

O INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Doutor honoris causa da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte e Professor aposentado da UFRN

Sumário:

1. Introdução - 2. Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a arguição de inconstitucionalidade no âmbito do recurso especial - 3. O Regimento Interno do STJ e o processamento da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público - 4. Conclusões.

1. Introdução

O estudo do incidente de arguição de inconstitucionalidade da lei tributária ou de qualquer outra de natureza diversa, no âmbito do recurso especial, tem desafiado a doutrina brasileira e recebido manifestações jurisprudenciais não convergentes.

É de pleno conhecimento de todos os estudiosos da Ciência Jurídica que, em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 97, determina que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

A regra em destaque trata do denominado controle difuso de constitucionalidade, ou por via de exceção, de qualquer lei ou ato normativo, partindo de um caso concreto.

A origem desse sistema de controle de constitucionalidade da lei ou ato normativo tem sua base assentada no direito dos Estados Unidos da América, por criação do Chief Justice Marshall, da Corte Suprema Americana, no conhecido caso Madison & Marbury, em 1803.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou esse sistema desde a primeira Constituição Republicana. Esta, em seu art. 59, previa:

Art. 59. (...) § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o STF: (...) b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.

A seguir, essa prática foi generalizada pela Lei 221, de 1894.

O art. 97 da CF/88, em sua mensagem de natureza categórica, enseja o entendimento de que dele podem ser extraídas as seguintes características:

a) Para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não se exige a presença de todos os integrantes do Tribunal. Necessário, apenas, que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo seja feito pela maioria absoluta dos juizes da Corte ou de seu órgão especial.

b) A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo há de atuar com vinculação direta ao texto impugnado, quer por provocação das pessoas interessadas (partes no processo), quer de ofício por qualquer magistrado. Não pode a declaração de inconstitucionalidade ser estendida a outros dispositivos, não obstante ligados ao apreciado, porém não atacados.

c) O ordenamento jurídico brasileiro não impede que órgão fracionário de qualquer Tribunal (Turma ou Câmara) decida pela constitucionalidade de lei ou de ato normativo. Está o órgão fracionário,

contudo, impedido, por comando constitucional, de apreciar a questão da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, competência exclusiva do Plenário do Tribunal ou de seu órgão especial.

d) As normas aprovadas pelo constituinte originário não podem ser analisadas pelo STF sob o fundamento de que são inconstitucionais.

e) As leis locais podem, em face da Constituição Estadual, ser declaradas inconstitucionais pelos Tribunais Estaduais. Exige-se o *quorum* do art. 97 da CF, maioria absoluta, e a competência do Tribunal Pleno ou de seu órgão especial.

f) Não se declara a inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição Federal vigente, quando contrariá-la, por ser caso de simples revogação da norma. É caso de inconstitucionalidade superveniente que deve ser apreciado em sede de recurso extraordinário.

g) A violação de lei complementar não pode ser considerada como ofensa cometida contra a Constituição. O seu reconhecimento não exige, portanto, *quorum* qualificado para a decisão que reconhece dita violação.

h) O decreto regulamentador não está submetido ao controle de constitucionalidade. Se ele extrapola o conteúdo da lei que se propõe a regulamentar, pratica ilegalidade. Só se admite inconstitucionalidade de decreto quando não existir lei que o preceda.

i) Portaria, desde que estabeleça regra genérica e abstrata, pode ser argüida de inconstitucional.

j) Se a declaração de inconstitucionalidade for necessária para o julgamento da causa, pode ela ser suscitada, em caso concreto, de ofício, pelo juiz ou pelo tribunal.

k) Não pode haver arguição de inconstitucionalidade de súmula, haja vista não possuir características de ato normativo.

l) Se a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público for suscitada perante a Turma ou Câmara, após ouvido o Ministério Público, será proferida decisão. Caso acolhida, será lavrado o acórdão e, em seguida, submetida a questão ao Tribunal Pleno ou órgão especial.

m) Não há necessidade de o órgão fracionário submeter ao Pleno ou ao órgão especial, arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do STF sobre a matéria.

n) Se a turma ou câmara aceitar o processamento da arguição de inconstitucionalidade, suspende o julgamento do recurso ou da ação. Trata-se, portanto, de uma questão prejudicial ao julgamento.

o) É irrecurável o acórdão do órgão fracionário que aceita a arguição de inconstitucionalidade.

p) O acórdão do Plenário do Tribunal que resolve o incidente de inconstitucionalidade é irrecurável. Nele nada se julga. A questão será reaberta quando do recurso interposto da decisão que aprecia o caso concreto.

q) O *amicus curiae* pode ser admitido no procedimento da arguição de inconstitucionalidade.

r) São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais (Súmula 293 do STF). Das decisões que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional (Súmula 513 do STF).

s) Todos os tribunais, independentemente do grau em que se encontram, têm o dever de exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.

t) Os Tribunais, na apreciação da arguição de inconstitucionalidade, devem seguir a conduta de que deve prevalecer o princípio geral da constitucionalidade das leis. A inconstitucionalidade é exceção.

u) No apreciar a questão da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, os Tribunais não podem analisar os aspectos de conveniência e de oportunidade que determinaram a expedição da lei. Cumpre-lhes, apenas, verificar a sua compatibilidade ou não com a Constituição Federal.

v) A lei pode ser considerada parcialmente inconstitucional.

w) Na dúvida se a lei contraria ou não a Constituição, deve prevalecer o princípio da presunção de constitucionalidade.

x) O art. 52, X, da CF, permite que sejam ampliados os efeitos do Controle Difuso de Constitucionalidade, desde que o STF officie ao Senado Federal para que, por meio de Resolução, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão transitada em julgado do próprio STF.

y) O Senado não está obrigado a emitir a Resolução. Trata-se de ato discricionário, de cunho político.

Como examinado, o objeto da arguição de inconstitucionalidade não é reformar, cassar ou complementar a decisão em exame pelo órgão do Poder Judiciário. O seu escopo principal é o de, em tese, declarar se a lei questionada é inconstitucional. Por inexistir, no âmbito do processamento da arguição de inconstitucionalidade, direitos subjetivos em discussão, haja vista que se examina, apenas, a necessidade de se afastar, do ordenamento jurídico, lei ou ato normativo

tido como inconstitucional, não há, a rigor, no âmbito dessa questão prejudicial, relação jurídica processual formada pela presença das partes.

Em síntese, a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pode ser suscitada por todos os agentes que estão presentes na relação jurídica formal constituída: as partes, os terceiros intervenientes, o Ministério Público, o juiz ou tribunal (estes de ofício).

Não há preclusão para a sua apresentação. A qualquer tempo e em qualquer instância pode ser ela discutida.

No trato da arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de recurso especial, objeto do presente trabalho, a doutrina, entre tantos outros, tem se manifestado pela via dos autores a seguir referidos:

a) Andréa Leonardo Coimbra escreveu a obra *Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial*, publicada pela Fabris, Porto Alegre, 2005, 143 p.

b) Humberto Gomes de Barros, Ministro do STJ, em artigo de sua autoria, apreciou o tema em Inconstitucionalidade superveniente em recurso especial, publicado na obra *Homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros - I Seminário de Direito do Sindicato dos Procuradores do Distrito Federal: temas de direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

c) Domingos Franciulli Neto, autor do artigo Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, publicado em *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, STJ, v. 13, n. 2, p. 177-194, jul.-dez. 2001.

d) Hugo de Brito Machado, autor do artigo A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial, disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br/artigos/incleres.html>>.

e) Bernardo Pimentel Souza, na obra *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 3. ed., São Paulo: Saraiva.

f) José Saraiva, na obra de sua autoria *Recurso especial e o STJ*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 308-310.

g) Pollyana Kelly Maciel Medeiros Martins Alves, em artigo intitulado Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.Asp?ed=861>>.

2. Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a arguição de inconstitucionalidade no âmbito do recurso especial

A análise da doutrina e da jurisprudência sobre o tema em debate apresenta o panorama que a seguir será demonstrado, em que se identifica não ser pacífico o uso sem restrições da arguição de inconstitucionalidade, em sede de recurso especial.

Inicialmente, destacamos que Pollyana Kelly Maciel, Juíza Federal Substituta da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, no artigo supra-referido, após expor as razões do seu entendimento, apresenta conclusão no sentido de que

é perfeitamente possível o debate sobre a constitucionalidade de norma em sede de recurso especial, em face da possibilidade ou melhor, dever de todo juiz velar pelo cumprimento das disposições da nossa Carta Magna, assim como todo e qualquer juiz deve apreciar as questões de ordem pública.

A mencionada autora não impõe qualquer restrição. Ao seu entender, a arguição de inconstitucionalidade em sede de recurso especial obedece às mesmas exigências quando apresentada em ambiente de qualquer outro recurso.

Bernardo Pimentel, na obra supra-referida, p. 313-314, assume posição quase igual à de Polliana Kelly Maciel. Para o autor citado, o recurso especial produz efeito translativo, pois, sendo conhecido o recurso, o STJ “aplica desde logo o direito à espécie, julgando o caso concreto”. Com base nessa premissa, afirma:

Ora, ao julgar a causa, o STJ pode constatar a ausência de algum pressuposto processual, de alguma condição da ação. Por tal razão, ultrapassada a barreira da admissibilidade, o tribunal deve apreciar de ofício questões de ordem pública. Como a questão da constitucionalidade da lei é ordem pública, o STJ também pode (*rectius*: deve) apreciar o assunto após proferir juízo positivo de admissibilidade no tocante ao especial. E o exame da questão constitucional pode ser feito até mesmo de ofício. Como todos os juizes e tribunais do país, o STJ também exerce o controle difuso de constitucionalidade, até mesmo em julgamento de recurso especial.

Esclarece, contudo, o autor:

A rigor, a questão da inconstitucionalidade da lei federal só não pode ser examinada pelo STJ quando o tema foi decidido pela corte de origem, configurando um dos fundamentos autônomos que sustentam a conclusão do acórdão recorrido. É que tendo sido solucionada pela corte de segundo grau, a matéria deve ser apreciada pelo STF, no julgamento do recurso extraordinário (...).

Observamos, portanto, que, segundo o autor referido, não é absoluta a possibilidade de o STJ examinar a prejudicial de arguição de inconstitucionalidade, conforme os ensinamentos supradestacados.

Domingos Franciulli Neto, de saudosa memória, quando Ministro do STJ, defendeu, com muito vigor, a possibilidade ampla da prejudicial de arguição de inconstitucionalidade em recurso especial. Destaco do artigo de sua autoria anteriormente registrado, Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, publicado também na *RePro*, n. 103, São Paulo: RT, a conclusão firmada. Ei-la:

Em suma e para concluir, é perfeitamente possível a arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, quer

manifestado pela letra *a*, quer pela letra *c* do art. 105, III, da CF. O incidente tanto pode ser manifestado pelas partes como provocado de ofício por qualquer Ministro, desde que submetido, em primeiro lugar, à Turma ou à Seção, a que pertencer. Acolhida a arguição pelo órgão fracionário, a matéria terá de ser examinada e julgada pela Corte Especial. Por fim, o incidente prescinde de prequestionamento e não há indagar a quem possa favorecer. Para ser instaurado, basta existir um feito a ser julgado pelo órgão fracionário.

O Min. Nilson Naves, em voto proferido no REsp 215881/PR, com julgamento iniciado em 19.12.2000, pela Corte Especial, analisou o sistema competencial da Suprema Corte e do STJ, terminando por firmar as conclusões seguintes:

1. É do Superior toda a jurisdição infraconstitucional (direito ordinário), salvo hipóteses que dizem respeito a determinados membros do Poder, como o Presidente da República (Constituição, art. 102,1, b e d).
2. No exercício das competências previstas nos incs. I e II do art. 105, livremente o Superior também dispõe do contencioso constitucional. Por certo, é-lhe lícito o modelo difuso-incidental de controle de constitucionalidade. Sua palavra não é final; em tese, sempre haverá o recurso extraordinário.
3. No exercício da competência prevista no inc. III do art. 105, amplamente o Superior dispõe do contencioso infraconstitucional. Em princípio, não tem o contencioso constitucional. Tê-lo-á em uma ou duas hipóteses, podendo fazer incidente e previamente declaração de inconstitucionalidade. Não, se em benefício da parte recorrente.
4. É do Supremo a jurisdição constitucional. E o Tribunal da Constituição, órgão mais de natureza política - Corte de Justiça Política. Do Supremo esperar-se-ia, como alhures se esperou, se substituísse ao poder moderador. Melhor ficaria se transformado em Corte Constitucional, exclusivamente.
5. Para zelar pela guarda da Constituição, todos os instrumentos são úteis, necessariamente e legítimos ao Supremo. Ao lado do modelo difuso-incidental, compete-lhe, e somente a ele, o modelo concentrado-abstrato de controle de constitucionalidade.

6. Não é útil, conveniente e nem é legítimo ao Supremo entrar na matéria infraconstitucional, cuja jurisdição pertence ao Superior. Significa que é vedado o conhecimento do extraordinário a pretexto de ofensa à Constituição e, em seguida, o desfecho da causa fundado no direito infraconstitucional (provimento). De acordo com o sistema vigente, apenas o Superior tem autorização constitucional, mediante o recurso especial, para decidir as causas aplicando-se-lhes o direito ordinário.

7. As decisões do Superior, tratando-se de matéria infraconstitucional, não de ser finais, irrecorríveis, com autoridade de coisa julgada, tanto como já o são as oriundas de recurso especial, quanto haverão de sê-lo as provenientes do exercício das competências originária e ordinária.

Com base em tais premissas, o Min. Nilson Naves firmou a conclusão, no caso concreto examinado, de que:

Em sendo tal, na minha modesta compreensão, o sistema que nos foi delegado pelos constituintes de então, é que, no caso, à falta de interesse atual, específico e concreto das partes, principalmente no que diz respeito aos recorridos, é que, pedindo vênias ao ilustre relator, em preliminar, rejeito a arguição, ou dou pela sua extinção, sem apreciação de mérito.

O Min. António de Pádua Ribeiro, votando na Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 12.005/RS, publicado no DJU 10.05.1993, assentou que:

(...) A Constituição, no seu art. 105, III, estabelece a competência desta Corte para julgar recurso especial, versando sobre matéria infraconstitucional. Mas outro artigo estabelece a competência de todos os Tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Trata-se, portanto, de declaração *incidenter tantum*, não havendo qualquer razão plausível, à vista do nosso sistema constitucional, de negar-se apenas a um Tribunal, da hierarquia deste, poderes de incidentemente declarar a inconstitucionalidade de lei diante de um recurso especial que esteja a apreciar.

No referido pronunciamento, o Min. António de Pádua Ribeiro não impôs qualquer condição para que, em sede de Recurso Especial, tramite arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

O Min. Sepúlveda Pertence, ao julgar o AgRAG 145.589-7/RJ, DJU 24.06.1994, assentou:

(...) 1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. 2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o fez, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o recurso extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa (...).

No voto supra-referido, o Min. Sepúlveda Pertence acrescenta:

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

Em outro pronunciamento, o Min. Sepúlveda Pertence explicita a questão:

Imagine-se: julgou-se a questão no Tribunal de Justiça sem se suscitar o problema da constitucionalidade da lei. O STJ pode dizer esta lei, se pudesse se incidir, daria razão ao recorrente; no entanto, ela é inconstitucional. Aí sim, caberia recurso extraordinário dessa decisão da questão

constitucional, surgida apenas no STJ. No entanto, quando se têm recursos contra decisão de segundo grau, um por violação da Constituição e outro por violação da lei, a matéria constitucional em que já se tenha fundado o acórdão local, aí é que ela fica preclusa, se não interposto o extraordinário.

O Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao votar no REsp 215881/PR, Pleno do STJ, tomou o posicionamento que transcrevo:

Certo é que a doutrina tradicional em nosso sistema anterior a 1988 vinha afirmando do poder, e mesmo dever, dos julgadores reconhecerem de ofício, pela via indireta, de eventual inconstitucionalidade. Todavia, não menos certo também é que o nosso sistema jurídico, após a Constituição de 1988, veio a receber profundas modificações, uma das quais concernentes à dicotomia introduzida em relação aos recursos de natureza extraordinária, um dirigido ao STJ ('recurso especial'), para controle da lei federal, e outro ao STF ('recurso extraordinário'), destinado à Suprema Corte, para apreciação da inconstitucionalidade.

Destarte, em havendo inconstitucionalidade, não cabe a esta Corte, salvo na hipótese assinalada pelo Min. Nilson Naves, conhecer da arguição, uma vez o foro competente de tal ser o STF e o instrumento de sua suscitação o recurso extraordinário. E tanto assim é que este Tribunal tem até mesmo jurisprudência sumulada (Enunciado 126), a proclamar ser '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'.

Como se vê, mesmo que manifesta a inconstitucionalidade em um caso concreto, e disso se apercebendo o órgão julgador deste Tribunal, nada poderá fazer, sequer, inclusive, apreciar eventual má aplicação da lei.

Por outro lado, é cediço que a instância especial tem outros rígidos contornos. Assim, *v.g.*, não se pode conhecer do recurso especial, mesmo em havendo violação a condições da ação e pressupostos processuais, ou em casos de nulidade absoluta, se o prequestionamento inexistente.

Finalmente, é de atentar-se, no caso em tela, para a relevante peculiaridade realçada pelo voto divergente segundo a qual o conhecimento da matéria com conseqüente

reconhecimento da inconstitucionalidade inviabilizaria o julgamento no órgão fracionário.

Em conclusão, com renovada vênia, acompanho a divergência.

Como visto, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira adotou o posicionamento de que só é cabível a arguição de inconstitucionalidade em sede de recurso especial quando o tribunal a *quo* não tenha se pronunciado sobre a questão e quando a deliberação a respeito possa resultar em benefício para o recorrido. Andréa Leonardo Coimbra, em sua obra *Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial*, Porto Alegre: Fabris, após análise aprofundada do assunto, apresenta, como conclusão, os enunciados seguintes (p. 137-138):

Dessarte, impende ressaltar que o STJ, em geral, não pode apreciar questão constitucional em recurso especial. No entanto, há hipóteses específicas em que lhe é permitido o controle difuso da constitucionalidade das leis.

A rigor, quando o tribunal de origem não houver apreciado a causa com fulcro em fundamento de índole constitucional, é possível que o STJ entenda inconstitucional norma que deva ser aplicada à espécie e que, por isso, constitua questão prejudicial ao exame do mérito do recurso especial. Mas excepcional ainda é a hipótese em que o STJ pode analisar a matéria constitucional, não obstante esta haja sido apreciada pelo acórdão local. É que o mesmo litigante pode restar vencido na matéria constitucional e vencedor sob o aspecto infraconstitucional, sendo impossibilitado de interpor recurso extraordinário. Não se pode, portanto, negar a ele o direito de ver sua pretensão avaliada pela Corte Superior.

Em razão da relevância da questão da constitucionalidade das leis para nosso ordenamento jurídico, a arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, nas hipóteses admitidas, prescinde de provocação das partes e não importa quem se beneficiará ou não de sua declaração.

Observa-se que poucas vezes a questão da arguição de inconstitucionalidade foi apreciada pelo STJ e que ainda há muita resistência em discutir o tema, já que, diante de uma concepção tradicional, esta Corte acaba por separar com exagero a questão constitucional da infraconstitucional. Com efeito, não se pode analisar de modo radical a dicotomia

realizada pela Constituição de 1988 ao atribuir a matéria infraconstitucional ao recurso especial e matéria constitucional ao recurso extraordinário.

É preciso, pois, que se compreenda que ambos os recursos são destinados a atacar uma mesma decisão, de forma que as respostas aos inconformismos devem se harmonizar, sob o ponto de vista de que não é admissível que se deixe questão sem resposta, especialmente em se tratando de questão de relevante interesse público, sobre a qual não impera nenhum óbice legal.

Portanto, ainda que excepcionalmente, é admissível a arguição de inconstitucionalidade na augusta via do recurso especial".

Adhemar Maciel, quando Ministro do STJ, ao relatar o Resp 144.777, DJ 03.11.1997, assentou:

O STJ pode apreciar em sede de recurso especial apenas questão constitucional 'nova', ou seja, que não foi suscitada nas instâncias ordinárias, como *v.g.*, o alcance dos vocábulos e das expressões insertas no inc. III do art. 105 da CF/88, e a inconstitucionalidade ou a não-recepção do dispositivo legal tido por contrariado pelo recorrente especial. Isso porque, como os demais tribunais do país, esta Corte Superior também exerce, mesmo de ofício, o controle difuso da constitucionalidade e da compatibilidade das leis em face da Constituição Federal (...).

Há registro na jurisprudência de que, em 11.02.1993, o Min. Torreão Braz não aceitou, em qualquer hipótese, a apreciação de arguição de inconstitucionalidade em recurso especial. Na oportunidade, defendeu o ilustre magistrado:

Ao proferir o meu voto, lamento discordar dos colegas, porque entendo inadmissível a arguição de inconstitucionalidade em recurso especial. Ao que pude perceber, a maioria dos eminentes pares preconiza a possibilidade dessa arguição ao fundamento de que o regime de controle difuso não permite entendimento em sentido contrário.

Portanto, apreciar no recurso especial questão constitucional - ainda que suscitada pela parte -, soa prática teratológica, aberrante do sistema, porque a função única do aludido recurso é garantir a unidade de interpretação do direito

federal infraconstitucional, e não verificar - porque isto evidentemente implicaria desvio de função - se o decisum do tribunal de segundo grau está às testilhas com a Carta Magna. Tal papel, como dito, na instância incomum, cabe ao STF, mediante recurso extraordinário que a parte deve interpor do mesmo acórdão e nos mesmos autos, se não quer ver operado a preclusão da matéria.

Ao STJ, no recurso especial, cabe dizer - só e só - se a decisão recorrida malferiu ou não tratou a lei federal que foi objeto de discussão na hipótese concreta: se julgou válida lei ou ato do governo local contestado em face de lei federal; se deu à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Anotamos que o STJ não definiu, no momento em que julgou o recurso especial supra-apontado, a possibilidade ou não da prejudicialidade de arguição de inconstitucionalidade em sede de recurso especial, haja vista que, no caso, entendeu ter a norma discutida sido revogada pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

José Carlos Barbosa Moreira, como lembra Andréa Leonardo Coimbra, obra já citada, p. 104-105, entende que não pode haver dúvida sobre a competência, de modo geral, do STJ, de conhecer e processar arguição de inconstitucionalidade.

Confira-se o que escreveu o renomado processualista, conforme citação de Andréa Leonardo Coimbra:

Antes de mais nada, cumpre afastar com energia qualquer dúvida sobre a competência, in genere, do STJ para conhecer de arguição de inconstitucionalidade de leis ou de outros atos normativos do poder público. O ordenamento pátrio, como ninguém ignora, recebeu do norte-americano, após a proclamação da República, o sistema de controle da constitucionalidade das leis chamado 'difuso', com o qual, mais tarde, passaram a conviver hipóteses de controle concentrado - exercitável este por determinados tribunais, aqueles por qualquer órgão do Poder Judiciário, na medida em que lhe caiba decidir causa de sua competência, para cujo julgamento constitua premissa necessária a afirmação ou a negação da compatibilidade entre a norma infraconstitucional e a norma constitucional. É um corolário inafastável do regime de hierarquia de normas entre nós

adotados, e em particular do princípio de que, no contraste entre normas hierarquicamente diversas, deve prevalecer a de mais alto nível, recusando-se aplicação à de nível mais baixo.

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

É de assinalar, após os registros doutrinários e jurisprudenciais referidos, que Andréa Leonardo Coimbra, obra já referida, p. 109 e ss., aponta algumas restrições impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro para o exame da inconstitucionalidade de lei em recurso especial.

A primeira restrição destacada é quando o tribunal *a quo*, ao apreciar o recurso que lhe foi apresentado, decide o litígio com base, apenas, em fundamento infraconstitucional.

Tem-se, no particular, concretizado o fato de que o tribunal *a quo* não emitiu qualquer pronunciamento sobre a questão constitucional.

Entende a autora mencionada ser possível "concluir que o STJ pode apreciar a constitucionalidade das leis aplicáveis aos casos sob sua competência toda vez que a matéria, constitucional, constituindo questão prejudicial ao exame do mérito do recurso especial, não houver sido apreciada pelo acórdão recorrido". Esse proceder pode ser de ofício ou por suscitação da parte recorrida.

3. O Regimento Interno do STJ e o processamento da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público

O Regimento Interno do STJ, em seus arts. 199 e 200, regula o procedimento a ser adotado para o caso da arguição do incidente de Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou de Ato Normativo do Poder Público.

As regras são as seguintes:

Da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou de Ato Normativo do Poder Público

199. Se, por ocasião do julgamento perante a Corte Especial, for argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, suspender-se-á o julgamento, a fim de ser tomado o parecer do Ministério Público, no prazo de quinze dias.

§ 1º Devolvidos os autos e lançado o relatório, serão eles encaminhados ao presidente da Corte Especial para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá cópias autenticadas do relatório aos Ministros.

§ 2º Proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou ato impugnado, se num ou noutro sentido se tiver manifestado a maioria absoluta dos membros da Corte Especial.

§ 3º Se não for alcançada a maioria absoluta necessária à declaração de inconstitucionalidade, 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; não atingido, desta forma, o quorum, será convocado Ministro não integrante da Corte, observada a ordem de antiguidade (art. 162, § 3º).

§ 4º Cópia do acórdão será, no prazo para sua publicação, remetida à Comissão de Jurisprudência que, após registrá-lo, ordenará a sua publicação na revista do Tribunal.

Art. 200. A Seção ou a Turma remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial quando a maioria acolher arguição de inconstitucionalidade por ela ainda não decidida.

§ 1º Acolhida a arguição, será publicado o acórdão, ouvido, em seguida, o representante do Ministério Público, em quinze dias.

§ 2º Devolvidos os autos, observar-se-á o disposto nos §§ 1º e 3º do artigo anterior.

§ 3º O relator, ainda que não integre a Corte Especial, dela participará no julgamento do incidente, excluindo-se o Ministro mais moderno.

Atente-se para a exigência da necessidade de pelo menos dois terços dos membros da Corte especial do STJ para que seja possível o julgamento de arguição de inconstitucionalidade.

No REsp 215.881/PR, a Corte Especial, relator para o acórdão o Min. Nilson Naves, j. 18.04.2001, acolheu o seguinte entendimento:

Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial. No exercício das competências previstas no art. 105, I e II, da CF, cabe ao STJ plenamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Todavia, ao julgar recurso especial, é lícito ao STJ previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.

No caso citado, foi acolhida a preliminar de não-cabimento.

4. Conclusões

Em razão de tudo quanto exposto, firmamos as seguintes conclusões sobre o tema:

a) O STJ, como qualquer outro Tribunal do Brasil, exerce, embora excepcionalmente, também, o controle difuso da constitucionalidade e da compatibilidade das leis em face da Constituição Federal.

b) “Os Ministros do STJ também devem, ao realizar a função precípua de preservar a autoridade do direito federal, visar a garantia da supremacia da Constituição” (Andréa Leonardo Coimbra, em sua obra *Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial*, Porto Alegre: Fabris, p. 98).

c) O STJ só pode aceitar arguição de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo, em sede de recurso especial, se a questão constituição for nova, isto é, não tenha sido discutida e julgada nas instâncias ordinárias (Adhemar Maciel).

d) Há corrente, não obstante os enunciados das letras *a*, *b* e *c*, embora minoritária, que não admite, em qualquer hipótese, a suscitação de arguição de inconstitucionalidade em sede de recurso especial (Antônio Torreão Braz).

e) A arguição de inconstitucionalidade em recurso especial só é acolhida quando for possível apreciá-la em favor da parte recorrida.