não se altera a sua expressão literal, mas o Tribunal deixa consignado que a cobrança do tributo tem de obedecer ao princípio da anterioridade. Portanto, uma das variantes da lei é declarada inconstitucional⁷⁶.

4.5 Interpretação conforme a constituição

O exame de adequabilidade entre determinada norma infraconstitucional atacada e a Constituição passa, necessariamente, pela interpretação dos dois textos normativos. Só assim consegue-se averiguar se houve ou não no caso pesquisado a antinomia internormativa, prevalecendo, nessa hipótese, o texto constitucional.

⁷⁵ VELOSO, Zeno. Ob. cit. pp.182-183.

⁷⁶ O citado autor traz, ainda, no corpo de sua obra, um precedente exarado pelo STF (ADIN 939-DF, *in* RTJ 151/756), em que foi utilizada a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem eliminação ou alteração da expressão (redação) literal da lei atacada. Diz Zeno Veloso (VELOSO, Zeno. Ob. cit. p. 183) que o STF, “estatuindo que é inconstitucional a Lei Complementar nº 77, de 13 de julho de 1993, “**sem redução de textos**”, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, **a, b, c e d** da CF (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, LC nº 77/93)”.

Não é rara a ocorrência de várias possibilidades interpretativas acerca de um mesmo dispositivo legal. Desse modo, interpretar o texto normativo conforme a Constituição significa, em última análise, “a escolha de um sentido normativo que se concilie com a Lei Maior, rechaçando as demais hipóteses que pelejam com a Constituição⁷⁷”.

O STF, quando lança mão dessa modalidade de fiscalização da constitucionalidade das leis, simplesmente declara a constitucionalidade do texto impugnado, determinando, entretanto, a única ou as únicas possibilidades de interpretação possíveis para a lei. Conseqüentemente, reconhece a inconstitucionalidade do ato, quanto à interpretação ou interpretações que infrinjam o texto constitucional.

Da mesma forma que na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, o ato questionado permanece intacto em sua redação, sendo que o órgão jurisdicional, entretanto, especifica quais são as modalidades interpretativas da lei que representam afronta à Constituição e, por isso, afasta-as; por outro lado, o tribunal indica o sentido da norma que está em harmonia com a Lei Maior.

Na modalidade jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade das normas, os órgãos atuam sempre como legisladores negativos, sendo-lhes vedado conferir à norma sentido diverso do pretendido pelo legislador. A respeito, quando do julgamento da Representação 1.417-DF, de relatoria do Min. Moreira Alves, o STF assim se pronunciou:

O princípio da interpretação conforme a Constituição (Vervassungskonforme Auslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade e não apenas simples regra de interpretação.

A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.

Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o próprio Poder Legislativo lhe

⁷⁷ VELOSO, Zeno. Ob. cit. p. 184.

pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo⁷⁸.

Assim como na declaração de inconstitucionalidade sem redução textual, o mecanismo de interpretação conforme a Constituição privilegia o princípio da presunção da constitucionalidade das normas e atende ao “princípio da economia do ordenamento jurídico”, na nomenclatura utilizada por Jorge Miranda⁷⁹, visto que o texto legal é preservado na íntegra, embora o Tribunal fixe qual ou quais, dentre as interpretações possíveis para o ato analisado, são as hipóteses interpretativas que guardam harmonia com o texto da Constituição, eliminando as demais.

⁷⁸ *In* Revista trimestral de jurisprudência nº 126, p. 48.

⁷⁹ *Apud* VELOSO, Zeno. *Ob. cit.* p. 186.

5 FISCALIZAÇÃO REPRESSIVA JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS: O CONTROLE DIFUSO (SUBJETIVO OU CONCRETO) E O CONCENTRADO (OBJETIVO OU ABSTRATO)

5.1 Controle jurisdicional de constitucionalidade: notícia histórica

O controle jurisdicional ou *judicial review/control* surgiu nos Estados Unidos da América em 1803, resultante da experiência jurisprudencial daquele país, aliada a uma apurada interpretação de princípios constitucionais, vez que a Constituição americana não traz nenhum dispositivo expresso conferindo ao Judiciário poderes para o exercício do controle de constitucionalidade.

O famoso caso *Marbury contra Madison*, sentenciado pelo Chief Justice John Marshall deu lugar à primeira manifestação jurisdicional efetiva de fiscalização da constitucionalidade das normas.

Segundo o professor Celso Ribeiro Bastos,⁸⁰ os pontos capitais da doutrina lançada no julgado de Marshall foram os seguintes:

...Sendo a lei inconstitucional nula, a ninguém obriga e muito menos vincula o Poder Judiciário à sua aplicação; por outro lado, diante de um conflito entre a lei ordinária e a Constituição, ao Poder Judiciário incumbe inelutavelmente preferir uma em desfavor da outra. Diante de tal dilema, esposa a teoria que inevitavelmente deve ser dada à Lei Constitucional, que é superior a qualquer outro ato praticado sob sua vigência.

Após o referido precedente, a teoria da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis se firmou nos Estados Unidos da América, tendo se espalhado por diversos sistemas jurídicos, principalmente na América.

⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 393.

5.2 Os controles difuso e concentrado de constitucionalidade das leis

O controle jurisdicional de constitucionalidade, na modalidade repressiva, pode assumir duas faces distintas, levando-se em conta o número de órgãos dotados de competência para exercê-lo.

Assim, se o controle de constitucionalidade é conferido a uma pluralidade de órgãos do Estado, dar-se-lhe-á o nome de controle **difuso**. Tal sistema surgiu quando do julgamento do caso *Marbury versus Madison* acima referido, sendo, até hoje, o modelo aplicado nos Estados Unidos da América.

Alguns doutrinadores denominam o controle difuso de controle de constitucionalidade pela **via de defesa ou de exceção**, uma vez que, nesta forma de fiscalização, a argüição deve-se dar no seio de um processo comum e não de um processo específico instaurado tão somente para analisar a constitucionalidade de determinada norma atacada (inconstitucionalidade em tese).

Por outro lado, se um único órgão estatal é competente para a fiscalização da constitucionalidade, tem-se o modelo **concentrado** de controle de constitucionalidade das leis.⁸¹

É preciso frisar, de logo, que, em razão do corte temático, não abordaremos a fundo o controle concentrado de inconstitucionalidade no presente trabalho. As menções aqui feitas a essa importante modalidade de fiscalização da constitucionalidade das normas têm caráter meramente didático e comparativo quanto à fiscalização difusa. Portanto, recomendamos ao leitor que deseje aprofundar-se no assunto a consulta a ensaios específicos sobre o tema.

O sistema concentrado ou abstrato de fiscalização da constitucionalidade das normas tem sua origem histórica no direito austríaco de 1920, sob a influência da doutrina Kelseniana. Criou-se, então, um único órgão, chamado de Tribunal Constitucional, dotado de competência para decidir acerca da constitucionalidade das leis.

⁸¹ Adotam essa nomenclatura, por exemplo: BASTOS, Celso Ribeiro. 1997, p. 404; e VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Ob. cit. p. 153.

Conforme observa Oscar Vilhena Vieira⁸², a implantação na Europa do modelo americano de fiscalização de constitucionalidade seria difícil basicamente por duas razões: 1) distantes da tradição do *commom law*, as cortes européias não tinham experiência em descobrir qual direito a ser aplicado numa situação concreta; 2) os magistrados europeus do início do século XX foram formados sob o manto de um sistema jurídico positivista ao extremo, onde o direito era o que estava escrito, levando os juízes à aplicação cega da lei.

Desse modo, Hans Kelsen, maior representante do positivismo jurídico neste século, formulou um modelo pelo qual a aferição da constitucionalidade das normas era de competência exclusiva de um único órgão especial e não de juízos ordinários. Tal modelo tinha a preocupação fundamental de evitar pronunciamentos jurisdicionais contraditórios quanto ao exame da constitucionalidade das leis, vez que isto, para Kelsen, implicaria em colocar em xeque a própria autoridade constitucional⁸³.

Têm-se, ainda, os chamados sistemas **mistos** de controle jurisdicional de constitucionalidade: são os que englobam o sistema concentrado e o difuso, como é o caso do direito brasileiro atual⁸⁴.

Com efeito, por força do disposto nos artigos 102, inciso I, alínea “a”, 103 (legitimidade para o ajuizamento) e 125, § 2º, da Carta de 1988, a fiscalização abstrata da constitucionalidade se dará pela via de ação perante o Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça locais, respectivamente⁸⁵.

⁸² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 47.

⁸³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. cit. p. 47.

⁸⁴ A Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, alterou a redação da alínea “k”, do inciso I, do artigo 101, da Constituição brasileira de 1946, para ampliar a competência originária do STF, autorizando-o a processar e julgar a “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Surgiu, então, no direito pátrio, com o advento da EC 16/65, o controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, aquele que tem, por objeto específico, determinada norma em tese, com o fim precípua de defender a ordem constitucional. A partir desse momento, o convívio harmônico do controle concentrado, com o controle difuso e a representação interventiva – instrumento hábil à resolução de conflitos federativos, introduzido no Brasil, com a Constituição de 1934 – conferiu natureza mista à fiscalização jurisdicional brasileira da constitucionalidade das leis.

⁸⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 340.

O controle difuso de constitucionalidade, por outro lado, pode ser exercido por quaisquer órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

De fato, como observa o professor Lúcio Bittencourt, a faculdade de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, pela via difusa, não é privativa do Supremo Tribunal Federal, “ela é consectária da função jurisdicional e, por conseqüência, cabe a quem quer que legitimamente exerça esta última. Todos os tribunais e juízes, federais ou locais, ordinários ou especiais, dela dispõem, embora a última palavra sobre o assunto possa, em qualquer caso, ser deferida ao mais alto tribunal da República”⁸⁶.

Ao contrário do controle concentrado, em que a questão da constitucionalidade da norma é tratada como objeto específico do processo analisado pelo Poder Judiciário, no controle difuso, a questão da constitucionalidade é abordada, incidentalmente, como **prejudicial**⁸⁷.

O juízo de inconstitucionalidade é suscitado incidentalmente por ser relevante e necessário se saber se a lei vai ser aplicada, ou não, no caso concreto.

A teor do que determina o parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99, o julgamento de questão constitucional, proferido em sede de controle abstrato, possui efeitos *erga omnes*. O mesmo não ocorre com a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma havida de forma difusa, neste caso, o julgamento produzirá efeitos apenas *inter partes* processuais.

Consoante o determinado nos artigos 97 da Constituição Federal e 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, na via difusa, deverá obedecer ao princípio da reserva de plenário, ou seja, quando se decidir pela declaração da inconstitucionalidade de determinada lei aplicável a um caso concreto, o órgão fracionário da Corte apreciadora terá que transferir o exame da questão constitucional ao órgão

⁸⁶ BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 35.

⁸⁷ O professor Bernardo Pimentel Souza observa, precisamente, que “**prejudicial** é a questão cuja solução influencia no resultado do julgamento da questão subsequente, que ocorre em seguida ao daquela questão. Já **preliminar** é a questão cuja decisão pode conduzir ao não julgamento da questão seguinte. Enquanto a prejudicial interfere no conteúdo do julgamento da questão subsequente, a preliminar pode impedir o próprio julgamento da questão ulterior. Todavia, rejeitada a preliminar, não há interferência no conteúdo do julgamento da questão seguinte” (SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. pp. 340-341).

jurisdicional máximo do tribunal: pleno ou órgão especial (art. 93, XI, da Constituição Federal)⁸⁸.

Tal transferência que ocorre nos tribunais quanto ao exame da questão constitucional se operacionaliza por meio do **incidente de inconstitucionalidade**, previsto no artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil. O incidente de inconstitucionalidade será objeto de estudo na seção seguinte.

Comumente na doutrina se confere aos termos **incidental** e **difuso** correspondência imediata, quando, na verdade, assim não acontece. No Brasil, tal correlação se verifica, visto que a fiscalização difusa se dá de forma incidental, ao passo que a concentrada só ocorre via de provocação direta.

Entretanto, em vários outros sistemas jurídicos essa inter-relação não ocorre. Com efeito, como pondera o mestre Clèmerson Merlin Clève, “na Áustria, na Alemanha, na Itália e na Espanha, a questão de constitucionalidade suscitada pela via incidental (de defesa ou exceção) conduz a uma fiscalização concentrada⁸⁹”.

Levando-se em conta o aspecto finalístico do controle, pode-se dividi-lo em **subjetivo** ou **objetivo**. Na primeira hipótese, a fiscalização da constitucionalidade tem por fito imediato defender o interesse juridicamente resguardado de determinada(s) pessoa(s) e não propriamente da Constituição; o objetivo inicial é restabelecer a ordem jurídica ofendida.

Por outro lado, a fiscalização objetiva encontra-se primordialmente voltada para “o bom funcionamento da mecânica constitucional”. Neste caso, o controle tem em vista a “preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objetiva, quando o que avulta é a constante conformidade ou procura de conformidade de comportamentos, dos atos e das normas com as regras constitucionais⁹⁰”.

No modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade, a fiscalização incidental será sempre subjetiva, enquanto a fiscalização por via principal (por via de ação direta) é, em princípio objetiva⁹¹.

⁸⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p. 341.

⁸⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. p. 77.

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. 1988, 395.

⁹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. p. 78.

Pode-se, ainda, denominar de **abstrata** a fiscalização objetiva, em oposição à fiscalização subjetiva, vez que esta se dá em casos **concretos**⁹².

5.3 A resolução suspensiva do Senado Federal e o controle difuso de constitucionalidade

A teor do que prescreve o inciso X, do artigo 52, da Constituição Federal de 1988, a declaração de inconstitucionalidade operada pela via difusa no âmbito do Supremo Tribunal Federal, embora faça coisa julgada no caso e entre as partes, para obter eficácia *erga omnes*, necessita que o ato declarado inconstitucional tenha sua eficácia suspensa mediante resolução suspensiva de competência do Senado Federal.

Assim, quando da análise de recurso extraordinário interposto, se o STF decidir em caráter definitivo que determinada lei ou ato normativo é inconstitucional, para que tal decisão obtenha eficácia *extra-partes*, é imprescindível que o Senado Federal suspenda a eficácia da norma declarada inconstitucional *incidenter tantum*.

A natureza do ato do Senado Federal que suspende a eficácia do ato declarado inconstitucional é discricionária, de cunho político. Logo, o Senado Federal, infelizmente, não está obrigado a suspender a eficácia de norma declarada inconstitucional definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Daí decorre, também, que não há qualquer prazo estabelecido para que o Senado suspenda a eficácia da norma declarada inconstitucional.

Apesar de toda a controvérsia que envolve a matéria, entendemos que a resolução do Senado Federal que suspende a eficácia do dispositivo declarado inconstitucional produz efeitos *ex tunc*.

Essa é a tese defendida pelo jurista Gilmar Ferreira Mendes e consolidada no Senado Federal e no Supremo Tribunal Federal⁹³. O mencionado doutrinador, a respeito, deixara consignado que pareceu “aos constituintes que a suspensão da

⁹² De opinião contrária: MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 313.

⁹³ RMS 17.796, Relator Ministro Amaral Santos, *Revista de direito administrativo* nº 105, pp. 111-113.

execução da lei, tal como adotada em 1934, importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao Senado, caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado⁹⁴”.

Por fim, cabe ressaltar que a competência do Senado Federal se exaure com a promulgação da resolução⁹⁵. Dessa forma, após a promulgação, não pode o Senado cassar a resolução ou alterar seu conteúdo, mesmo que a pretexto de interpretar melhor a decisão do Supremo Tribunal Federal.

5.4 O incidente de inconstitucionalidade: instrumento viabilizador da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, pela via difusa, nos processos de competência dos órgãos fracionários⁹⁶ dos tribunais

Faz-se mister destacar, primeiramente, que, no julgamento de processos de competência dos órgãos plenos ou especiais das cortes, não será necessária, por óbvio, a instauração do incidente de inconstitucionalidade, visto que a questão de inconstitucionalidade já se encontra sob apreciação do órgão que seria competente para tal, devendo-se respeitar, sempre, o *quorum* previsto no artigo 97 da Constituição Federal para a declaração da inconstitucionalidade de determinada norma.

No que tange à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por juízo singular ou monocrático (1º grau de jurisdição), embora possam fazê-lo,

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. p.211.

⁹⁵ Em sentido semelhante: MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 183.

⁹⁶ Preferimos utilizar a expressão “órgãos fracionários” por entendermos que a restrição constante do artigo 480 do CPC – turma ou câmara – não procede, uma vez que a Constituição determina que só os órgãos plenos dos tribunais ou os órgãos especiais (art. 97 c/c o art. 93 XI, da Constituição de 1988) podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Dessa forma, o artigo 480 não deveria se referir tão-somente à turma ou câmara, vez que o seu comando se aplica também às seções, grupos de câmaras, etc., conforme seja a organização do tribunal que esteja examinando o processo em que foi suscitada a inconstitucionalidade normativa.

como qualquer outro órgão dotado do poder jurisdicional, é completamente afastada a instauração do incidente de inconstitucionalidade, porquanto esta só poderá acontecer em processos que estejam sendo analisados por tribunais (colegiados).

Logo, o incidente de inconstitucionalidade será instaurado, quando, no julgamento dos feitos de sua competência, determinado órgão fracionário de tribunal entender pela procedência da argüição de inconstitucionalidade, a teor do que determinam os artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil.

Essa transferência de apreciação da matéria constitucional do órgão fracionário para o pleno ou órgão especial, onde houver, se dá em razão do preceituado no artigo 97 da Constituição Federal, que determina, por meio da chamada cláusula de reserva de plenário, que, para a declaração de inconstitucionalidade de dada norma pela via difusa, há que se obter o pronunciamento da maioria absoluta (primeiro número inteiro após a metade) dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial nesse sentido.

Nesse momento há uma cisão de competência no exame do processo entre o órgão fracionário e o órgão encarregado de fixar a tese pela constitucionalidade ou não da matéria constitucional versada no processo⁹⁷. Dessa forma, o julgamento final da demanda resultará da conjugação dos entendimentos do órgão fracionário e do competente para apreciar a matéria constitucional.

Assim, a instauração do incidente é a regra, no caso do órgão fracionário entender pelo acatamento da argüição de inconstitucionalidade. Há que se observar, contudo, a exceção prevista no parágrafo único⁹⁸ do artigo 481 do CPC, isto é, quando houver pronunciamento anterior do órgão especial ou do pleno do tribunal ou, ainda, do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional examinada pelo órgão fracionário, não haverá a obrigatoriedade de remessa do processo ao órgão encarregado de julgar a questão constitucional.

Suscitado o incidente, o relator deverá ouvir o Ministério Público e, posteriormente, submeter à apreciação do órgão colegiado a questão da inconstitucionalidade como prejudicial.

⁹⁷ Conforme MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, volume V, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 34-35.

⁹⁸ Parágrafo acrescentado pela Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998.

O órgão fracionário examinará a argüição de inconstitucionalidade e, se não acolhê-la, dará prosseguimento ao julgamento do feito, caso contrário, ou seja, se entender pela pertinência da argüição de inconstitucionalidade, o órgão fracionário deverá suspender o julgamento do processo, remetendo os autos à apreciação do pleno ou do órgão especial (onde houver), para que se pronunciem acerca da prejudicial de inconstitucionalidade levantada, observando-se a exceção estatuída no parágrafo único do artigo 481 do CPC.

Instaurado o incidente, o julgamento do processo pelo órgão fracionário ficará sobrestado até que o órgão máximo do tribunal emita orientação acerca da matéria constitucional aplicável ao caso concreto.

É importante ressaltar, por fim, que, decidindo o órgão máximo do tribunal, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade da norma examinada, não é conferido, ao órgão fracionário, o poder de não aplicar tal entendimento, quando do retorno do processo para a continuidade do julgamento.

5.4.1 *Natureza jurídica do instituto*

É necessário perceber, de início, que a argüição de inconstitucionalidade não é sucedâneo de recurso⁹⁹, visto que não tem por objetivo a reforma, a cassação, o esclarecimento ou a complementação da decisão do órgão fracionário, servindo, apenas, para a “fixação da tese acerca da constitucionalidade, ou não, de lei ou ato normativo do poder público¹⁰⁰”.

Ademais, como observa o professor Bernardo Pimentel Souza, não há, quanto à argüição de inconstitucionalidade, a limitação imposta pelo artigo 499 do Código de Processo Civil. Assim, por ser questão de ordem pública, pode ser instaurada de ofício por qualquer magistrado integrante do órgão julgador do processo em que reside a questão de inconstitucionalidade¹⁰¹.]

⁹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 856.

¹⁰⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p.341.

¹⁰¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p.341.

5.4.2 Objeto da argüição: “lei ou ato normativo do poder público”

A expressão constante do artigo 480 do Código de Processo Civil compreende as “emendas constitucionais, as leis complementares, as ordinárias, as delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, os regimentos internos dos tribunais e os demais atos normativos – com caráter genérico e abstrato – provenientes do poder público¹⁰²”.

Exclui-se, aqui, os decretos regulamentares, porque a inconstitucionalidade deles argüida, quando muito, será reflexa, não ensejando a declaração de inconstitucionalidade, visto que eventual vício em seu corpo será muito mais relacionado com um problema de legalidade, quanto à lei a que o decreto é vinculado, do que de inconstitucionalidade propriamente dita.

É importante esclarecer que os enunciados de súmula de tribunal não se sujeitam à declaração de inconstitucionalidade, por não possuírem conteúdo normativo¹⁰³.

Note-se, ademais, que tanto a legislação federal, quanto a estadual e a municipal podem ser objeto da argüição. Do mesmo modo que a inconstitucionalidade suscitada pode ser referente à Carta Estadual ou à Federal.

5.4.3 Legitimidade e momento para a argüição de inconstitucionalidade

A argüição de inconstitucionalidade pode ser feita por qualquer das partes do processo, pelo Ministério Público, quer figure no feito como parte ou como *custos*

¹⁰² SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p.343.

¹⁰³ Nesse sentido: TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p.49; e SOUZA, Bernardo Pimentel, ob. cit. p. 343.

legis, e, ainda, *ex officio* por qualquer um dos magistrados componentes do órgão fracionário a que o processo é submetido.

As partes em litígio podem suscitar a inconstitucionalidade por meio de petição inicial, contestação, petições recursais ou avulsas e, ainda, em sustentação oral na sessão de julgamento. Não há que se falar em preclusão, visto que se cuida de questão de direito.

O *Parquet*, a seu turno, pode argüir a inconstitucionalidade, se for parte na demanda, em qualquer momento que lhe couber falar nos autos; se estiver atuando como fiscal da lei, poderá fazê-lo em parecer escrito que emitir e, ainda, em ambas as hipóteses, poderá suscitar o incidente oralmente na sessão de julgamento do feito.

Quanto aos magistrados, como já dito, podem suscitar o incidente *ex officio*, porquanto a questão da inconstitucionalidade das normas é de ordem pública.

A argüição de inconstitucionalidade por qualquer dos legitimados poderá ser feita até a conclusão do julgamento do recurso ou da causa (artigo 556, do CPC).

5.4.4 *Recorribilidade da decisão que julga o incidente de inconstitucionalidade*

Primeiramente, como contra qualquer decisão judicial, são cabíveis embargos de declaração para impugnar o julgamento do incidente.

Não se pode afirmar o mesmo quanto a possibilidade de interposição de recurso extraordinário em ataque à decisão que julga o incidente de inconstitucionalidade. É que tal decisão – que fixa a tese a respeito de questão prejudicial, tão-somente, e não de toda a causa – não preenche o requisito do inciso III, do artigo 102 da Carta de 1988: “causas decididas.”¹⁰⁴

Assim, somente a decisão definitiva do processo, assim entendida aquela proferida pelo órgão fracionário após o retorno dos autos do órgão que decidiu o

¹⁰⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p. 346.

incidente de inconstitucionalidade, é suscetível de ser impugnada por meio da interposição de recurso extraordinário¹⁰⁵.

Quanto à possibilidade de interposição de Embargos Infringentes contra a decisão que julga o incidente, o Enunciado nº 293 da Súmula do Supremo Tribunal Federal dirimiu a controvérsia até então existente em torno do tema, para definir que “são inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais”.

¹⁰⁵ Veja-se, a respeito, o texto do verbete nº 513 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

6 O SURGIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA RELEVANTE FUNÇÃO NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS

A partir da década de sessenta, o número de feitos elevados ao exame do Supremo Tribunal Federal cresceu assustadoramente. Os ministros da Suprema Corte não conseguiam dar vazão à avalanche de recursos e causas originárias que adentravam no tribunal.

Assim, desde essa época, ecoavam vozes apregoando a criação de um tribunal que retirasse do STF a competência para processamento e julgamento de matérias infraconstitucionais. O mais importante defensor de tal idéia foi José Afonso da Silva, entretanto, suas sugestões não foram, naquele momento, acatadas.

Passou-se, então, a utilizar óbices jurisprudenciais e regimentais com o fito de evitar o “engessamento” do Excelso Pretório. Contudo, com o passar do tempo, pode-se perceber que tais medidas não representavam modificações significativas para a solução do problema.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal foi, cada vez mais, mergulhando em uma crise que estava prejudicando o próprio funcionamento regular daquela corte.

Atendendo aos reclamos dos juristas e advogados em geral, o constituinte de 1988 houve por bem criar o Superior Tribunal de Justiça e, com ele, o recurso especial, objetivando diminuir a carga de trabalho do STF e para que se propiciasse um verdadeiro controle da legalidade e da correta e uniforme interpretação do direito federal¹⁰⁶.

Isto é, a partir da Constituição de 1988, transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a missão de zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional comum. E para a novel corte poder cumprir tal encargo foi instituído o recurso especial, que passou a ser a via processual adequada para submeter, à apreciação de tribunal superior, as ofensas à legislação

¹⁰⁶ Em sentido semelhante: PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ – teoria geral e admissibilidade*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p.49.

federal perpetradas pelos tribunais de segundo grau, assim como os dissídios jurisprudenciais acerca da interpretação do direito federal infraconstitucional.

Portanto, assumindo essa função de ditar a última palavra acerca do direito federal infraconstitucional pátrio, as decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em especial nos julgamentos de recursos especiais, embora tenham validade e eficácia restritas às partes processuais, assumem condição de prestígio, autoridade e exemplo para os operadores do direito, de uma forma imediata, e para a sociedade em geral, de maneira indireta.

De mesma opinião, o ministro Antônio de Pádua Ribeiro observara que “tanto quanto nos países europeus em que há juízo de cassação e de revisão, parte o nosso sistema jurídico de que, para a satisfação dos anseios dos litigantes, são suficientes dois graus de jurisdição: sentença de primeira instância e julgamento do tribunal. Por isso, ao apreciar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, mais que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgamento proferido pelo tribunal *a quo*”¹⁰⁷.

O propósito era o de assemelhar o Supremo Tribunal Federal às Cortes Constitucionais européias e sul-americanas, tornando-o verdadeiro “guardião e intérprete máximo da constituição brasileira”¹⁰⁸.

Assim, foi criado o Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988 e instalado por meio da Lei 7.746 de 30 de março de 1989. É o STJ uma corte federal no ápice da organização judiciária nacional, só estando abaixo hierarquicamente do STF.

O surgimento do STJ, além de contribuir, pelo menos nos primeiros anos, para o desafogamento da suprema Corte, trouxe consigo a extinção do Tribunal Federal de Recursos, com a absorção de parte da competência a ele afeta, e a criação dos Tribunais Regionais Federais, no número de cinco, que abrangeram o restante das matérias antes de competência do TFR.

Por força do estatuído no artigo 104, *caput*, da Carta de 1988, os juízes que integram o STJ recebem a designação de ministros e são nomeados pelo Presidente

¹⁰⁷ PÁDUA RIBEIRO, Antônio de. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 49.

¹⁰⁸ Nesse sentido: MACIEL, Adhemar Ferreira, O Supremo e a nova constituição. *Revista de Direito Público* nº 87, p. 89.

da República, dentre brasileiros com mais de 35 e menos de 65 anos, após devidamente aprovada a escolha pelo Senado Federal (parágrafo único do art. 104 da Constituição Federal).

A composição do STJ é alcançada da seguinte forma: dos trinta e três ministros (número mínimo), um terço é escolhido dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais; um terço, dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça locais e; um terço, em partes iguais e alternativamente (art. 94 da CF), dentre advogados indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil e membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal.

Quanto à organização do STJ, observa-se que o tribunal funciona do seguinte modo (conforme disposição do artigo 2º do seu Regimento Interno):

- a) Plenário, constituído pela totalidade dos ministros do STJ e presidido pelo presidente da corte;
- b) Corte Especial, integrada por 21 ministros e, também, presidida pelo presidente do tribunal;
- c) Três seções especializadas, cada qual formada por dez ministros componentes das turmas da respectiva área de especialização;
- d) Seis Turmas especializadas, compostas, cada uma, por cinco ministros.

No tocante à competência para o exame dos recursos especiais, infere-se do disposto no artigo 13, IV, do Regimento Interno do STJ, que tal atribuição é conferida, a rigor, às Turmas do tribunal, obedecidas as áreas de especialização, em razão da matéria ventilada no recurso, conforme determinam os artigos 8º e seguintes do RISTJ.

Todavia, a regra acima possui exceções. Assim, o recurso especial também poderá ser julgado por Seção, “em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção.” É o que se conclui da análise dos artigos 12, parágrafo único, inciso II, 14, inciso II, e 34, inciso XII, todos do Regimento Interno do STJ.

A teor do que estabelecem os artigos 16, inciso IV, e 34, inciso XII, pode, ainda, ser julgado o recurso especial pelo órgão jurisdicional máximo do tribunal, “quando convier pronunciamento da Corte Especial, em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções”.

De acordo com o texto do artigo 557, *caput* e parágrafo 1º-A, do CPC, o recurso especial pode ser julgado também por decisão singular do ministro relator.

É importante destacar, por pertinente, que o Regimento Interno do STJ, utilizando-se da faculdade conferida pelo artigo 93, XI, da Carta atual, definiu claramente que é a Corte Especial o órgão interno competente para apreciar as arguições de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo suscitadas em processos submetidos ao julgamento do tribunal, consoante o disposto no inciso IX, do artigo 11 do RISTJ.

7 O RECURSO ESPECIAL: ASPECTOS GERAIS

As matérias de competência do STJ foram definidas pelo artigo 105 da Carta de 1988, sendo que, no inciso I, estão estabelecidas as hipóteses de causas originárias do STJ; no inciso II, foram estabelecidas as situações de competência recursal originária do STJ; e, por último, no inciso III do mesmo artigo, ficara estipulada a possibilidade de exame pelo STJ, mediante recurso especial, de matérias em caráter recursal extraordinário.

O recurso especial, pois, foi a via processual criada pelo constituinte para que o STJ pudesse efetivamente passar a exercer a função de corte uniformizadora da interpretação do direito federal infraconstitucional.

O artigo 105, III, então, obteve a seguinte redação: “as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios...”. Nas três alíneas do inciso III do artigo 105 da Constituição, estão dispostas as hipóteses de cabimento do recurso especial para o STJ, o que será objeto de estudo na seção seguinte.

7.1 Cabimento

O texto constitucional de 1988 prescreveu que será cabível o recurso especial contra acórdão proferido em única ou última instância, quando, ao solucionar questão de natureza legal federal, o tribunal regional ou local: a) contrariar ou negar vigência a dispositivo de lei federal ou de tratado; b) considerar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) atribuir a preceito de lei federal interpretação divergente da conferida por outro tribunal.

Assim, de um simples exame da redação do inciso III do artigo 105 da Constituição, pode-se verificar que o recurso especial só será cabível contra acórdãos de Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça locais.

A expressão “única ou última instância” é uma homenagem ao princípio do prévio esgotamento das vias recursais cabíveis, isto é, somente as decisões

proferidas em caráter definitivo pelas cortes regionais ou locais – não sendo possível a interposição de outros recursos contra estas, no âmbito do tribunal de segundo grau – dão ensejo à interposição do recurso especial.

De outro lado, o vocábulo “causas” tem sentido amplo, vez que compreende tanto as decisões que julguem o litígio, quanto aquelas que extinguem o processo sem julgamento meritório, e, ainda, quanto a quaisquer questões incidentais decididas no processo¹⁰⁹.

O termo “decididas” tem importância capital, porquanto representa a fundamentação constitucional do instituto do prequestionamento que tanto fora combatido por inúmeros advogados e juristas em geral que o tachavam de óbice jurisprudencial e, pois, inconstitucional.

Com efeito, para que o recurso especial seja admitido, é preciso que o tribunal de interposição – local ou regional – tenha se manifestado no acórdão recorrido acerca da matéria nele versada. Não é imprescindível que o tribunal tenha mencionado expressamente no acórdão o dispositivo dado por infringido no recurso especial. Basta, para a satisfação do requisito do prequestionamento, que a corte *a quo* tenha manifestado entendimento acerca do assunto ventilado no recurso especial.

7.2 O recurso especial interposto com base na alínea “a” do art. 105 da constituição

A contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal, autorizadora da interposição de recurso especial, de que trata a alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição é situação genérica, na qual estão contidas, as demais hipóteses de cabimento do recurso especial.

A expressão “lei federal” alcança tanto as leis aprovadas pelo Legislativo Federal propriamente ditas, quanto os decretos e regulamentos federais, as medidas

provisórias e o direito estrangeiro incorporado ao ordenamento jurídico pátrio¹¹⁰. Assim, o termo “tratado” não teria necessariamente que estar sendo mencionado, vez que a expressão “lei federal” já o compreende.

Por outro lado, o permissivo constitucional não abrange as portarias ministeriais, circulares, instruções normativas, provimentos, convênios interestaduais, enunciados de súmulas dos tribunais e seus regimentos internos¹¹¹. A respeito destes últimos, vale transcrever o verbete nº 399 da Súmula do STF: “Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a de regimento de tribunal”.

No plano estritamente técnico-jurídico, para que o recurso especial fundado na alínea “a” do permissivo constitucional seja admissível, basta, por si só, a alegação devidamente fundamentada na peça recursal de que o tribunal de segundo grau negou vigência ou contrariou a legislação federal.

A análise referente à procedência ou não das alegações do recorrente é somente cabível quando do julgamento do mérito recursal e, portanto, de competência exclusiva do juízo *ad quem*, no caso o STJ. Nesse sentido, vale transcrever passagem esclarecedora da doutrina do professor José Carlos Barbosa Moreira, *verbis*:

A rigor, só com o julgamento do recurso especial é que se verifica se a decisão recorrida contrariou ou não tratado ou lei federal: isso respeita ao mérito do recurso, não à sua admissibilidade. Do ponto de vista do cabimento, o recurso especial é admissível desde que o recorrente alegue a contrariedade. Tal alegação bastará para que se conheça do recurso; em etapa posterior, conforme seja ela procedente ou não, o resultado será o provimento ou o desprovimento¹¹².

¹⁰⁹ No sentido do texto: MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: recursos no processo civil* 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 114; SOUZA, Bernardo Pimentel, ob. cit. pp. 302-303.

¹¹⁰ Em sentido semelhante: SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p. 305.

¹¹¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p. 306.

¹¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ob. cit. p. 573.

7.3 O recurso especial fundado na alínea “b” do inciso III do art. 105 da constituição

A alínea “b” do autorizativo constitucional, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004, estabelece o cabimento de recurso especial quando o tribunal *a quo* – regional ou local – “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”.

Essa sempre foi a hipótese mais controvertida de cabimento do recurso especial, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. E foi exatamente no sentido de diminuir a divergência em torno do dispositivo é que o constituinte derivado modificou sua redação.

O texto originário previa o cabimento do especial se o tribunal de origem julgasse “válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”. Logo, com o advento da EC n. 45/2004, suprimiu-se do rol de hipóteses de cabimento previsto no inciso III do art. 105 da Constituição Federal a possibilidade de manejo do recurso especial quando a corte de origem houvesse julgado válida *lei* local destoante de lei federal.

Mas o ataque a tal tipo de decisão não foi vedado pelo constituinte derivado. Simplesmente promoveu-se uma transferência de competência do Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal, como se infere da novel alínea “d” acrescentada ao inciso III do art. 102 da Constituição da República pela mesma emenda constitucional. Pois bem, a partir da EC n. 45/2004, se um dado aresto local ou regional julgar válida lei local contestada em face de lei federal, o recurso contra ele cabível será o extraordinário e não mais o especial.

Essa alteração se deu porque, muitas vezes, “o contraste entre normação local/lei federal acaba por tangenciar o campo constitucional”, nos dizeres de Rodolfo Mancuso¹¹³. Verdade é que, normalmente, a antinomia entre as leis locais e federais envolve a interpretação do texto constitucional referente à distribuição de competência legislativa entre a União, os Estados e os Municípios.

¹¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 186.

Nestes casos, os tribunais de segundo grau, interpretam a Constituição para, a partir daí, afastar a aplicabilidade da norma federal ao caso concreto, privilegiando a legislação local, por entender que aquela invadiu a competência constitucional desta. Indubitavelmente, nessas hipóteses, o recurso cabível para impugnar a decisão do tribunal de apelação é o recurso extraordinário e não o especial.

Não fora outro o entendimento do ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da Questão de Ordem surgida no Recurso Extraordinário nº 117.809-4, de sua relatoria, *in verbis*:

Quando, entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra “b”, do art. 102, III, da Constituição.¹¹⁴.

É de se lembrar, por fim, que a expressão “ato de governo local” engloba os atos dos Poderes Legislativo e Executivo estaduais e municipais, bem assim do Judiciário estadual – à exceção, no último caso, dos atos de natureza jurisdicional dos juízes e tribunais¹¹⁵.

7.4 O recurso especial baseado na alínea “c” do inciso III do art. 105 da constituição

Será cabível recurso especial com amparo na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Carta Federal quando o tribunal de origem tiver dado à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O objetivo perseguido pelo constituinte com o permissivo constitucional em comento fora o de possibilitar a unidade de interpretação da lei federal em todo o território nacional, função primordial do Superior Tribunal de Justiça.

¹¹⁴ Acórdão publicado no Diário da Justiça de 04 de agosto de 1989.

¹¹⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p. 310.

Assim, busca-se com a alínea “c” ora estudada que, entre duas posições divergentes quanto à exegese de um mesmo texto de lei federal, possa o STJ cumprir seu papel de uniformizador e guardião do direito federal infraconstitucional e fixar qual, dentre os entendimentos mencionados no recurso especial (divergente e divergido¹¹⁶), corresponde à “exata vontade da lei¹¹⁷” em um dado momento histórico.

Daí resulta que o recurso especial fundado na alínea “c” do art. 105 da Carta de 1988 é instrumento processual hábil à uniformização do dissídio jurisprudencial entre tribunais acerca da interpretação do direito federal infraconstitucional. Ressalta, à evidência, que tal dispositivo não serve à pacificação de divergência *intra muros*, ou seja, no seio do mesmo tribunal, vez que para tal, existem mecanismos processuais adequados. Confirma-se, a respeito os verbetes nº 13 da Súmula do STJ e nº 369 da Súmula do STF.

Seguindo o magistério de Athos Gusmão Carneiro¹¹⁸ e do professor Bernardo Pimentel¹¹⁹, entendemos que não há qualquer óbice à utilização de precedente do próprio STJ como acórdão divergido¹²⁰, vez que é o órgão mais autorizado no Judiciário brasileiro quanto ao trato da legislação federal infraconstitucional.

Do mesmo modo, nada impede que se lance mão de julgado do STF como acórdão paradigma, até porque era o Pretório Excelso a corte competente para a análise do direito federal infraconstitucional até o surgimento na nova Constituição.

É imprescindível que o julgado evocado como padrão da divergência tenha sido proferido por órgão coletivo: turma, câmara, seção, órgão especial, pleno, etc.

Para comprovar o dissídio pretoriano, o recorrente deverá transcrever em sua peça recursal os trechos conflitantes entre as decisões recorrida e paradigma, mencionando as circunstâncias e características que identifiquem ou assemelhem os

¹¹⁶ Acórdão *divergido* é o que fora trazido à baila como paradigma, ao passo que o *divergente* é o prolatado pelo tribunal de origem do recurso especial.

¹¹⁷ A expressão é de Athos Gusmão Carneiro: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 115.

¹¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Org.). *ob. cit.*, p. 116.

¹¹⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Ob. cit.* p. 311.

¹²⁰ De opinião contrária: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ob. cit.* pp. 208-209.

casos confrontados. É o que se infere do texto do parágrafo único do artigo 541 do CPC reforçado pelo artigo 255 do RISTJ. Vale lembrar que a demonstração do dissenso deve ser feita por meio de certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicado o julgado invocado como padrão ou, ainda, pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte.

7.5 Efeitos do recurso especial

Consoante o disposto no § 2º do artigo 542 do CPC, o recurso especial produz efeito devolutivo, transferindo ao Superior Tribunal de Justiça o conhecimento da matéria de direito federal infraconstitucional impugnada pelo recorrente e decidida pelo tribunal de segundo grau¹²¹.

De outro lado, nos termos do artigo 512 do Código de Processo Civil, conhecido o recurso especial, a decisão do STJ substitui a do tribunal de interposição. Há, pois, a produção de efeito substitutivo pelo recurso especial.

O efeito substitutivo só não acontecerá se o Superior Tribunal de Justiça reconhecer a existência de *error in procedendo* no acórdão recorrido. Neste caso, a Corte, ao dar provimento ao recurso especial que atacava erro de validade na decisão recorrida, determinará a cassação desta, não acontecendo, pois, substituição do acórdão impugnado¹²².

De uma interpretação contrária do disposto no artigo 542, § 2º, do CPC, chega-se a conclusão de que o recurso especial não produz efeito suspensivo, ensejando a imediata execução do julgado de segundo grau.

Quanto ao efeito translativo, abordaremos o tema no capítulo seguinte por ser de especial relevância quanto ao objeto do presente trabalho.

¹²¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p. 312.

¹²² Em sentido semelhante: SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p. 312.

8 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM RECURSO ESPECIAL

8.1 Do efeito translativo produzido pelo recurso especial e da natureza jurídica da questão da constitucionalidade normativa: questão de ordem pública

Como dito no capítulo antecedente, a questão de se saber se o recurso especial produz ou não efeito translativo é de extrema importância para o desfecho do presente ensaio.

Ao contrário do efeito devolutivo dos recursos, que tem sua origem no princípio dispositivo, o efeito translativo advém do princípio processual inquisitório.

Desta sorte, o efeito translativo significa permitir ao órgão *ad quem* a apreciação de questões não levantadas nas razões ou contra-razões recursais. Essa permissão legal de que o julgador pronuncie-se de ofício acontece, na maioria das vezes, com relação às **questões de ordem pública**.

A verificação se, no âmbito do recurso especial, há a produção de efeito translativo passa necessariamente pela análise da natureza jurídica do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Sabe-se que os sistemas jurídicos anglo-saxônico, italiano e francês, por exemplo, foram estruturados de forma que suas cortes superiores são **Tribunais de Cassação**, isto é, são órgãos que, ao darem provimento a recursos a eles destinados, anulam ou revogam o acórdão recorrido para que o tribunal de origem profira outro, de acordo com a tese jurídica fixada¹²³.

No sistema brasileiro, tal não ocorre. As nossas cortes superiores foram criadas a partir do modelo germânico, que não prevê na estrutura de seu Poder Judiciário a existência de cortes superiores de cassação.

¹²³ Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, volume II, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 361; SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p. 313.

De fato, conhecido o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça deve julgar a causa. Assim, “o próprio Superior Tribunal de Justiça aplica o direito à espécie¹²⁴”, consoante o previsto no artigo 257, do Regimento Interno do STJ e no verbete nº 456 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que tem inteira aplicabilidade no caso do recurso especial.

Desse modo, ultrapassado o crivo de admissibilidade do recurso especial, pode perfeitamente o julgador examinar questões de ordem pública não apreciadas pelo acórdão recorrido.

Quando da análise da admissibilidade do especial, o STJ efetivamente deve se ater à matéria objeto de impugnação nas razões do recurso, sob pena, até, de interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Isto é, para efeito de admissibilidade do especial, impera o princípio dispositivo.

Daí decorre que, se o recorrente pretender alegar no especial alguma matéria de ordem pública sobre a qual o tribunal *a quo* não tenha se manifestado, deverá, primeiramente, *prequestionar*¹²⁵ a matéria, sob pena de não conhecimento do recurso¹²⁶¹²⁷.

De fato, se o tribunal de segundo grau foi omissos quanto à resolução de determinada questão de que deveria conhecer *ex officio*, em virtude de imposição legal, deverá o prejudicado interpor recurso de embargos de declaração, para intentar seja sanado o vício. É que a decisão omissa não possui o caráter de definitividade, ensejador da interposição de recurso especial, vez que a este recurso se aplica o princípio já estudado do prévio esgotamento das vias recursais cabíveis.

Se a omissão persistir, cabe a interposição de recurso especial por violação ao artigo 535, II, do CPC. Sanada a omissão, restará preenchido o requisito do prequestionamento da matéria a ser versada no recurso especial.

¹²⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit. p. 313.

¹²⁵ O termo está sendo empregado no sentido de provocação, pela via cabível, de manifestação pelo órgão julgador acerca da questão pendente de apreciação.

¹²⁶ Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., pp. 215-216.

¹²⁷ Nesse sentido é a jurisprudência dominante do STJ. Confira-se, a respeito, os seguintes precedentes: Resp. 50.588, publicado no D.J.U. de 30.09.1996, p. 36.638; Resp. 50.638, publicado no D.J.U. de 18.12.1995, p. 44.633; AG. 85.988, publicado no D.J.U. de 24.06.1996, p. 22.771; e AG. 95.597, publicado no D.J.U. de 13.05.1996, p. 15.553.

As ponderações ora levantadas acerca da necessidade de prequestionamento das questões de ordem pública são pertinentes com relação ao primeiro momento de apreciação do especial por parte do STJ, ou seja, no momento de prolação do juízo de admissibilidade do recurso.

Ultrapassado o crivo de admissibilidade, por força do efeito translativo produzido pelo especial, deverá o tribunal pronunciar-se, de ofício, acerca das questões de ordem pública, porventura não decididas no curso do processo. Só dessa forma, pode o STJ cumprir o disposto no artigo 257 do seu Regimento Interno e efetivamente julgar a causa¹²⁸.

Percebe-se, pois, que vencida a barreira da admissibilidade recursal, convive, ao lado do princípio dispositivo, o princípio inquisitório, a permitir que o STJ aprecie e julgue questões de ordem pública não decididas pelo acórdão recorrido. Se o tribunal de origem houver se pronunciado a respeito, como já visto, o recorrente deverá ventilar a questão em suas razões recursais para que o STJ possa apreciá-las, do contrário, tais questões serão encobertas pelo manto da preclusão.

A orientação majoritária proclamada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não destoia da tese ora sustentada. Vale transcrever, pela didaticidade de seus conteúdos, alguns trechos de decisões do STJ nesse sentido:

3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, **cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial.** (REsp n. 609.144/SC, 1ª Turma do STJ, redator o eminente Ministro Teori Albino Zavascki; grifos adotados)

Deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais (*in Revista do Superior Tribunal de Justiça*, nº 54, p. 530).

Conhecendo do especial, o STJ julgará a causa. Para isso, podendo examinar e decidir questões não versadas no acórdão, desde que, para isso, não tenha que avaliar provas – RISTJ, art. 257, parte final e Súmula 456 do STF (*in Revista do Superior Tribunal de Justiça*, nº 34, p. 423).

¹²⁸ Contra: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos: recursos no processo civil 1*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 420-421.

Conhecido o recurso, o tribunal procederá ao julgamento da causa, posto que não se trata de corte de cassação. Para fazê-lo, poderá ser necessário o exame, em favor do recorrido, de temas não versados no acórdão..." (*in* Revista do Superior Tribunal de Justiça, nº 46, p. 583).

Ao tomar conhecimento do recurso especial, o STJ deve apreciar, de ofício, nulidades relacionadas com os pressupostos processuais e condições da ação. Não é razoável que – mesmo enxergando vício fundamental do acórdão recorrido – o STJ nele opere modificação cosmética, perpetuando-se a nulidade (Resp. 109.474, publicado no D.J.U. de 20.10.1997).

A questão da constitucionalidade das normas é, também, uma questão de ordem pública, e, pois, ensejadora de sua apreciação, *ex officio*, pelo julgador no STJ¹²⁹.

Destarte, tendo o recurso especial obtido juízo de admissibilidade positivo por parte do órgão julgador no STJ, deve a corte apreciar a questão da constitucionalidade das leis federais aplicáveis ao caso concreto, visto que se trata de questão de ordem pública.

8.2 Da necessidade de vencimento do óbice da admissibilidade recursal para que se possa efetuar o controle difuso de constitucionalidade em recurso especial

A necessidade de que seja vencida a barreira da admissibilidade recursal para que se possa efetuar o controle difuso de constitucionalidade no recurso especial se justifica pelo fato de a matéria constitucional não poder ser versada no especial como fundamento de admissibilidade do recurso.

O recurso especial é um espécime recursal que exige o preenchimento de requisitos específicos para o seu cabimento. Tais requisitos estão previstos no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, conforme examinado anteriormente. Logo, para que o recurso especial obtenha juízo positivo de admissibilidade, tanto no

¹²⁹ Nesse sentido: SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 141.

tribunal de interposição, quanto no STJ, deve ele atender a comandos constitucionais específicos atinentes ao cabimento do recurso.

Denota-se, então, da análise das hipóteses de cabimento do recurso especial – alíneas “a”, “b”, e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição – que a alegação de inconstitucionalidade de determinada norma não faz parte do rol taxativo de possibilidades de cabimento do recurso especial.

Daí, não pode o Superior Tribunal de Justiça conhecer de recurso especial acatando o fundamento exposto nas razões recursais de que determinada norma federal é inconstitucional. Se o fizer, usurpa competência do Supremo Tribunal Federal e sujeita tal decisão à impugnação por meio de recurso extraordinário, por violação ao artigo, 102, III, da Carta Federal.

Portanto, o exercício da fiscalização difusa de constitucionalidade das normas em sede de recurso especial pressupõe que tenha o recurso obtido juízo de admissibilidade positivo.

Esse é, ademais, o posicionamento que vem sendo defendido pela jurisprudência do STF e do STJ, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL – ATUAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONTROLE DIFUSO. O Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira de conhecimento do recurso especial, exerce, como todo e qualquer órgão investido do ofício judicante, o controle difuso de constitucionalidade. Inexiste óbice constitucional que o impeça de desprover recurso enquadrado no inciso III do artigo 105 da Carta Política da República, tendo em vista homenagem a esta última (AG. 172.527/SP – AgRg, 2ª Turma do STF, publicado no D.J.U. de 12 de abril de 1996, p. 11.083).

RECURSO ESPECIAL – CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. Ultrapassada a barreira do conhecimento do especial, o Superior Tribunal de Justiça exerce, como qualquer outro órgão investido do ofício judicante, o controle difuso, incumbindo à parte, sequiosa de ver a controvérsia guindada ao Supremo Tribunal Federal, instá-lo a pronunciar-se sobre a implicação constitucional. Descabe confundir a impossibilidade de conhecer-se do recurso especial por infringência à Carta da República com a atuação inerente aos órgãos julgadores, voltada ao controle de constitucionalidade, considerado o caso concreto (AG 217.753/DF – AgRg, 2ª Turma do STF, publicado no D.J.U. de 23 de abril de 1999, p. 6).

8.3 Da exigência de que o tribunal de origem não tenha emitido pronunciamento acerca da questão constitucional a ser examinada pelo STJ no recurso especial

Se a questão da constitucionalidade da norma federal aplicável à espécie houver sido levantada no tribunal de segundo grau, a parte interessada, para ver dirimida a questão, deverá interpor recurso extraordinário e não especial, sob pena de não conhecimento do especial e de tornar preclusa a questão. É o que determina o enunciado nº 126 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

É inadmissível Recurso Especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta Recurso Extraordinário”

Cuida-se de verbete que parcialmente repete o enunciado nº 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

O interesse processual, pragmaticamente, pode ser resumido no binômio necessidade-utilidade da via processual eleita. Logo, a interposição de determinado recurso deve potencialmente trazer algum benefício à parte vencida na decisão recorrida.

Tal benefício não acontece se a parte perdedora se insurge contra apenas parte de decisão que possui mais de um fundamento suficiente, só por si, para manter intacta a orientação posta no julgado recorrido.

Dessa forma, falta interesse processual à parte que interpõe recurso especial contra fundamento infraconstitucional de acórdão do tribunal de origem, sendo que este acórdão tinha como pilar não só a argumentação de índole infraconstitucional, mas, também, elementos de ordem constitucional que, autonomamente, possam manter inalterada a parte dispositiva do acórdão.

Extrai-se preciosa lição do voto prolatado pelo ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do agravo de instrumento nº 145.589¹³⁰, de sua relatoria, veja-se:

Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e 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.

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 faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o recurso extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa.

Assim, se a questão da constitucionalidade de determinada norma foi debatida no seio do tribunal de segundo grau, o órgão competente para analisar o pleito do prejudicado com a tese fixada no referido julgamento é o Supremo Tribunal Federal, a ser provocado pela via do recurso extraordinário.

É que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser transformado em terceira instância intermediária, o que certamente aconteceria se a parte interessada tivesse de interpor recurso especial para combater o acórdão do tribunal de segundo grau, tanto no que toca à matéria infraconstitucional, quanto nas questões constitucionais solucionadas. Ademais, tal situação importaria infringência direta a preceitos constitucionais, em especial, ao artigo 102, III, da Carta Política, porquanto, admitida tal hipótese, inevitavelmente, o STJ estaria apreciando matéria afeta, constitucionalmente, ao Supremo Tribunal Federal.

A possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça exercer o controle difuso de constitucionalidade no âmbito do recurso especial é, assim, condicionada à não manifestação pelo tribunal de segundo grau acerca da questão constitucional a ser decidida pelo STJ. “Em recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça só decide sobre matéria infraconstitucional, salvo hipótese excepcional em que, durante o

¹³⁰ Acórdão publicado no Diário da Justiça de 26 de junho de 1994.

respectivo julgamento, emergja **questão constitucional nova**, ainda não apreciada pelo Tribunal local¹³¹ (grifamos).

8.4 Legitimidade para levantar a questão da constitucionalidade

Todos os legitimados mencionados quando estudamos o incidente de inconstitucionalidade podem argüir a inconstitucionalidade normativa em sede de recurso especial, razão pela qual remete-se o leitor àquela seção do presente trabalho.

Contudo, existe uma peculiaridade quanto à possibilidade de o recorrente suscitar a inconstitucionalidade de determinada norma em suas razões recursais que merece ser abordada de forma específica.

Como já demonstrado em seção antecedente, o exercício do controle difuso em sede de recurso especial está condicionado ao vencimento da barreira de admissibilidade do recurso.

Já se estudou, também, que o recurso especial é uma modalidade recursal de cabimento limitado constitucionalmente (artigo 105, III, da Carta da República).

Desta sorte, a parte vencida no julgamento proferido pelo tribunal de segundo grau, se a matéria versada for de índole federal infraconstitucional, tem a faculdade de interpor recurso especial para o STJ apreciar a questão, devendo, o apelo, se enquadrar em pelo menos uma das hipóteses taxativas estabelecidas nas alíneas do inciso III do artigo 105 da Constituição.

Por fim, já se viu que a alegação de inconstitucionalidade normativa, por mais transparente que seja, não tem o condão de fazer com que o STJ conheça de recurso especial, sob este fundamento. Se o acórdão proferido pelo tribunal *a quo* houver se baseado em matéria constitucional, o tribunal competente para analisar eventual insurgência do prejudicado com tal decisão é o STF e não o STJ, a teor do que prescreve o artigo 102, III, da Constituição.

¹³¹ PARGENDLER, Ari. *O recurso especial e o código tributário nacional: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 31.

Destarte, o recorrente, pela via especial, não pode alegar vício de inconstitucionalidade como fundamento para a admissibilidade de seu apelo.

Todavia, nada o impede de apontar a eiva de inconstitucionalidade como reforço argumentativo da matéria de fundo ventilada no recurso.

Com efeito, pode o recorrente alegar que o acórdão originário contrariou disposição de lei federal infraconstitucional como argumentação central de seu recurso. Como segundo fundamento, em obediência ao **princípio da eventualidade**, o recorrente pode levantar a inconstitucionalidade do dispositivo legal aplicado pelo tribunal de origem. Como já visto, entretanto, essa questão constitucional não pode ter sido examinada pelo tribunal *a quo*.

Outro exemplo da questão nova surgida no âmbito do STJ é levantado pelo Ministro Ari Pargendler, *verbis*:

Imagine-se que alguém ajuíze uma ação pedindo a declaração de que determinada lei não se lhe aplica, mas sustente, pelo princípio da eventualidade, que essa lei seria inconstitucional se o alcançasse. Se o Tribunal local decide que a lei não obriga o autor da ação, fica prejudicada a questão constitucional. *Quid*, se o Superior Tribunal de Justiça afasta a motivação do julgado por entender que a lei, de fato, obriga o autor? Examina o segundo fundamento do pedido. E qualquer decisão a esse respeito poderá ser atacada em recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal¹³².

Não fora diverso o entendimento sustentado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, quando do julgamento do recurso especial nº 64.648/SP, de sua relatoria, *verbis*:

Recurso Especial. Julgamento. Acolhido o pedido do autor, com base em norma infraconstitucional, e, reconhecendo-se, no especial, que infringida a lei, cumpre passar ao exame da alegada inconstitucionalidade do dispositivo que se teve como aplicável, tema de que não se cuidou no tribunal de origem, por desnecessário. Embargos declaratórios recebidos para este fim. Deflator. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada” (Resp. 64.648/SP – EDcl, 3ª Turma do STJ, publicado no D.J.U. de 14 de junho de 1999, p. 185)

Quanto à possibilidade de argüição de inconstitucionalidade pelo recorrido, por membro do Ministério Público, por terceiro prejudicado, ou, de ofício¹³³, por

¹³² PARGENDLER, Ari, ob. cit. p. 31.

¹³³ Nesse particular, é de extrema importância o voto prolatado pelo Ministro Franciulli Netto no julgamento do recurso especial nº 215.881/PR, de que foi relator. Nessa oportunidade, o Ministro suscitou, *ex officio*, o incidente de inconstitucionalidade do § 4º do artigo 39 da Lei 9.250 de 26

magistrados integrantes do órgão julgador do especial são inteiramente aplicáveis, *in casu*, as considerações efetuadas no estudo do incidente de inconstitucionalidade.

Por fim, no que toca às partes que podem em tese ser beneficiadas com eventual decisão do STJ que decida pela inconstitucionalidade de uma dada lei ou ato normativo infraconstitucional, cumpre ressaltar que a Corte Especial, ao apreciar e rejeitar, por maioria de votos, a argüição de inconstitucionalidade suscitada de ofício pelo Ministro Franciulli Netto no Recurso Especial n. 215.881/PR, fixou balizas importantes para a admissibilidade do controle difuso de constitucionalidade no âmbito do recurso especial, *verbis*:

Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Argüição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr. Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a argüição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.

2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.

3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltará cabimento.

4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.

5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).

6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.

7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.

8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese.

9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos (grifou-se).

8.5 Do procedimento do incidente de inconstitucionalidade instaurado no julgamento de recurso especial

Conforme registramos quando cuidamos da organização do Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial pode ser julgado pelo relator, em decisão

de dezembro de 1995, que estabeleceu a utilização da SELIC (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), ao argumento de que essa taxa não fora criada por lei para fins tributários.

singular (art. 557, *caput* e § 1º-A, CPC), pelas turmas (art. 13, IV, RISTJ) ou seções especializadas (artigos 12, parágrafo único, II; 14, II; e 34, XII, RISTJ), e, ainda, pela corte especial, a teor do que prescrevem os artigos 16, inciso IV, e 34, inciso XII, do Regimento Interno do STJ.

De igual forma, verificamos que o órgão competente para analisar as arguições de inconstitucionalidade suscitadas nos processos submetidos ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça é a Corte Especial, consoante o disposto no inciso IX do artigo 11 do RISTJ.

Assim, argüida a inconstitucionalidade, deverá o relator do recurso especial submeter a questão à apreciação do órgão julgador competente, após a oitiva do Ministério Público, conforme previsão do artigo 480, *caput*, do CPC.

Se o órgão competente para julgar o recurso especial for turma ou seção, deverá o respectivo órgão fracionário pronunciar-se pelo acolhimento ou pela rejeição da alegação de inconstitucionalidade. Se for rejeitada a argüição, prossegue-se no julgamento do recurso; se, por outro lado, for acolhida a suscitação, será lavrado o acórdão para que a questão possa ser submetida à análise da Corte Especial. É o que se infere do exame do artigo 481, *caput*, do CPC, combinado com o artigo 11, IX, do RISTJ.

A primeira hipótese, pois, de não remessa da argüição de inconstitucionalidade à Corte Especial é a de rejeição da alegação pelo órgão fracionário competente – Turma ou Seção, conforme o caso. Todavia, esse não é o único caso em que o órgão fracionário não estará obrigado a submeter a argüição de inconstitucionalidade à Corte Especial. Confira-se.

A reforma processual havida com o advento da Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998 acrescentou à redação original do artigo 481 do CPC seu atual parágrafo único. De acordo com este dispositivo, se houver prévio pronunciamento do órgão competente para decidir o incidente de inconstitucionalidade no tribunal – no caso do STJ, a Corte Especial – ou do plenário do STF sobre a questão, os órgãos fracionários “não submeterão” àqueles a inconstitucionalidade suscitada.

Tal comando é reforçado pelo disposto no inciso I do artigo 16 do Regimento Interno do STJ, que determina que as seções e turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial “quando acolherem a argüição de inconstitucionalidade, **desde que a matéria ainda não tenha sido decidida pela Corte Especial**”. (sem grifos no original).

Não sendo este o caso, acolhida a alegação de inconstitucionalidade pela maioria dos membros do órgão fracionário, dever-se-á, após publicado o acórdão e ouvido o *Parquet* em quinze dias, remeter o feito ao julgamento da Corte Especial. É o que se conclui do exposto no artigo 200, *caput* e § 1º, do RISTJ.

O relator do recurso especial, mesmo que não integre a Corte Especial, dela participará no julgamento do incidente de inconstitucionalidade, devendo-se, nessa hipótese, excluir do julgamento o Ministro mais moderno, conforme determinação expressa do parágrafo terceiro do artigo 200 do RISTJ.

Por fim, como já visto, o recurso especial pode estar sendo julgado pela Corte Especial, quando é suscitada a inconstitucionalidade normativa. Nesse caso, suspender-se-á o julgamento do especial, a fim de ser ouvido o Ministério Público no prazo de quinze dias (art. 199, *caput*, do RISTJ).

Tanto na hipótese de julgamento do recurso especial por Turma ou Seção, quanto nos casos de julgamento pela Corte Especial, após a oitiva do Ministério Público, será lançado o relatório e os autos serão encaminhados ao Presidente da Corte Especial para designação da sessão de julgamento, que será instalada com a presença de, pelo menos, dois terços dos membros da Corte Especial (art. 172, par. único, RISTJ), devendo a secretaria distribuir cópias autenticadas do relatório aos Ministros integrantes da Corte Especial, conforme o estatuído no § 1º do artigo 199 do Regimento Interno da Casa.

Nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, reforçado pelo § 2º do artigo 199 do RISTJ, a declaração de inconstitucionalidade do ato atacado só pode ocorrer se houver se manifestado nesse sentido a maioria absoluta dos membros da Corte Especial.

Caso a maioria absoluta necessária à declaração de inconstitucionalidade não seja alcançada, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso, a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*¹³⁴; se, ainda assim, não for atingido,

¹³⁴ Observa com precisão Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin. ob. cit. p. 109) que o *quorum* corresponde ao número mínimo de integrantes de determinado órgão, número este “necessário para o julgamento de uma questão (por exemplo, constitucional)”. De outro lado, a expressão maioria absoluta corresponde ao primeiro número inteiro subsequente à metade dos membros do colegiado.

será convocado Ministro não integrante da Corte, observada a ordem de antigüidade (§ 3º do artigo 199 do Regimento Interno do STJ).

Fixada a tese acerca da questão constitucional suscitada, cópia do acórdão deverá ser remetida à Comissão de Jurisprudência da Casa, que, após registrá-lo, ordenará sua publicação na Revista do Tribunal, nos termos do preceituado no § 4º do artigo 199 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

8.6 Da diferença existente entre o controle difuso exercido em recurso especial e o controle difuso efetuado em ações de competência originária do STJ ou em sede de recurso ordinário

Como já mencionado anteriormente, o desenho normativo constitucional que define o cabimento do recurso especial é restrito. Por isso é que se diz que o recurso especial é uma modalidade recursal que produz efeito devolutivo limitado às hipóteses de seu cabimento – alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Desta sorte, o exercício do controle difuso de constitucionalidade no âmbito do recurso especial é condicionado a alguns requisitos, como o vencimento do óbice da admissibilidade recursal, a exigência de que o tribunal de origem não tenha decidido a matéria constitucional a ser analisada pelo STJ, dentre outros.

Por outro lado, quando o STJ, exercendo a competência que lhe confere o inciso I do artigo 105 da Carta de 1988, julga originariamente determinados feitos previstos nas alíneas “a” a “i”, do referido dispositivo constitucional, tais restrições ao exercício da fiscalização da constitucionalidade das normas não existem.

Há que se notar que, no julgamento de causas originárias, o Superior Tribunal de Justiça atua como primeiro órgão examinador da causa e, pois, com poder de investigação e exame do processo tão amplo quanto o têm os juízes singulares de primeiro grau.

Tal amplitude de exercício do ofício judicante alcança, também, a possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade.

Embora, como em toda e qualquer ação, o julgador deva se pautar pelo que fora deduzido pelo autor em juízo, em obediência ao princípio dispositivo, há que se lembrar que a questão da constitucionalidade das normas é de ordem pública, ensejando, pois, sua apreciação de ofício pelo magistrado. É que, no âmbito das questões de ordem pública, impera outro princípio: o inquisitório.

Ocorre que, em recurso especial, até as questões de ordem pública devem observar as limitações de cabimento recursal expressas na Carta Federal.

Em se tratando de causas de competência originária do STJ, contudo, tais restrições de cabimento não são verificadas. Caso se trate, pois, de causa prevista na competência originária do STJ, o conhecimento e julgamento de eventual questão de inconstitucionalidade normativa nela surgida serão efetuados sem quaisquer limitações.

Desse modo, o controle difuso de constitucionalidade é exercido, nos feitos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, da forma mais ampla possível, sem quaisquer restrições, ao contrário do que ocorre com o recurso especial.

O mesmo se pode afirmar da fiscalização difusa de constitucionalidade efetuada no âmbito de recursos ordinários destinados ao Superior Tribunal de Justiça, por força do previsto no inciso II do artigo 105 da Constituição da República.

É que o recurso ordinário, ao contrário do especial, produz efeito devolutivo amplo que, portanto, tem o condão de possibilitar ao Superior Tribunal de Justiça o exame de todos os pontos ventilados nas razões recursais.

Além da amplitude do efeito devolutivo produzido pelo recurso ordinário, deve-se ressaltar que, pelo fato de ser questão de ordem pública, a questão da constitucionalidade normativa sequer necessitaria ser abordada nas razões do recurso ordinário, porquanto, aqui, não se encontram limitações constitucionais ao princípio inquisitório, como acontece com o especial.

Destarte, o controle difuso de constitucionalidade exercido em sede de feitos originários (art. 105, I, CF) e recursos ordinários (art. 105, II, CF) é ilimitado, ao passo que, no recurso especial, tal controle deve obedecer às restrições já abordadas no presente trabalho.

9 CONCLUSÃO

A exposição chega ao seu término. Do estudo efetuado para a concretização do presente trabalho, pode-se extrair as seguintes conclusões:

1. Ordenamento jurídico, como “sistema”, é melhor definido como conjunto de elementos que entram em relação formando um todo unitário, visto que, não obstante a maioria dos sistemas jurídicos mantenham a tendência de unidade, ou seja, de formarem um conjunto sistêmico coerente, não raro encontram-se normas integrantes desses ordenamentos em dissonância umas com as outras.

2. Constituição é, em grande parte dos sistemas jurídicos modernos, a norma fundamental do Estado que, de certa forma, é responsável pela organização do ordenamento jurídico de determinado país.

3. Constituição material, em sentido amplo, identifica-se com a própria forma organizacional de determinado Estado. Em sentido restrito, constituição *material* ou *substancial* assume o sentido de complexo de normas, escritas ou não, que constitui o pilar fundamental.

4. Constituição, sob o aspecto formal, é o corpo legislativo que, pelo fato da sociedade ter-lhe conferido o caráter de relevante, não pode ser criado, alterado ou revogado pela mesma forma utilizada nas leis simples (infraconstitucionais), somente podendo-se fazê-lo, por meio de processo legislativo mais árduo e solene.

5. Rígidas são as constituições que somente podem ser alteradas por processos e requisitos legislativos especiais mais severos que os de formação e alteração dos textos infraconstitucionais.

6. Constituições flexíveis são as que prescindem de processo legislativo diferenciado do utilizado na criação e modificação das leis infraconstitucionais para seu nascimento ou alterações posteriores.

7. São denominadas semi-rígidas *ou* semi-flexíveis as constituições que contém uma parte de seu texto qualificado como rígido e outra como flexível.

8. O princípio da supremacia constitucional determina que todas as demais normas integrantes de um dado ordenamento jurídico deverão respeitar e se compatibilizar com os preceitos constitucionais, em razão da superioridade hierárquica destes.

9. O controle de constitucionalidade das normas ou fiscalização de constitucionalidade das normas é o instrumento hábil à retirada do sistema normativo de normas contrárias ao texto constitucional.

10. A inconstitucionalidade pode ser conceituada como desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional.

11. O controle político de constitucionalidade é o efetuado por órgão especial do Estado, não integrante do Poder Judiciário.

12. O controle jurisdicional de constitucionalidade é o que confere a um ou mais órgãos do Poder Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade das leis.

13. A fiscalização mista de constitucionalidade se dá quando certas normas são submetidas à fiscalização política e outras à jurisdicional.

14. O controle preventivo de constitucionalidade é realizado em momento anterior ao aperfeiçoamento do ato normativo (edição) sendo aplicável especificamente aos projetos de lei, ao passo que o controle repressivo ocorre após o ato normativo ter sido aperfeiçoado (supressão daquilo que no ato estiver em afronta à Constituição).

15. O controle difuso de constitucionalidade é o efetuado por uma pluralidade de órgãos do Estado. De outra parte, se um único órgão estatal é competente para a fiscalização da constitucionalidade, tem-se o modelo concentrado de controle de constitucionalidade das leis. Por fim, os chamados sistemas mistos de controle jurisdicional de constitucionalidade são os que englobam o sistema concentrado e o difuso, como é o caso do direito brasileiro atual.

16. A resolução suspensiva do Senado Federal é o mecanismo jurídico que confere eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou, pela via difusa, a inconstitucionalidade de uma dada norma.

17. No exercício do controle difuso de constitucionalidade, será instaurado o incidente de inconstitucionalidade, quando, no julgamento dos feitos de sua competência, determinado órgão fracionário de tribunal entender pela procedência da argüição de inconstitucionalidade. Sem a instauração do incidente, resta inviabilizada a declaração da inconstitucionalidade das normas quando do julgamento de processos de competência dos órgãos fracionários da cortes pátrias.

18. A argüição de inconstitucionalidade pode ser feita por qualquer das partes do processo, pelo Ministério Público, quer figure no feito como parte ou como

custos legis, e, ainda, *ex officio*, por qualquer um dos magistrados componentes do órgão fracionário a que o processo é submetido.

19. A decisão que julga o incidente de inconstitucionalidade não é suscetível de impugnação por recurso extraordinário ou embargos infringentes.

20. O Superior Tribunal de Justiça foi criado para assumir a função de corte competente para ditar a última palavra acerca do direito federal infraconstitucional pátrio.

21. O recurso especial é a via processual criada pelo constituinte de 1988 para que o STJ possa efetivamente exercer a função de corte uniformizadora da interpretação do direito federal infraconstitucional.

22. Assim, as decisões prolatadas pelo STJ, nos julgamentos de recursos especiais, assumem condição de prestígio e autoridade, tanto para os operadores do direito, quanto para a sociedade em geral. As hipóteses de cabimento do especial estão previstas na Constituição Federal (artigo 105, III) e não no Código de Processo Civil.

23. O recurso especial produz efeito devolutivo, substitutivo (em regra) e translativo. Não produz, porém, efeito suspensivo.

24. É possível, como a qualquer outro órgão dotado do ofício judicante, o exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça. Todavia, em sede de recurso especial, esse controle é exercido em hipóteses restritas.

25. Como a questão da constitucionalidade das leis é de ordem pública, o efeito translativo produzido pelo recurso especial propicia o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de recurso especial, mesmo *ex officio*.

26. É condição para efetuação do controle difuso de constitucionalidade em recurso especial que a questão constitucional levantada no âmbito do STJ não tenha sido decidida pelo tribunal de segundo grau de jurisdição. Também é imprescindível para que se possa exercitar o controle difuso em recurso especial que seja ultrapassado o crivo de admissibilidade recursal.

27. O controle difuso de constitucionalidade efetuado no julgamento de causas de competência originária do Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, da Constituição) ou em recursos ordinários destinados à corte (artigo 105, II, da Constituição) não sofre as limitações impostas ao exercício da fiscalização difusa em recurso especial.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ORDENAMENTO JURÍDICO: SISTEMA DE NORMAS	11
3	CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, CLASSIFICAÇÃO E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	13
3.1	CONCEITO	13
3.2	CLASSIFICAÇÃO	14
3.3	SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	17
4	CONTROLE OU FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS: ASPECTOS GERAIS	20
4.1	CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	20
4.2	ESPÉCIES OU MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS	21
4.2.1	<i>Em relação ao órgão controlador</i>	21
4.2.2	<i>Em relação ao momento de realização: a fiscalização preventiva e a repressiva</i>	23
4.3	DIVERSOS TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE	27
4.3.1	<i>Inconstitucionalidade formal, “stricto sensu”, e orgânica</i>	27
4.3.2	<i>Inconstitucionalidade material</i>	29
4.3.3	<i>Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial</i>	30
4.3.4	<i>Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão</i>	31
4.3.5	<i>Inconstitucionalidade direta, imediata ou expressa e indireta, implícita, mediata ou reflexa</i>	32
4.3.6	<i>Inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente (aspecto material)</i>	33
4.4	DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO	34
4.5	INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO	35
5	FISCALIZAÇÃO REPRESSIVA JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS: O CONTROLE DIFUSO (SUBJETIVO OU CONCRETO) E O CONCENTRADO (OBJETIVO OU ABSTRATO)	38
5.1	CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE: NOTÍCIA HISTÓRICA.....	38
5.2	OS CONTROLES DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.....	39
5.3	A RESOLUÇÃO SUSPENSIVA DO SENADO FEDERAL E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	43

5.4 O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE: INSTRUMENTO VIABILIZADOR DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DETERMINADA NORMA, PELA VIA DIFUSA, NOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DOS TRIBUNAIS	44
5.4.1 <i>Natureza jurídica do instituto</i>	46
5.4.2 <i>Objeto da argüição: “lei ou ato normativo do poder público”</i>	47
5.4.3 <i>Legitimidade e momento para a argüição de inconstitucionalidade</i>	47
5.4.4 <i>Recorribilidade da decisão que julga o incidente de inconstitucionalidade</i>	48
6 O SURGIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA RELEVANTE FUNÇÃO NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS	50
7 O RECURSO ESPECIAL: ASPECTOS GERAIS	54
7.1 CABIMENTO	54
7.2 O RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM BASE NA ALÍNEA “A” DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO.....	55
7.3 O RECURSO ESPECIAL FUNDADO NA ALÍNEA “B” DO INCISO III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO.....	57
7.4 O RECURSO ESPECIAL BASEADO NA ALÍNEA “C” DO INCISO III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO.....	58
7.5 EFEITOS DO RECURSO ESPECIAL.....	60
8 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM RECURSO ESPECIAL	61
8.1 DO EFEITO TRANSLATIVO PRODUZIDO PELO RECURSO ESPECIAL E DA NATUREZA JURÍDICA DA QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE NORMATIVA: QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA	61
8.2 DA NECESSIDADE DE VENCIMENTO DO ÓBICE DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL PARA QUE SE POSSA EFETUAR O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM RECURSO ESPECIAL	64
8.3 DA EXIGÊNCIA DE QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM NÃO TENHA EMITIDO PRONUNCIAMENTO ACERCA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL A SER EXAMINADA PELO STJ NO RECURSO ESPECIAL	66
8.4 LEGITIMIDADE PARA LEVANTAR A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE	68
8.5 DO PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE INSTAURADO NO JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL	70

8.6 DA DIFERENÇA EXISTENTE ENTRE O CONTROLE DIFUSO EXERCIDO EM RECURSO ESPECIAL E O CONTROLE DIFUSO EFETUADO EM AÇÕES DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ OU EM SEDE DE RECURSO ORDINÁRIO	73
9 CONCLUSÃO	75

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- BARROS, Humberto Gomes de. *Inconstitucionalidade superveniente e recurso especial*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil (promulgada em 05 de outubro de 1988), 1º volume*, São Paulo: Saraiva, 1988.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*, Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v. II.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *O Supremo e a nova constituição*. Revista de Direito Público nº 87.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial* : recursos no processo civil 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil, volume V*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos: recursos no processo civil 1*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, São Paulo: Saraiva, 1988.

PÁDUA RIBEIRO, Antônio de. *Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça*. Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

PARGENDLER, Ari. *O recurso especial e o código tributário nacional: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ – teoria geral e admissibilidade*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à constituição da república dos estados unidos do Brasil, tomo II*, Rio de Janeiro: Guanabara, s.d.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, tomo III*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, 14^a ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Belém: Cejup, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.