

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VICTOR CASTRO VELLOSO

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE
PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE RECURSAL ESPECIAL
FACE À DIVISÃO DE COMPETÊNCIA COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2015**

VICTOR CASTRO VELLOSO

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE
PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE RECURSAL ESPECIAL
FACE À DIVISÃO DE COMPETÊNCIA COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

Brasília-DF, 16 de novembro de 2015.

BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2015

VICTOR CASTRO VELLOSO

A (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE RECURSAL ESPECIAL FACE À DIVISÃO DE COMPETÊNCIA COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

Brasília-DF, 16 de novembro de 2015.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/_____.

Banca examinadora:

Presidente

Integrante

Integrante

BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2015

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto discutir o controle de constitucionalidade no âmbito do recurso especial em vista das divergências em sede doutrinária e jurisprudencial, que tem comprometido a eficácia do sistema recursal, tal como delineado na Constituição Federal. A questão ganhou ainda mais relevo após a Emenda Constitucional nº 45, que passou a exigir a repercussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal. Ficou demonstrado o consenso de que não cabe ao Superior Tribunal de Justiça conhecer recurso especial com fundamento na Constituição Federal, pois constitui invasão da esfera reservada ao recurso extraordinário e à competência do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, não se admite a possibilidade do recorrente apontar como causa de pedir recursal a violação à constituição, sendo necessária a indicação de violação às normas federais infraconstitucionais. Por outro lado, considerável corrente doutrinária e jurisprudencial tem convergido para o entendimento de que, admitido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça tem o poder-dever de aplicar o direito à espécie, concretizando as normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes.

Palavras-Chave: Controle Constitucionalidade, Recurso Especial, Jurisdição Constitucional, Repercussão Geral

ABSTRACT

The following document has the purpose to discuss the constitutionality control under the special appeal, with focus in doctrinal and jurisprudential headquarters, which has committed the effectiveness of the appeal system, as outlined in the Constitution. This issue became more relevant after Constitutional Amendment N° 45, which has demanded the Rebound General for the knowledge of the extraordinary appeal by the Supreme Court. It demonstrated a consensus that does not fit the Superior Court of Justice meet special appeal on the grounds of the Federal Constitution, it constitutes the invasion sphere reserved for the extraordinary appeal and the jurisdiction of the Supreme Court. In other words, it does not admit the possibility of the appellant to point out as a cause of action the violation of the constitution, requiring the indication of violation of infra federal regulations. On the other hand, considerable doctrinal and jurisprudential current has converged on the understanding that, admitted the appeal, the Supreme Court has the power and duty to apply the law to the species, implementing the relevant constitutional and infra-constitutional norms.

KeyWords: Constitutionality Control, Special Appeal, Constitutional Jurisdiction, Rebound General

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E RECURSOS EXCEPCIONAIS	11
II. ENQUADRAMENTOS DO RECURSO EXCEPCIONAIS ENTRE OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	23
II.1. Recurso especial – Função e Estrutura.....	26
II.2. Julgamento do Recurso Especial e seus efeitos	29
II.3. Prequestionamento e matéria de Ordem Pública.....	35
III. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CONTROVÉRSIAS E LIMITES.....	39
IV. A ATUAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL DIANTE DA EXIGÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa trata do controle de constitucionalidade em vista da engenharia institucional introduzida pela Constituição de 1988, que criou um sistema bipartido de recursos excepcionais. Ao lado do recurso extraordinário, foi instituído o recurso especial, passando a ser cabível contra a mesma decisão de segundo grau que contenha duplo fundamento, um de ordem constitucional e outro com motivação infraconstitucional, a interposição simultânea desses dois recursos excepcionais.

O constituinte de 1988, ademais, criou um novo Tribunal, o Superior Tribunal de Justiça, que passou a abranger parte da competência outrora atribuída ao Supremo Tribunal Federal, assumindo a função de órgão judicante incumbido de zelar pela unidade e uniformidade da aplicação da lei federal em toda a federação, por meio do exame dos recursos especiais, nas hipóteses previstas na Constituição Federal, artigo 105, inciso III. Conservou-se, no Supremo Tribunal Federal, a competência para o julgamento do recurso extraordinário, regulado nas alíneas do inciso III, artigo 102 da Constituição Federal, cabendo-lhe, definitivamente, oferecer a interpretação mais justa e adequada do texto constitucional. Até a criação do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo detinha a competência para exercer a unificação da jurisprudência nacional tanto em relação ao direito ordinário federal quanto em relação a ordem constitucional.

O propósito do constituinte foi alterar o foco das atribuições do Supremo Tribunal Federal, com a expectativa de que passasse esse Tribunal a exercer, precipuamente, conforme o enunciado do *caput* do artigo 102 da Carta, a responsabilidade pela “guarda da Constituição” e a tutela dos direitos e garantias individuais, tendo em vista resolver, como bem acentuou o Ministro Moreira Aves (1988), em consequência, a crise do “recurso extraordinário”, que, notoriamente, era, e ainda é, conhecida como a “crise do Supremo Tribunal Federal”. Essa Corte Superior, criada com objetivo de proteger a unidade da legislação federal e constitucional, com o decorrer do tempo, principalmente em virtude da grande quantidade de recursos extraordinários e de agravos de instrumento, começou a ter enormes dificuldades para processar adequadamente tamanho número de demandas.

O sistema processual brasileiro tem passado, nos últimos anos, por mudanças significativas, orientadas, sobretudo, pelos princípios da eficiência da prestação jurisdicional,

da celeridade e da segurança jurídica, visando a buscar alternativas para descongestionar os órgãos jurisdicionais, evitando o excesso de processo e recursos, repetitivos e protelatórios. As inovações processuais foram diversas, a exemplo da súmula vinculante, da valorização das súmulas dos tribunais no sistema recursal, a possibilidade do julgamento liminar de causas repetitivas nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, o instituto da repercussão geral e seu exame por amostragem, entre outras alterações legislativas e teses jurisprudenciais.

Essas modificações processuais revelam uma verdadeira alteração na concepção dogmática da jurisdição constitucional, com influência tanto no procedimento do controle de constitucionalidade quanto na abrangência dos efeitos de suas decisões, com forte tendência de aproximação do controle abstrato.

A criação do Superior Tribunal de Justiça e a instituição da recorribilidade via o recurso especial conferiu tratamento discrepante à sistemática privilegiada de unicidade recursal no âmbito do sistema recursal pátrio. Forçou-se a interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário se a decisão contempla fundamentos legais e constitucionais, quando, na verdade, praticamente todas as têm. Desde a criação do Superior Tribunal de Justiça e da duplicação dos recursos excepcionais, a doutrina vem apontado, com base nas inconsistências da jurisprudência, problemas que surgem, a todo momento, na coordenação do recursos extraordinário com o recursos especial, configurando a ausência de controle constitucional em sede de recurso especial como um paradoxo sistêmico.

Malgrado o amplo controle difuso de constitucionalidade pela via de exceção, que vigora no Brasil desde a Constituição de 1891 e da Lei nº 221 de 1894, implicar que toda jurisdição brasileira seja jurisdição constitucional, não é facultado ao Superior Tribunal de Justiça, no exercício da tutela da unidade e da uniformidade do direito federal em sede de recurso especial, analisar diretamente matéria de cunho constitucional que esteja de forma direta expressa na decisão recorrida. Ao contrário, havendo clara ofensa direta à Constituição, caso não ocorra interposição de recurso extraordinário, estar-se-á diante de situação de preclusão.

1 “A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, por si só, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária” STF - Agravo Regimental RE 493.769-7 – 2ª Turma – Ministro Celso de Mello – Jul. 31.10.2006.

Essa aparente limitação de controle de constitucionalidade do Superior Tribunal de Justiça se restringe, entretanto, apenas às hipóteses em que a Corte age como instância especial. No exercício das demais competências - julgamentos originários (CF, artigo 105, I) e naquelas que lhe caiba julgar mediante recurso ordinário (CF, artigo 105, II) -, por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, como qualquer outro órgão investido do ofício julgante, age no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, podendo estender a sua análise ao texto da Constituição (BARROSO, 2012).

Nesse contexto, a questão das peculiaridades do sistema recursal em razão da divisão de competências entre o STF e o STJ constitui tema obrigatório no debate contemporâneo, não apenas pelo interesse acadêmico, mas pela importância e aplicabilidades práticas. Depois, em vista das divergências em sede doutrinária e jurisprudencial, mais do que nunca a discussão e a uniformização de entendimentos a seu respeito são fundamentais, sob pena de total ineficácia do sistema recursal, tal qual delineado na Constituição Federal. Há que se considerar que uma das missões institucionais do STF reside, precipuamente, na inteireza do ordenamento jurídico. O fato de não discutir, em regra, no âmbito do recurso especial, a interpretação de norma constitucional, faz com que o STJ passe eventualmente pela contingência de ter de aplicar norma inconstitucional.

Além do mais, a solução de inúmeros casos, que poderia ser alcançada por meio do acórdão dessa Corte, no julgamento recurso especial, acaba aguardando, não raro, por anos, até que ocorra o julgamento do recurso extraordinário pelo Supremo. Quando esse Tribunal Constitucional finalmente resolve a controvérsia, muitas expectativas, já consolidadas, são revertidas, em detrimento da estabilidade indispensável às decisões judiciais. Esse quadro, em que leis inconstitucionais podem, ainda que artificialmente, ser validadas em desrespeito ao princípio da supremacia da Constituição, implica insegurança jurídica de quem de boa-fé agiu com base em ato normativo inconstitucional e afligem a ordem jurídica, em razão das reiteradas declarações de inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*.

Há que se registrar ainda que a introdução do requisito da repercussão geral reforçou o papel institucional dos demais órgãos do Poder Judiciário no contexto do sistema do controle de constitucionalidade. Esse instituto, em linhas gerais, implica que não será mais toda e qualquer matéria constitucional apta a ser impugnada por meio do recurso extraordinário, apenas aquelas com relevância social, política e econômica. Ao Superior Tribunal de Justiça, por vezes, será cada vez mais necessário enfrentar matérias

constitucionais quando não for reconhecida a repercussão geral de determinada matéria, sob pena de entregar uma decisão pela metade ao recorrente.

Enfim, uma questão que se impõe é como compatibilizar o conhecimento do recurso especial com a eventual ausência de repercussão geral da questão constitucional, nos casos em a decisão recorrida possui duplo fundamento (constitucional e comum), sendo, por isso, obrigatória a interposição simultânea?

Com efeito, o propósito desta pesquisa é discutir o controle de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, especialmente frente ao instituto de repercussão geral da questão constitucional. Mais especificamente, pretende revisar o posicionamento da doutrina acerca da dualidade dos recursos excepcionais; relacionar a jurisprudência que trata da constitucionalidade em sede de recurso especial e, por fim, discutir a compatibilização do conhecimento do recurso especial com a eventual ausência de repercussão geral da questão constitucional, nos casos em a decisão recorrida possui duplo fundamento (constitucional e comum), sendo sua interposição simultânea.

Neste trabalho, utilizou-se o método dogmático a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do tema. Além deste capítulo introdutório, o texto está segmentado em outros quatro capítulos. Os capítulos I e II tratam do desenvolvimento teórico, no qual são elaborados os elementos e análise da jurisdição constitucional e recursos excepcionais, com enfoque no recurso especial e suas peculiaridades. No capítulo III, detalha-se o controle de constitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça. No capítulo IX é analisado a atuação do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial diante da exigência de repercussão geral no recurso extraordinário. Por fim, apresenta as considerações finais.

I. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E RECURSOS EXCEPCIONAIS

Em sentido amplo, o fenômeno da constitucionalidade é tratado pela doutrina, a exemplo de Barroso (2012), Silva (2003), Bittencourt (1976), Buzaid (1958), sob a ótica da conformidade ou compatibilidade de atos normativos emanados do Poder Público com a norma constitucional, partindo-se do pressuposto da existência de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição 2 posição de superioridade em relação a todo o ordenamento jurídico.

Mendes e Gonet (2011), Barroso (2012, 2006), Moraes (2006) contextualizam a jurisdição constitucional a partir de suas principais matizes e experiências históricas que implicaram rumos diferenciados do processo de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e nos países da Europa, além do processo de constitucionalização do Direito. Segundo esses autores, a jurisdição constitucional data do início do século XIX, sendo possível a identificação de dois grandes modelos de justiça constitucional: o norte-americano e o europeu. Distingue-se ainda o modelo francês. Razões históricas e ideológicas levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e dos tribunais, afirma Barroso (2012, p. 64). Mas o autor refuta o modelo francês como arquétipo do controle político de constitucionalidade: “é que, no fundo, é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer a função jurisdicional o que mais singulariza o *Consell Constitutionnel* – junto com o caráter prévio de sua atuação” (BARROSO, 2012, p. 65).

O *judicial review* do direito norte-americano é considerado o berço da Jurisdição Constitucional³. O episódio histórico foi o caso *Murbarry vs Madison*⁴, em 1803, nos Estados

2 A hierarquia em relação aos demais instrumentos normativos vigentes deve ao fato da constituição de um país representar, segundo conceituação formulada pelo professor Bitar (1965, p. 1 e 4 *apud* BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 10-11) “um sistema de normas, que regulam a organização, o funcionamento e a proteção de um determinado Estado e os seus direitos e deveres fundamentais de seus jurisdicionados”. Kelsen, com a sua clássica teoria do escalonamento da ordem jurídica, concebeu o Direito como um sistema hierarquizado de normas jurídicas. Segundo o jusfilósofo, a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas dispostas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes degraus ou camadas de normas jurídicas (CUNHA JUNIOR, 2007).

3 Silva (2009, p.9), conceitua a jurisdição constitucional em sentido estrito e em sentido amplo: “Em sentido estrito, jurisdição constitucional consiste na entrega aos órgãos do poder judiciário da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição. E, mais amplamente (sentido próprio), é a entrega ao poder judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais.”

4 Em 1789, foi publicada, nos EUA, uma Lei Federal (the Judiciary Act) que conferia a Suprema Corte daquele país competência originária para processar e julgar ações de uma determinada natureza. Já em 1800, os Federalistas (partido político do então Presidente John Adams) perderam as eleições presidenciais para Thomas Jefferson, do partido republicano. Para manter sua influência política através do Poder Judiciário, os Federalistas

Unidos, considerado *leading case* sobre a afirmação do Poder Judicial perante os demais poderes. A sua importância, portanto, não se deve à matéria objeto do litígio - a nomeação de William Marbury como juiz de paz no distrito de Columbia, nos Estados Unidos -, mas à inovação da decisão, na qual, pela primeira vez, o Judiciário declarou-se competente para analisar a constitucionalidade de leis ou de atos dos poderes políticos Legislativo e Executivo, inaugurando o controle judicial de constitucionalidade das leis, com repercussão no direito constitucional do mundo inteiro.

Barroso (2012) sintetiza que essa decisão consagrou que a Constituição é suprema, que um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo e que o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição. Tendo como eixo a prescrição da supremacia da Constituição, nascia assim o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, originalmente, na modalidade difusa, segundo a qual a apreciação acerca da compatibilidade das normas ordinárias em face da Constituição é exercida por qualquer juiz ou tribunal. A origem histórica do controle de constitucionalidade difuso coincide, como pode ser visto, com a origem histórica da própria concepção judiciária do controle de constitucionalidade das leis.

Barroso (2012) e Mendes e Gonet (2011) anotam, por outro lado, que o controle de constitucionalidade das leis na Europa foi tardio, estabeleceu-se somente com a Constituição da Áustria, em 1920, com forte inspiração nas construções doutrinárias de Hans Kelsen. A mudança paradigmática de fato ocorreu, entretanto, ao longo do Século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, momento de marcante transformação para o pensamento jurídico do mundo ocidental, marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais (BARROSO, 2012).

O marco histórico do novo direito constitucional foram as Cartas posteriores à Segunda Guerra Mundial, principalmente a da Alemanha, da França e da Itália, e mais

aprovaram uma lei autorizando o Presidente da República a nomear quarenta e dois juizes de paz. Antes de deixar o governo, portanto, o Presidente John Adams assinou os atos de investidura dos novos juizes, no entanto, seu Secretário de Estado não teve tempo hábil de entregá-los a todos os investidos, restando alguns nomeados sem recebe-los. Ao tomar posse, Thomas Jefferson não autorizou seu Secretário de Estado James Madison a entregar os últimos atos de investidura. William Marbury, um dos nomeados que não recebeu sua investidura, resolveu, com fundamento naquela Lei Federal de 1789, impetrar, originalmente na Suprema Corte, um “*writ of mandamus*”, com o escopo de ser investido no cargo. Porém, ao julgar o caso, a Suprema Corte afirmou que o parágrafo 13, da Lei Judiciária de 1789, ao criar uma hipótese de competência originária da Suprema Corte fora dos que estavam previstas no art. 3º da Constituição incorria em inconstitucionalidade. (BARROSO, 2012, p.25-30)

recentemente as de Portugal e da Espanha ao longo da década de setenta (BARROSO, 2005; MENDES e GONET, 2011). Nesse período, houve a redefinição da influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas, de tal modo que “a justiça constitucional será de fundamental importância para a consolidação do modelo de Direito do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2002, p. 284).

O pressuposto básico do estudo da Constituição passou a ser o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, ensejando a sua inobservância mecanismos próprios de coação e de cumprimento forçado (BARROSO, 2005). Moraes (2006, p. 635) anota que “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”. Até o início do século passado, as constituições não passavam de um conjunto de declarações políticas, destituídas de força normativa. O processo de positivação, nos textos constitucionais, de valores sociais relevantes, em particular a premissa dignidade da pessoa humana, representou importante passo neste sentido, conferindo-lhes status de direitos fundamentais, passíveis de prestação concreta (MENDES e GONET, 2001).

Barroso (2005) salienta que a constitucionalização do Direito importou na irradiação dos valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico e a influência da constituição nos demais ramos do Direito, vinculando os Poderes Públicos e os particulares nas suas relações. Barroso (2006, p. 328) descreve que:

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

No Brasil, esse fenômeno teve início há cerca de 25 anos. Nas construções doutrinárias do Direito Civil-Constitucional passou-se, pioneiramente, a reconhecer que o direito brasileiro atual se torna cada vez mais constitucionalizado. Tepedino (2008, 2003), Fachin (2004), Lôbo (1999), expoentes dessa corrente, sustentam, de forma geral, que os princípios constitucionais passam a incidir também sobre as relações entre particulares. Com efeito, as normas de direito privado se submetem ao filtro da dignidade da pessoa humana, o que dá lugar a certa

“despatrimonialização” do direito privado. A família se requalifica como comunidade de afeto. Em outra via, passa-se a exigir da propriedade e da empresa que cumpram sua “função social”, sem mencionar que o espaço privado se constitucionaliza por meio da progressiva proteção das partes mais fracas das relações sociais.

A jurisdição constitucional ocupa, cada vez mais, portanto, posição de relevo, considerando que, no processo judicial, principal espaço para exercício da hermenêutica, as normas infraconstitucionais passaram a ser válidas somente se estiverem em conformidade com o plano normativo maior, a Constituição. Nesse sentido, Streck (2004, p.450) aponta:

Mesmo quando o juiz aplica ‘literalmente’ a lei, estará interpretando, uma vez que, primeiro, estará em pleno exercício da jurisdição constitucional, porque, ao aplicar a lei, o faz eis que esta passou pelo filtro da Constituição; segundo, porque em face do texto legal há sempre um contexto.

É inegável o caráter indispensável do controle de constitucionalidade, seja direto ou incidental, como instrumento de efetividade das normas constitucionais no Estado Democrático de Direito, configurando-se necessário à garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais e à limitação do poder do Estado (CAPELLETTI, 1982 apud MORAES, 2006).

Nesse contexto, a conceituação jurídica de controle de constitucionalidade não deve se afastar de três aspectos em um Estado Democrático de Direito. O aspecto formal tem a função de garantir a força normativa da Constituição frente às normas infraconstitucionais, com base no princípio da rigidez e supremacia constitucionais, trazendo, conseqüentemente, previsibilidade e segurança-jurídica. Paulo Bonavides (2005, p. 296) anota que:

o controle formal é, por excelência, um controle estritamente jurídico. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, (...), enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói [sic] acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.

O controle de constitucionalidade, sob o ponto de vista material, por seu turno, tem a finalidade também de efetivação dos direitos fundamentais, sendo novamente de basilar lição o conceito de Bonavides (2005, p. 297):

O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem exerce a competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos e fundamentais.

Com efeito, revela-se um controle político por essência, envolvendo alto teor de criatividade, pois o objeto que se ocupa é o conteúdo da lei, fundado sobre valores. Por conseguinte, opõe-se ao controle formal, cuja feição é jurídica. Como assevera Didier Jr. (2012, p. 2):

Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura mais ativa cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Toda decisão judicial deve ser o resultado de uma interpretação do texto normativo de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais).

Com efeito, avoluma-se a feição político-jurídica da jurisdição constitucional e a legitimidade do controle de constitucionalidade, questões relacionadas ao aspecto processual, uma vez que a defesa efetiva dos direitos fundamentais e a chamada concretização da Constituição pressupõem decisões políticas de cunho constitucional. “E o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo”, observam Mendes e Gonet (2001, p. 62).

O grande problema é estabelecer um guardião legítimo da Constituição e a extensão da sua competência, uma vez que o caráter político da jurisdição pode transverter-se em instrumento ou veículo de interesses infestos à causa da justiça e da democracia, de sobreposição a vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder e, de, até mesmo, de subjugação a vontade desses poderes, por obra de pressões descabidas ainda que sutis. A questão da legitimidade está vinculada ao equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário que

as supremas cortes/tribunais constitucionais devem pautar a sua função jurisdicional (BARROSO, 2005).

No Brasil, ainda que haja previsão expressa da Constituição de que o guardião da Constituição é o Poder Judiciário, especialmente na figura do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade, em especial medidas na direção da sua objetivação, suscitam intensas polarizações paradigmáticas na pauta de debates constitucionais. Bonavides (2004, p. 139) atribui prejuízos à legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil ao fato de que:

o Supremo Tribunal Federal, não sendo exclusivamente, como no modelo europeu, Corte Constitucional, embora lhe caiba precipuamente a guarda da Constituição, exerce outras atribuições constitucionais que sobrecarregam a pauta dos seus Ministros, privando-os de concentrar todas suas diligências e trabalho no exame de questões constitucionais.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é, segundo MENDES (2012), um dos exemplos mais claros de sistema misto, no qual se conjugam o tradicional modelo concreto e difuso com as ações abstratas de controle concentrado da constitucionalidade.

De inspiração norte-americana, o modelo concreto e difuso adotado pelo sistema brasileiro confere amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público. Streck (2004, p. 456) destaca a autoridade dessa modalidade de controle, argumentando que retira do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade, servindo de importante mecanismo de acesso e justiça e, conseqüentemente, à jurisdição constitucional. A grande maioria das controvérsias constitucionais, adverte Amaral Junior (2002), surge no seio de julgamentos de casos concretos submetidos a órgãos fracionários dos Tribunais.

Mendes (2012) enfatiza que a característica fundamental do controle concreto reside no seu desenvolvimento no curso do processo, no qual a questão constitucional configura “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica” (BUZUID, 1962 apud MENDES, 2012).

Enquanto o controle concentrado, no Brasil, é feito *principaliter tantum*, uma vez que a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo, no controle difuso é sempre *incidenter tantum* (DIDIER Jr; CUNHA, 2009).

No concentrado, a questão principal é a própria constitucionalidade ou não da norma, e a decisão a seu respeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*. Já o controle difuso, a constitucionalidade é questão incidente que será resolvida na fundamentação da decisão judicial; tendo a decisão a respeito da questão eficácia somente *inter partes*. Neste caso, a declaração de inconstitucionalidade é necessária para a solução do caso concreto, constituindo etapa necessária do seu julgamento, não sendo, entretanto, o objeto principal da ação, cujo objetivo é defender alguma situação subjetiva e não declarar a inconstitucionalidade. Em síntese, pode somente ser invocado no decurso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais (DIDIER Jr; CUNHA, 2009).

Nesse sistema, o incidente de arguição de constitucionalidade, por força do artigo 97 da Constituição de 1988, é o instrumento processual que possibilita, com a observância da regra do *full bench*⁵, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público nos tribunais pátrios. “Mais do que uma espécie recursal *sui generis*, a arguição de inconstitucionalidade dos artigos 480 a 482 do CPC é incidente processual “quase” autônomo em relação ao feito que o originou”, explica Amaral Júnior (2002, p. 46). O mesmo autor destaca que a problemática da inconstitucionalidade tem cabimento se tiver conexão com o objeto da demanda, quando o exame torna-se necessário ao julgamento do litígio, surgindo como questão prejudicial e deve ser resolvida antes da apreciação do mérito. Nesses termos, em sede de tribunal pleno, o Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence assim se manifestou, nos autos do RECR n.º 198346/DF:

(...) suscitada, no voto de um dos Juízes do colegiado a questão de inconstitucionalidade da lei a aplicar, deve o tribunal decidir a respeito; omitindo-se e persistindo na omissão – viola as garantias constitucionais da jurisdição e do devido processo legal (CF, art. 5º XXXV e LIV), sobretudo quando, com isso, possa obstruir o acesso da parte ao recurso constitucional

Como o pleno do Tribunal aprecia somente a questão de direito relativa à constitucionalidade ou não da norma requerida, nesse caso, então, a constitucionalidade é questão incidente, que será resolvida na fundamentação da decisão judicial. Por outro lado, a questão não se circunscreve aos autos do caso concreto em que foi suscitada, mas repercute, a

⁵ Também conhecida como cláusula de reserva de plenário, essa regra, firmada na jurisprudência norte-americana do século XIX e adotada pelo direito positivo constitucional brasileiro em 1934, consiste na obrigatoriedade do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para que lei ou ato normativo do Poder Público seja declarado inconstitucional (AMARAL JÚNIOR, 2002).

teor do parágrafo único do artigo 481 do CPC, sobre todos os demais feitos que envolvam a mesma questão. Amaral Júnior (2002, p. 47) ainda argumenta que:

A decisão plenária não se equipara plenamente às decisões tomadas no controle em abstrato de constitucionalidade dado não surtir efeito *erga omnes* de, por exemplo, uma ação direta de inconstitucionalidade. Mas, por outro lado, fica muito longe de restringir-se ao caso concreto que lhe deu ensejo, porquanto dela emana — em razão de normas legais e regimentais — eficácia vinculante *intra muros*, isto é, vincula os colegiados fracionários do tribunal que dirimiu o incidente, valendo para todos os casos concretos subsequentes que envolvam a mesma *quaestio iuris* constitucional

Amaral Júnior (2002) destaca que pode o órgão fracionário decidir que a lei ou ato normativo é constitucional, caso em que prosseguirá com o julgamento do mérito, como expressamente previsto no artigo 481 do CPC. Por outro lado, na forma do parágrafo único do artigo 481 do CPC, também é dispensada nova arguição se a inconstitucionalidade da norma no caso de já tiver sido reconhecida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pelo plenário do Tribunal em caso anterior. Em suma, o incidente de inconstitucionalidade vai gerar uma decisão parecida com o controle em abstrato, porque o Pleno analisa em abstrato, apesar de ser suscitado no caso concreto, o que implicará a vinculação das decisões dos órgãos fracionários do Tribunal em todos os demais feitos em que a mesma situação for levantada (AMARAL JÚNIOR, 2002).

A iniciativa da arguição de inconstitucionalidade cabe a qualquer das partes e ao Ministério Público, podendo ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou Tribunal (MENDES, 2012).

Com efeito, recebido um feito de competência originária do tribunal ou de sua competência recursal, seja por força de recurso voluntário da parte sucumbente, seja por remessa *ex officio*, em que é sustentada, preliminarmente, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do Poder Público, o relator do processo, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão fracionário julgador, conforme prevê o artigo 480 do CPC, que poderá decidir para declarar a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, em face do que deverá prosseguir no julgamento do caso concreto, conforme prescreve o artigo 481, primeira parte, do CPC, ou reconhecer a plausibilidade jurídica do vício apontado, em face do que deverá ser lavrado acórdão remetendo a questão constitucional para o plenário do tribunal nos termos do artigo 481, *in fine*, do CPC (AMARAL JÚNIOR, 2002)

Por força do art. 97 da Constituição de 1988, os órgãos fracionários dos tribunais, então, ao se depararem com uma pretensão inconstitucionalidade, devem, de início, deliberar sobre a suscitação ou não do incidente perante o Tribunal pleno. Se a câmara, turma, grupo ou seção acolher o incidente, lavrar-se á acórdão que, além de remeter a *quaestio iuris* constitucional ao pleno, delimitará o objeto.

Amaral Junior (2002, p. 57) cita postulado antigo do controle difuso que “nem irá uma corte, como regra geral, passar para uma questão constitucional, e decidir ser inválida uma lei, a menos que a decisão sobre aquele aspecto se torne necessária para a solução da causa”.

Ao contrário do que se verifica nas demais instâncias, no âmbito do STF, o entendimento é que, verificada a inconstitucionalidade em sede de controle difuso, deve esse tribunal emitir juízo quanto à validade da norma, ainda que essa se mostrasse dispensável à solução da controvérsia. (MENDES, 2012, p. 737).

O controle difuso de constitucionalidade pode, também, ser exercido por intermédio do recurso extraordinário, previsto no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal. Mendes (2012) ressalta que é o principal instrumento de acesso à jurisdição constitucional do STF, por meio do qual questões constitucionais suscitadas nos julgados de segunda instância de todo o país sejam revistas pelo STF.

Esse remédio processual surgiu no Brasil no momento histórico em que se estruturava juridicamente o Estado Brasileiro, instaurando o regime federativo, inspirado no *writ of error* norte-americano⁶, logo após a proclamação da República, por meio do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal e criou o Supremo Tribunal Federal. Sua finalidade⁷ primitiva era assegurar a supremacia do Direito Federal (infraconstitucional e

6 José Afonso da Silva (1963, p. 29) leciona que: “[...] o *writ of error* dos ingleses, que tinha como função primordial corrigir erros de direito em favor da parte prejudicada, obteve, nos Estados Unidos, nova missão – a de sustentar a supremacia da Constituição e a autoridade das leis federais, em face das Justiças dos Estados-membros”

7 “Nem o Supremo Tribunal Federal é uma terceira instância, *nem o recurso extraordinário é apelação*. Se fosse apelação, não seria extraordinário, devolveria o conhecimento de toda a causa, nos seus diferentes aspectos, não haveria questão federal a destacar, e a Corte Suprema seria uma Supercorte de Apelação, uma Corte de Apelação apenas mais graduada, uma terceira instância, no mecanismo dos graus de jurisdição, inteiramente desnaturada nos seus fins, *porque não foi com esse caráter que a instituiu a Constituição, nem é essa a função das cortes supremas no mecanismo do Estado federal*. De nada valeu para aclimar o recurso inaugurado com a República a observação, tantas vezes feita por Lúcio de Mendonça e alguns outros, de que *tal recurso era diverso do da revista que vinha do Império, não visando a rever sentenças injustas nem a corrigir desacertos da instância inferior [...]*” (CASTRO NUNES *in Teoria e prática do Poder Judiciário*, 1943, p. 317-318 apud SILVEIRA, JOSÉ NERY, p 18) R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg. Porto Alegre, a. 26, n. 88, 13-214, 2015.

constitucional) sobre as decisões de últimas instâncias das Justiças locais (MANCUSO, 2007).

No período anterior à Constituição Federal de 1988, era unânime o diagnóstico de que os trabalhos do Supremo, em razão do crescimento em progressão geométrica do volume de recursos extraordinários, estavam próximos da completa inviabilização. Não é por menos que a "crise do Supremo Tribunal Federal" era igualmente identificada como a "crise do recurso extraordinário" (BARBOSA MOREIRA, 2005), já no início da década de 60 as estatísticas davam conta de um volume invencível de recursos extraordinários⁸.

Com efeito, o Supremo não mais cumpria o seu papel de Tribunal uniformizador da jurisprudência do direito constitucional, o que ocasionava, não raro, uma interpretação múltipla, dada pelos Tribunais de Justiça, sem que fosse possível uniformizar o direito federal. Assim, não sendo possível atender o volume de feitos, passou-se a discutir possíveis soluções para a "crise do STF", algumas considerados verdadeiros óbices⁹, dificultando a chegada do processo à Corte. Dentre elas, é possível destacar a exigência de "arguição de relevância" da questão federal para admissão do recurso extraordinário, o aumento do número de ministros, dentre outros óbices legais e regimentais sugeridos.

Atenta a essa questão, a Constituinte de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça com competência para, por meio do recurso especial, velar pela correta aplicação e unidade interpretativa da legislação federal infraconstitucional, remanescendo a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar, mediante recurso extraordinário, consoante o artigo 102, inciso III, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Os dois Tribunais - STF e o STJ - compartilham de funções constitucionais bastante semelhantes, permitindo defini-los como Cortes Extraordinárias, cuja função é a de proteção e

⁸ Visto que o recurso extraordinário tinha a peculiaridade de ser exercitável em qualquer dos ramos do direito objetivo onde houvesse "questão federal" ou "questão constitucional", é compreensível que nessa alta Corte cedo se tenha verificado um acúmulo de processos, moléstia que, por causa da demora no tratamento tornou-se crônica, passando a ser referida com a "crise do Supremo" (MANCUSO, 2007, p. 73).

⁹ Mancuso (2007, p. 62) relata que "não faltaram engenho e arte na criação de figuras e expedientes tendentes a filtrar o excesso de recursos extraordinários".

uniformização do Direito pátrio, seja no que diz respeito ao texto da Constituição Federal, seja quanto à legislação federal infraconstitucionais. Além disso, não lhes compete questões relacionadas ao direito local, somente o exame do direito nacional, em casos que tem conotação em todo país. São chamados de órgãos de superposição, pois complementam a estrutura do poder judiciário do Brasil, sendo a última instância ou melhor, nos limites de suas competências definidas constitucionalmente, têm o poder de rever as decisões da cúpula, das instâncias julgadoras mais elevadas de todos os demais Tribunais dentro de uma mesma jurisdição.

A missão relevantíssima dos Tribunais Superiores de uniformização e proteção do Direito objetivo, com a finalidade de garantir a isonomia do cidadão na Lei, contudo, tem sido prejudicada pelo volume de recursos, que inviabiliza a produção sistemática e eficiente de julgados com a importância que cabe a uma Corte Superior.

Mendes (2012) observa que, sob a Constituição de 1988, agravou-se a crise numérica que, já sob o modelo anterior, incidia sobre o recurso extraordinário. Na sequência o ilustre jurista complementa que:

Embora se afigure correta a tese segundo a qual o sistema direto de controle de constitucionalidade passa a ter precedência ou primazia após a Constituição de 1988, é verdade também que é exatamente após 1988 que se acentua o problema quantitativo do Supremo Tribunal Federal. Essa crise manifesta-se de forma radical no *sistema difuso*, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários.

Passados mais de 20 anos do funcionamento do STJ, a expectativa de solucionar a questão do congestionamento de recursos excepcionais e a uniformização da jurisprudência com a repartição de competência entre os Tribunais Superiores não se concretizou. Pelo contrário, as estatísticas revelaram que a crise do recurso extraordinário parece ter contaminado o recurso especial.

Nesse contexto, no âmbito da denominada “Reforma do Judiciário”, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, foi instituído o filtro repercussão geral. Passou-se, assim, a exigir que o recurso extraordinário satisfaça como requisito específico de admissibilidade, além do prequestionamento, a repercussão geral. Este instituto, em linhas gerais, traduz-se na demonstração de pelo menos duas circunstâncias: que a questão

constitucional citada no recurso, abstratamente considerada, transcende os interesses subjetivos das partes, por haver relevância econômica, política, social ou jurídica ou quando a decisão recorrida for contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo. Esta Corte somente poderá negar seguimento de Recurso Extraordinário por ausência de repercussão geral pelo voto de, pelo menos, 2/3 de seus membros, ou seja, de 8 ministros.

II. ENQUADRAMENTOS DO RECURSO EXCEPCIONAIS ENTRE OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Barbosa Moreira (2005, p. 233) define recurso como “remédio voluntario idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração judicial que se impugna”.

Quanto à natureza jurídica, Nery Junior (2004, p. 204) adota a tese de que o recurso é “um prolongamento, dentro do mesmo procedimento, do exercício do direito de ação, compreendido este em seu sentido mais amplo, abrangendo este, também os procedimentos de jurisdição voluntária”. O autor ressalva ainda não ser o recurso, em sentido estrito, o próprio direito de ação, uma vez que pressupõe a existência de lide pendente sobre a qual ainda não se formou a coisa julgada.

A doutrina majoritária reserva a expressão recurso aos meios de impugnação manejados na própria relação jurídica processual de modo a impedir a formação da coisa julgada, enquanto os demais exercidos fora da relação processual na qual se formou a decisão e voltados, em regra, contra a coisa julgada já formada, são referidos como ações impugnativas autônomas e não como recursos (BARBOSA MOREIRA, 2005). Algumas dessas ações são vocacionadas a contrastar decisões transitadas em julgado, como a ação rescisória (CPC, art. 485) e a ação anulatória (CPC, art. 486), e outras a fazer surgir uma nova relação processual, sem que tenha havido o trânsito em julgado da decisão contestada, a exemplo de embargos de terceiro, mandado de segurança contra ato judicial e o *habeas corpus*. (MANCUSO, 2007).

Esses dois grupos de remédios processuais assemelham-se, portanto, em razão de implicarem o reexame do pronunciamento judicial decisório. Entretanto, os recursos impedem à formação da coisa julgada, prolongando o curso do processo, enquanto que as ações autônomas de impugnação dão nascimento a um novo processo.

Já a subdivisão dos recursos em ordinário e extraordinário, segundo seus pressupostos – função subjetiva ou objetiva, fundamentação livre ou vinculada, exame ilimitado ou limitado, entre outros, não é plenamente assente na doutrina. Barbosa Moreira (2005, p. 253-255), por exemplo, afirma que, no Brasil, “não tem relevância, teórica ou prática”, eventual

classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, preferindo aludir simplesmente a recursos de fundamentação livre e de fundamentação vinculada. “As peculiaridades do chamado recurso extraordinário não bastam para servir de base a uma classificação científica ou praticamente valiosa”, argumenta Barbosa Moreira (2005, p. 255). A irrelevância é comumente atribuída ao princípio da taxatividade. Os recursos no processo brasileiro foram um sistema fechado na lei, estando todos os recursos fixados em *numerus clausus*, ou seja, dentro de um rol exaustivo.

Essa classificação, no entanto, guarda afinidade com o artigo 467 do CPC, que dispõe que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. A literalidade do artigo indica que o legislador optou por essa nomenclatura para distinguir espécies dentro do gênero recursos, segundo particularidades ligadas a sua fundamentação.

A dicotomia ordinário/extraordinário, em linhas gerais, observa o objeto a que visa o sistema jurídico tutelar através dos recursos. Os recursos ordinários objetivam proteger, imediatamente, o direito subjetivo das partes, ou melhor, na concretização do princípio do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, permitem a rediscussão, em maior ou menor escala, do direito subjetivo das partes, do mérito. Os recursos extraordinários, por sua vez, tem como objeto imediato a tutela do direito objetivo, ou seja, das leis e tratados federais, no caso do recurso especial e da Constituição Federal, no caso do recurso extraordinário *stricto sensu* (PINTO, 2004). Nesse sentido, e Barbosa Moreira (2005, p. 582) anota que “o recurso extraordinário (como o especial, ramificação dele) não dá ensejo a novo reexame da causa, análogo ao que propicia a apelação.” A competência recursal dos tribunais de superposição não se refere, assim, necessariamente ao princípio do duplo grau de jurisdição.

MANCUSO (2007, p. 130-131) justifica a natureza excepcional desses recursos com base nos seguintes pressupostos:

Um dos motivos porque se tem os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos excepcionais, reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (v.g., a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o STF e o STJ convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojados aqueles recursos de

suas características de excepcionalidade, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum. .

Por outras palavras, o mesmo autor deduz que a simples situação de sucumbência ou de prejuízo, que basta ao exercício dos recursos comuns, não é suficiente pra embasar os de índole excepcional, que ainda requerem o implemento de um *plus*, no caso a existência de uma questão constitucional, ou federal, conforme se trate do extraordinário ou do especial, respectivamente. Daí decorre a exigência do prequestionamento do seu objeto. (MANCUSO, 2007, p. 126).

Assim, no caso dos recursos excepcionais, não entra em cena, como mencionado acima, a regra do duplo grau de jurisdição, pertinente apenas aos recursos ordinários. Pelo contrário, os recursos ditos excepcionais são caracterizados pela função, que transcende os interesses individuais dos litigantes, conhecida como nomofilática. Essa função consiste na manutenção da inteireza do Direito, uniformizando a jurisprudência. (DANTAS, 2008). Decorre daí a definição que os recursos excepcionais tutelam o direito objetivo e apenas reflexa ou secundariamente o direito das partes, que é colocado o interesse geral. Nessa linha, Mancuso (2007, p. 153) menciona que:

Dizer que o recurso extraordinário e o especial não se destinam precipuamente à revisão de decisões injustas é afirmação que à primeira vista pode causar espécie, mas que é compreensível, dentro do sistema. Assim como o STF não é só mais um Tribunal Superior, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional, também o recurso extraordinário não configura mais uma possibilidade de impugnação, e sim o remédio de cunho político-constitucional (seus pressupostos não estão na lei processual) que permite ao STF dar cumprimento à elevada missão de guarda da Constituição (CF, art. 102, caput).

Em linhas gerais, a utilização dos recursos excepcionais exige o exaurimento das instâncias ordinárias, conforme prevê o verbete¹⁰ 281 e 207 da Súmulas do STF e do STJ, bem como a presença de ao menos uma das hipóteses taxativas de cabimento, ou melhor, os tipos de vícios que podem ser apontados na decisão recorrida, razão pela qual o mesmo é classificado como recurso de fundamentação vinculada. Araken de Assis (2011) adverte que a

¹⁰ BRASIL, STF, Súmula 281: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

classe de recursos com fundamentação vinculada é mais abrangente, abarcando, além dos excepcionais, todas as modalidades recursais em há tipicidade legal de críticas passíveis de serem dirigidas contra a decisão, a exemplo do que ocorre também com os embargos declaratórios que, no entanto, são espécie de recurso ordinário.

II.1. Recurso especial – Função e Estrutura

No direito pátrio, cabe ao recurso especial conferir unidade ao direito federal infraconstitucional. Sua interposição depende da invocação de *causae petendi* tipicamente previstas, envolvendo a alegação de violação à lei federal. O recurso especial se apresenta como um meio de impugnação do tipo rescisório, na medida em que realiza um juízo sobre o acórdão impugnado, trata-se, portanto, de um “juízo sobre um juízo” e não reexame da causa (RECENA COSTA, 2011).

Sua interposição é cabível apenas diante “causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”, nos termos do artigo 105, inciso III da Constituição Federal.

O conceito de causa está relacionado à existência de conflito de interesses que se instala no âmbito de determinada relação processual, quer de jurisdição contenciosa, quer de cunho voluntário, porquanto não há como evitar que ocorra a interposição de recurso excepcional quando, por ato eminentemente jurisdicional, a parte não obtém a tutela de seu direito material. Nery Júnior (2004, p. 302) confirma que a expressão “causa” merece ser entendida “(...) no sentido mais amplo do termo e não no seu sentido estrito, significando lide”, merecendo destaque que a inclusão “(...) nesse conceito de causa, as questões que são decididas pelos tribunais como matéria de jurisdição voluntária”

Compreende, portanto, processos de natureza jurisdicional tanto em sede de jurisdição contenciosa quanto no âmbito da Jurisdição voluntária. Recena Costa (2011) menciona que compreende ainda, em alguns casos, o procedimento da dúvida, estando incluída, a princípio a reclamação e não sendo, definitivamente, cabível, recurso especial contra decisão proferida no processamento de precatórios, conforme enunciado nº 733 da Súmula STF.

Mancuso (2007) salienta que a Constituição Federal atrelou o qualificativo “Tribunal” à “causa decidida”, implicando a sujeição ao recurso especial apenas os acórdãos proferidos em instância única ou última julgada por Tribunal. Em consequência, as decisões finais proferidas no âmbito da competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais não estão sujeitas ao recurso especial, conforme o verbete 203 da Súmula STJ. Nesse caso, é cabível apenas a interposição de recurso extraordinário, uma vez que o art. 102, inciso III da Constituição Federal, não exige que a causa tenha sido decidida por tribunal estadual ou federal.

É importante ressaltar que somente será admissível o recurso especial se esgotadas as vias recursais ordinárias, ou seja, a interposição prévia de qualquer outro recurso ordinário cabível antes do manejo da impugnação dirigida ao Superior Tribunal de Justiça. A propósito, esse requisito foi objeto do enunciado 207 da Súmula STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.” Didier e Cunha (2010, p. 266) afirmam que os recursos “não podem ser exercitados *per saltum*, deixando *in albis* alguma possibilidade de impugnação.” Mancuso (2007, p. 77) arremata que:

O extraordinário e o especial pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única, originária. Isso coloca o problema de só serem exercitáveis contra “causas decididas” ou “decisões finais”, ambas expressões significando que não podem ser exercitados *per saltum*, deixando ‘*in albis*’ alguma possibilidade de impugnação (ex.: não interposição de embargos infringentes contra a parte não unânime do julgado recorrido).[...]Quer dizer: o exercício dos recursos excepcionais pressupõe a preclusão consumativa quanto aos recursos cabíveis nas instâncias inferiores; tendo em vista o princípio da unicorribilidade, cremos que a prática do recurso cabível, na instância ordinária, preclui, consumativamente, esse momento processual, restando então o campo propício para a interposição do recurso extraordinário, do especial, ou de ambos, em sendo o caso.”

Recena Costa (2001) destaca que, sendo uma pretensão autônoma, ainda que exercida dentro do processo, o recurso especial apresenta elementos próprios, o pedido e a causa de pedir. No pedido, se requer, na hipótese de *error in indicando*, a reforma da decisão, ou a sua anulação, no caso de *error in procedendo*. A causa de pedir do recurso especial, por sua vez, compreende a alegação de violação ao direito federal infraconstitucional cometida pelo

acórdão de segundo grau, seja em relação a uma norma de direito material ou de direito processual, conforme a base do pedido seja a reforma ou anulação da decisão.

O recurso especial, assim como o recurso extraordinário, tem suas hipóteses de cabimento delineadas no texto constitucional, o que impede que a legislação infraconstitucional e disposições regimentais do Superior Tribunal de Justiça ampliem ou restrinjam o cabimento do recurso.

A primeira hipótese de cabimento do recurso especial é quando a decisão “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. Tendo em vista que este permissivo é, em suma, para os casos em que a tese da decisão não coincide com a tese da lei, carece de importância, de acordo com Recena Costa (2011), a discussão acerca do sentido das expressões “negar vigência e “contrariar” lei federal. Citando o legislador alemão, “direito é violado quando uma norma jurídica é aplicada incorretamente (§ 546, ZPO), o autor considera irrelevante saber se o erro alegado decorre de negativa de vigência (violação ao direito em tese) ou mera interpretação/aplicação incorreta da norma. (RECENA COSTA, 2011, p. 168).

A segunda hipótese está delineada na alínea b que permite a interposição de recurso especial contra decisão que “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”. A Emenda Constitucional nº 45 retirou da alínea b o julgamento do confronto de leis locais perante leis federais, passando a ser do Supremo a competência para apreciar essa questão, segundo o artigo 102, inciso III, alínea d, da Constituição Federal. Tal medida foi necessária, tendo em consideração que esta alínea ensejava, na verdade uma questão constitucional, por se tratar de divisão das competências legislativas, matéria regulada pela Constituição Federal.

A alínea c permite a interposição do recurso especial quando a decisão do tribunal de segundo grau “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1991, p.70) define que, na alínea c, situa-se “a mais importante função do recurso especial, que é de uniformizar a interpretação do direito federal no País, quando haja manifesta divergência envolvendo tribunais diferentes.” Em verdade, a doutrina dominante associa a hipótese de cabimento do recurso especial pela alínea c a uma espécie da alínea a. O seu manejo, de certa forma, implica que a legislação federal tenha sido supostamente mal interpretada.

São requisitos para interposição do recurso baseado em dissídio jurisprudencial o cotejo analítico entre as decisões contrastadas e a atualidade da divergência; a diversidade dos tribunais envolvidos, conforme o verbete nº 13 da Súmula STJ. Manifestação nesse sentido foi objeto no julgamento do REsp 13.942-0-SP

é imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses. Para tanto, o recorrente deve proceder à demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, evidenciando a moldura fática norteadora das decisões que afirmou discrepantes» (STJ, 1a. Turma, rel .Min. César Asfor Rocha, DJU de 7.2.94, p. 1.128)

II.2. Julgamento do Recurso Especial e seus efeitos

A doutrina tradicional identifica dois efeitos dos recursos: o devolutivo, que é aquele em se devolve o reexame da causa ou do incidente a outro órgão judicante; e o suspensivo, que é aquele que produção imediata dos efeitos da decisão, qualidade esta que perdura até o julgamento do recurso com a preclusão ou a coisa julgada. O art. 520¹¹ do Código de Processo Civil, ao tratar expressamente dos efeitos da apelação, refere-se apenas aos efeitos suspensivo e devolutivo. Entretanto, esses não são os únicos efeitos dos recursos admitidos na doutrina brasileira.

Nery Junior (2004) acrescenta ainda o expansivo, o translativo e o substitutivo. De acordo com o autor, há efeito expansivo quando o julgamento do recurso puder propiciar decisão mais abrangente do que o reexame da matéria impugnada, que é o mérito do recurso; o efeito translativo ocorre quando o órgão *ad quem* julga fora das questões constantes das razões ou contrarrazões dos recursos, não se podendo falar em julgamento *extra* ou *ultra petita*, como ocorre com as questões que devem ser conhecidas de ofício; e o efeito substitutivo se dá quando o recurso for conhecido e julgado pelo mérito, nos termos do art. 512 do CPC.

¹¹ Embora trate especificamente da apelação o referido dispositivo legal é aplicado a todo o sistema recursal desenhado no Código de Processo Civil, sendo tratado como regramento geral para a matéria de recursos.

Necessário ressaltar a existência de controvérsia doutrinária quanto ao efeito translativo, que seria, na verdade, segundo classificação de Barbosa Moreira (2005, p. 430), o efeito devolutivo em profundidade (art. 515 CPC).

Outrossim, o efeito substitutivo, previsto no artigo 512¹² do Código de Processo Civil, implica que, uma vez conhecido o recurso calcado em *error in indicando*, a decisão recorrida deve, em regra, ser substituída pela proferida no julgamento do recurso, salvo quando tratar-se de *error in procedendo*. Isso significa que não interessa o resultado do mérito, haverá sempre substituição do acórdão recorrido, ainda que não se tenha dado provimento ao recurso, conforme releva Barbosa Moreira (2009). Em linhas gerais, o mesmo autor (2009, p. 399 -400) discute o dispositivo citado nesses termos:

Em geral, a decisão inferior, que vem a ser substituída, justamente porque não passara em julgado, era decisão ainda ineficaz. Como o órgão *ad quem* conheceu do recurso, ela jamais, alcançará a *auctoritas rei iudicatae*. Transitará em julgado, isso sim, a decisão do órgão *ad quem* – com ressalva da possibilidade, que acaso exista, devir ela também, por sua vez, a ser impugnada através de outro recurso.

Com efeito, a competência para julgar ação rescisória será da instância superior, uma vez que cabe ao Tribunal onde transitou em julgado o processo. A ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação, a qual dará ensejo a formação de nova relação jurídico-processual, cujos requisitos básicos são uma sentença de mérito transitada em julgado, o preenchimento de uma das hipóteses do artigo 485 e obediência do prazo decadencial de dois anos.

Recena Costa (2011) critica a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça nos termos do enunciado 249¹³ da Súmula STJ, que afirma ser competente o próprio Tribunal quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”. Se interpretada literalmente tal súmula, esta não faria qualquer sentido, uma vez que se não for conhecido o recurso, não há a possibilidade de o Tribunal apreciar a questão federal controvertida. Por

¹² Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.

¹³ BRASIL, STJ, Súmula 249 : É competente o STF para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

outro lado, o entendimento que parece ser mais crível é que a súmula trata do não provimento do recurso, situação em que não foi vislumbrada a violação no julgado recorrido.

Em síntese, é importante atentar que, por referir-se apenas à decisão de mérito do recurso, o efeito substitutivo só poderá ser observado se o recurso for conhecido pelo tribunal. No caso de interposição de recurso especial calcado em *error in procedendo* do acórdão pronunciado pelo tribunal local não implicará, há que se registrar, a substituição do acórdão recorrido. Sendo positivo o juízo de mérito, o julgado será simplesmente anulado, com reenvio dos autos à instância inferior para novo julgamento. De modo contrário, ocorrendo desprovimento, não será substituído em razão dos dois objetos não coincidirem.

À exceção dos embargos declaratórios e os embargos infringentes na execução fiscal de pequeno valor, todos recursos, no direito brasileiro, são dotados de efeito devolutivo. O efeito devolutivo, nos termos do caput do art. 515¹⁴ do CPC, corresponde à transferência e, portanto, à devolução da matéria impugnada do órgão judiciário recorrido para outro de hierarquia superior com o objetivo de reexame da decisão combatida, conforme define Barbosa Moreira (2009).

O efeito devolutivo pode ser analisado em duas dimensões: horizontal e vertical. O primeiro relacionado à extensão da impugnação (*tantum devolutum quantum appellatum*), entendida como aquilo que tenha sido pelo recorrente efetivamente impugnado na decisão recorrida; e o segundo às questões que devem ser examinadas pelo Tribunal *ad quem* para decidir o recurso, devolvidas indiretamente, não como fruto direto da atividade do recorrente. De acordo com Barbosa Moreira (2009, p. 430):

A exata configuração do efeito devolutivo é problema que se desdobra em dois: o primeiro concerne à extensão do efeito, o segundo à sua profundidade. Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar com que material há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar. A decisão apelada tem seu objeto: pode haver julgado o mérito da causa (sentença definitiva), ou matéria preliminar ao exame do mérito (sentença terminativa). É necessário verificar se a decisão do tribunal cobrirá ou não área igual à coberta pelo juiz *a quo*. Encara-se aqui o problema, por assim dizer, em perspectiva horizontal. Por outro lado, a decisão apelada tem os seus fundamentos: o órgão de primeiro grau, para decidir, precisou naturalmente enfrentar e resolver questões, isto é, pontos duvidosos de fato e de direito, suscitados pelas partes ou apreciados *ex officio*. Cumpre averiguar se todas essas questões, ou nem

14 Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

todas, devem ser reexaminadas pelo tribunal, para proceder, por sua vez, ao julgamento; ou ainda se, porventura, não devessem ser examinadas questões que o órgão *a quo*, embora pudesse ou devesse apreciar, de fato não apreciou. Focaliza-se aqui o problema em perspectiva vertical.

Em verdade, se não fosse o efeito devolutivo, o reexame da matéria pelo órgão *ad quem* de decisões anteriormente exaradas caracterizaria a violação da atuação jurisdicional independente de cada órgão julgador. No entanto, não é corrente, no direito pátrio, o efeito devolutivo de todas as questões relativas ao mérito da causa. Há que se falar, assim, em efeito devolutivo limitado. Enquadra-se nesse caso o recurso especial, no âmbito do qual não estão incluídas as questões fáticas e as questões jurídicas de direito local (RECENA COSTA, 2011). Aos recursos excepcionais não é facultado o reexame de fatos e provas, óbice sumulado nos enunciados nº 715 da Súmula STJ e 27916 da Súmula STF, tendo em vista a função precípua de resguardar o direito objetivo.

No caso do recurso especial, como a causa de pedir consiste na violação do direito federal, o efeito devolutivo do recurso está limitado à alegação da solução incorreta de uma questão jurídica, não se permitindo o reexame da prova, conforme preceitua o referido enunciado nº 7 da Súmula STJ. Além disso, embora o núcleo do fundamento do recurso seja uma questão normativa, quais sejam, afronta a texto legal expresso ou divergência jurisprudencial, as questões relativas a causa de pedir são questões de fato e não de direito (RECENA COSTA, 2011). São essas as bases da discussão acerca da limitação do efeito devolutivo, defendida por parte da doutrina, que considera excluídas questões não prequestionadas ou alegadas pelas partes, ainda quando sejam matéria de ordem pública. Nesse sentido, Nery Junior (2004, p. 429) discorre que:

O juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com o pedido de nova decisão. É esse pedido de nova decisão que fixa os limites e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*).

15 BRASIL, STJ, Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

16 BRASIL, STF, Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Em suma, parte da doutrina prefere identificar o efeito devolutivo dos recursos extraordinários à dimensão horizontal do efeito devolutivo. Nessa perspectiva, em decorrência do princípio dispositivo, aquele em que o juiz depende da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que fundamentará a sua decisão, o objeto do recurso especial seria fixado pelo recorrente e, por conseguinte, a apreciação do recurso, pelo efeito devolutivo, estaria limitada pelas razões recursais, vedando-se a atuação de ofício do juízo.

Lucon (2005, p. 726) esclarece que profundidade é medida pelo material jurídico e fático com que o órgão *ad quem* poderá trabalhar:

Consoante o disposto nos dois primeiros parágrafos do art. 515, a devolução propiciada pelo recurso, em profundidade, é integral. De modo que o recurso abrange não somente as questões decididas na sentença, mas também todas aquelas que poderiam ter sido (questões de ofício e aquelas suscitadas e discutidas pelas partes, mas que deixaram de ser apreciadas pelo órgão jurisdicional)

A despeito da ausência de embargos de declaração com o fim de suprir eventual omissão sobre determinada questão suscitada e debatida durante o primeiro grau, o autor assevera que “o tribunal poderá apreciá-la já que, no sentido vertical, são plenos a devolução e o conhecimento”, como prevê o § 1º do artigo 515 do CPC, dispondo que serão “objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”, e o § 2º do mesmo dispositivo, estabelecendo que “quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. (LUCON, 2005, p. 727).

Ademais, efeito translativo é definido como a possibilidade do Tribunal ao qual o recurso é dirigido conhecer de ofício as chamadas matérias de ordem pública, sobre as quais não se opera a preclusão, sem a necessidade de que haja requerimento das partes, por força do artigo 515, §§ 1º a 3º, do CPC. Na definição de SOUZA (2009, p. 26):

O efeito translativo está consubstanciado na apreciação oficial pelo órgão julgador do recurso de matérias cujo exame é obrigatório por força de lei, ainda que ausente impugnação específica do recorrente. Daí a conclusão: o efeito translativo diz respeito às matérias de ordem pública, com predomínio do interesse público em relação ao interesse pessoal das partes. Por exemplo, o efeito translativo é encontrado nos artigos 113,

caput, 219, § 5º, 245, parágrafo único, 67, § 3º, 515, §§ 1º e 2º, e 516, todos do Código de Processo Civil, assim como no artigo 210 do Código Civil de 2002. Conhecido o recurso, o tribunal competente para o julgamento também deve tomar conhecimento das matérias veiculadas naqueles preceitos.

Barbosa Moreira (2009), como já mencionado, chama esse efeito de aspecto vertical ou profundidade do efeito devolutivo. Outros autores, no entanto, fazem distinção: no caso da profundidade do efeito devolutivo, há a possibilidade do tribunal utilizar-se de argumentos não suscitados em sede recursal pelo recorrente, mas que haviam sido discutidos anteriormente, não estando limitado às razões do recurso, enquanto que, pelo efeito translativo, questões são cognoscíveis *ex officio*, sem que haja qualquer manifestação das partes.

Nery Junior (2004, p. 484), por seu turno, defende que a prerrogativa de conhecer matéria de ofício advém do princípio translativo. No seu entendimento, o poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício questões de ordem pública não arguidas pelas partes “não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do princípio inquisitório e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos”. Argumenta ainda o autor que “mesmo porque, efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição de recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou nas contrarrazões do recurso”.

Enfim, por efeito translativo, ultrapassados os pressupostos de admissibilidade, poderá o juízo *ad quem* manifestar-se sobre questões independentemente de provocação, tanto as questões cognoscíveis *ex officio*, quanto aquelas dispositivas que, embora tenham sido discutidas no processo, não foram referenciadas na sentença de primeiro grau.

A doutrina¹⁷ e jurisprudência, no entanto, ainda é divergente em relação à adoção do efeito translativo dos recursos, havendo um primeiro posicionamento pela impossibilidade de sua admissão, um segundo que defende o efeito translativo nos recursos excepcionais se a matéria estiver devidamente prequestionada, e um último entendimento, que por força do

17 Didier, Barbosa Moreira, Câmara, Athos Gusmão Carneiro e Bernardo Pimentel Souza defendem ampla liberdade para os Tribunais; Medina, Nery Junior, Scarpinella Bueno, Eduardo Yoshikawa e Gleydson Oliveira limitam o julgamento à competência constitucional das Cortes.

efeito translativo dos recursos, uma vez ultrapassado o exame de admissibilidade, as questões de ordem pública serão examinadas, mesmo que não tenha havido o prequestionamento.

II.3. Prequestionamento e matéria de Ordem Pública

Prequestionamento é pressuposto considerado indispensável para o conhecimento dos recursos especial e extraordinário, nos termos do precedente do Superior Tribunal de Justiça, no qual afirma-se, nos termos do REsp nº 62.911-0-SP¹⁸ que “prequestionamento é antecedente lógico de recurso especial. Vale dizer, o recorrente precisa atacar, dando continuidade processual, tema decidido no acórdão recorrido. Caso contrário, o recurso especial apreciará, originariamente, matéria diversa”.

De acordo ainda com o Superior Tribunal de Justiça, “o prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado”, conforme aduz o REsp nº 162.608-SP¹⁹. Daí, por conseguinte, ter sido majoritariamente considerada pela doutrina e pela jurisprudência a tese de que o recurso especial e o recurso extraordinário somente serão viabilizados perante as Cortes Superiores quando ficar caracterizado o prequestionamento da questão federal e da questão constitucional, configurando-se, portanto, em um verdadeiro requisito de admissibilidade do recurso especial.

Medina (2002, p. 202) distingue três principais posicionamentos acerca do que seja esse requisito: a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.

¹⁸ BRASIL, STJ, 6a. Turma, REsp nº 62.911-0-SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 30.10.95.

¹⁹ BRASIL, STJ, Corte Especial, Emb. De Divergência em REsp nº 162.608-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Emb. de Divergência DJU de. 16.06.99.

Os Tribunais são adeptos da corrente que considera ser necessário um ato do julgador para haver o prequestionamento e os embargos de declaração é o meio para sanar a omissão e possibilitar a interposição do recurso especial ou extraordinário. O Superior Tribunal de Justiça, através do Enunciado 21120 da Súmula STJ, consagrou o entendimento de que, mesmo opostos embargos, se o tribunal não se pronunciar sobre o assunto, ainda assim será inadmitido o recurso especial. Nesses casos, em que os embargos não sejam conhecidos ou não haja o efetivo debate sobre a matéria, deverá ser interposto recurso especial alegando ofensa ao art.535, inciso II do CPC²¹ para suprir a omissão e forçar o pronunciamento do tribunal de origem. Ao contrário do preconizado pelo STJ, o Supremo Tribunal Federal entende que, havendo omissão do juízo *a quo e* tendo o interessado oposto embargos de declaração para supri-la, não há mais o que se exigir da parte, de modo que será, nessa situação, considerada prequestionada a matéria.

Quando se trata de matéria de ordem pública a controvérsia, contudo, é grande. Mancuso (2007, p. 311- 312) clarifica o dilema em torno da questão do conhecimento pelos Tribunais de superposição de matéria de ordem pública não alegadas previamente pelas partes ou prequestionadas:

A questão da admissibilidade ou não do RE ou do REsp, presente matéria de ordem pública – ainda que não prequestionada -, coloca de um lado, como regra, o princípio dispositivo (CPC, arts. 2º, 128, 515 e parágrafos: *iuria novit curia*), a que se agrega o argumento de que o âmbito de devolutividade desses recursos, na perspectiva vertical, é bem restrita; e de outro lado, como exceção, a cognoscibilidade de ofício de tais temas, a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, arts. 113; 219, § 5º; 267, § 3º).

As questões de ordem pública vão além do interesse das partes, o que significa a precedência do interesse geral sobre o individual e, em consequência, condiciona a legitimidade do próprio exercício de jurisdição. Em outras palavras, despertam o interesse público. Sendo assim, não precluem e podem, a qualquer tempo, ser objeto de exame, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, sendo passíveis de reconhecimento de ofício pelo magistrado, nos termos dos artigos 267, § 3º, 301, § 4º e 303, II

20 BRASIL, Súmula 211 STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

21 Art. 535: Cabem embargos de declaração quando: (...) II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

e III do Código de Processo Civil (CABEZAS, 2012). Acerca da legitimidade do regime jurídico especial para as questões de ordem pública, Lucon (2005, p. 729) adverte que:

Nesses casos, o próprio Estado tem interesse de que sejam respeitadas as regras que disciplinam o modo pelo qual o processo se desenvolve. Não interessa ao juiz, como representante do Estado, que o processo não se desenvolva regularmente e não possa chegar ao fim colimado, que é justamente o julgamento de mérito. Por isso, está o julgador autorizado a conhecer dessas matérias de ofício, observando sempre o contraditório legitimador de seu provimento. A cognição *ex officio* dessas matérias é garantia de boa administração da justiça, sendo que (i) a falta de alegação do réu na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, provoca sua responsabilidade patrimonial pelo retardamento, e (ii) eventual inércia do magistrado o torna responsável pelo mau desempenho do cargo em decorrência de grave omissão.

Abreviadamente, Lucon (2005, p. 729) salienta a importância das questões de ordem pública, assinalando que “são elas, portanto, relacionadas ao amplo espectro dos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional”.

Há que se concluir, portanto, que, quando não observadas, tem o condão de ensejar vícios que podem implicar a nulidade do processo. Por outro lado, controverte-se a respeito da possibilidade das cortes superiores conhecerem de ofício das matérias de ordem pública pelo fato de serem recursos de fundamentação vinculada o especial e extraordinário e, portanto, “apenas o que estiver no corpo do acórdão é que pode ser objeto de impugnação pelas vias excepcionais dos recursos constitucionais”, conforme destaca Nery Junior (2004, p. 442).

Mancuso (2007) defende a primeira corrente, tendo em consideração a instrumentalidade do processo e efetividade da prestação jurisdicional. À título de conclusão de Mancuso (2007, p. 311), afirma que :

De fato, parece-nos que em questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício, e, bem assim em tema de condições da ação e de pressupostos – positivos e negativos – de existência e validade da relação jurídica processual (CPC, art 267, §3º), o quesito prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa.

O argumento dessa corrente é que há prequestionamento implícito sobre as matérias a respeito das quais o tribunal a quo deve examinar, o que determina sempre o conhecimento do recurso pelo Tribunal de Superposição, implicando omissão quando o tribunal não aprecia questões suscitadas pelas partes e cognoscíveis de ofício. Ademais, havendo omissão, viola-se o preceito constitucional da motivação das decisões, superior ao requisito do prequestionamento, que não pode se constituir em um filtro ilegítimo, cujo objetivo é reduzir o volume de processos dirigidos aos tribunais.

Medina (2002, p. 342 -347), por sua vez, se filia à segunda perspectiva. No seu entendimento, a possibilidade de conhecimento *ex officio* das matérias de ordem pública só atingiria os recursos extraordinários e especial se existisse, na Constituição Federal, dispositivo com conteúdo semelhante. E acrescenta que não constando a matéria na decisão recorrida, mesmo que haja provocação da parte quando da interposição do recurso extraordinário ou recurso especial, ainda assim não será possível o conhecimento da matéria pelo Tribunal *ad quem*.

Logo, a questão consiste na avaliação se, matérias de ordem pública, abrangendo condições da ação, os pressupostos processuais, além da preempção, litispendência, coisa julgada, entre outras situações que acabam por viciar o processo, a exemplo de inconstitucionalidade, devem ser conhecidas de ofício pelo Juízo ou se, por não ter sido objeto do prequestionamento, ser desconsideradas. Com efeito, trata-se, em verdade, do cotejamento entre o princípio dispositivo e o conhecimento de ofício das questões de ordem pública. Digno de nota ainda é a o § 3.º do artigo 515 do CPC que permite ao Tribunal “julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

III. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CONTROVÉRSIAS E LIMITES

O capítulo mais tormentoso da opção do legislador constitucional de bipartição dos recursos excepcionais relaciona-se, portanto, à polêmica, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, acerca da questão de controle de constitucionalidade em sede de recurso especial, sem mencionar a discussão acerca da possibilidade de controle incidental de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça. Não são atípicas afirmações categóricas que o Superior Tribunal de Justiça estaria definitivamente impedido de exercer jurisdição constitucional com a justificativa de que a Constituição conferiu competências estanques e intransponíveis às instâncias recursais excepcionais.

Nessa linha de raciocínio, a despeito da existência de inequívocos sinais de mudança da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na direção da possibilidade de controle de constitucionalidade de lei federal no âmbito do recurso especial, inclusive em órgãos fracionários e na Corte Especial, a jurisdição constitucional do Tribunal na instância extraordinária ainda é acanhada. Não são incomuns situações em que um dos membros se refere a princípios constitucionais, ainda que para nortear a interpretação de normas legais, e um dos seus pares suscite a hipótese do julgamento do Tribunal avançando a esfera de competências do Supremo Tribunal Federal, sem mencionar os diversos precedentes que refutam a competência do Superior Tribunal de Justiça para conhecer e aplicar o texto constitucional na instância recursal especial (LIMA, 2011).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que ao STJ é atribuído também o poder de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, no âmbito de sua competência, com a restrição genericamente imposta pelos tribunais pelo artigo 97 da Constituição.

Não se contesta que, no sistema difuso 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 a da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário, ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa. (STF, AG nº 145.589/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02.09.1993DJ de 24.06.94)

Ademais, o próprio Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ consagra, nos artigos 16, 199 e 200, incidente de arguição de constitucionalidade, estabelecendo que as Seções ou Turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial quando acolherem a arguição de inconstitucionalidade. Além disso, o RISTJ não define qual o instrumento apto ao enfrentamento da questão da inconstitucionalidade, o que implica deduzir, pode-se assim dizer, que todos os recursos ou vias processuais estão autorizados. Em conclusão, pode-se observar que a controvérsia está mais concentrada, enfim, em quando e em que condições o STJ pode apreciar a constitucionalidade das leis do que se pode ou não fazê-lo.

Em artigo jurídico, o Ministro Teori Albino Zavascki avalia que o controle de constitucionalidade de normas é uma função subutilizada no STJ, em razão do

desconhecimento de seu manejo e das suas virtualidades, mas, sobretudo, porque, não sendo uma de suas funções típicas, o Tribunal prefere devolver o julgamento da matéria constitucional às instâncias ordinárias, a exemplo do que faz com as questões de fato e de prova, em hipóteses em que é indispensável um novo julgamento da causa (ZAVASCKI 2012, p. 21-22)²²

Contudo, ressalva que os incidentes de inconstitucionalidade efetivamente instaurados são limitados, mas o Tribunal acaba exercitando jurisdição constitucional em diversas outras situações²³, o que leva a concluir “que, mesmo em julgamentos de recursos especiais, é muito mais fecunda do que parece a jurisdição constitucional do STJ”, qualifica ZAVASCKI (2012, p. 13).

De início, qualquer conclusão sobre a questão não pode deixar de considerar que a tradição do direito constitucional brasileiro consagra que, na jurisdição brasileira qualquer juiz ou Tribunal pode recusar a aplicação de uma lei, no caso concreto, por considerá-la

²² O parágrafo segundo, do art. 515, permite a devolução do Tribunal das questões que interessam ao apelado, mas que não constam no apelo da parte contrária, com o objetivo de lhe garantir a prestação integral. (USTÁRROZ e PORTO, 2013)

²³ ZAVASCKI (2012) se refere a situações quando faz juízo negativo, hipótese em que a apreciação da questão se esgota no âmbito do próprio órgão fracionário, sem mencionar quando há precedente do STF ou da própria Corte Especial a respeito da questão constitucional. Menciona ainda que há muitas outras situações em que as normas e princípios constitucionais são invocados na jurisprudência do STJ como parâmetro para a adequada interpretação e aplicação das leis federais e dos tratados, além de outras técnicas de controle de constitucionalidade, não necessariamente submetidas ao princípio de reserva de plenário.

inconstitucional. Trata-se do controle difuso pela via da exceção, que vigora no Brasil desde a Constituição de 1891 e da Lei nº 221 de 1894, como já registrado em capítulo anterior. Nesse sentido, Bittencourt (1968 apud Mendes 2002, p.373) assevera que "sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese". Ademais, não se pode igualmente desconsiderar que a arguição de inconstitucionalidade é matéria de ordem pública e, por isso, sempre passível de iniciativa oficial, argumenta Franciulli Neto (2010). "Trata-se de segurança ou ordem extrínseca", conforme aduz Pontes de Miranda (1975, p. 55-56 apud Franciulli Netto, 2010, p. 9)

Não é por outra razão, que nada se controverte sobre o controle de constitucionalidade no exercício competência originária do Superior Tribunal de Justiça ou naquelas em que lhe caiba julgar o recurso ordinário, previstas nos incisos I e II do artigo 105 da Constituição Federal. Nestas hipóteses²⁴, não age a Corte como instância especial, mas como primeira instância e instância revisora, respectivamente, oportunidades em que "investe-se o STJ, como juiz de 1º grau, de ampla e irrestrita jurisdição constitucional, o que lhe permite, quando indispensável ao julgamento, instaurar incidentes de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 97 da CF e dos artigos 480 a 482 do CPC". (ZAVASCKI, 2012, p. 16).

Quando se trata da competência recursal extraordinária, por outro lado, persiste a polêmica quanto ao conhecimento de matéria constitucional. Ao analisar, em sede doutrinária, o papel do STJ em questões constitucionais, Nilson Naves (2001), Ministro aposentado dessa Corte, indaga:

Como é de corriqueiro conhecimento, é por intermédio do especial que vem ter ao Superior o maior número dos feitos: em 2000, recebeu 151.125, entre os quais, 80.748 agravos e 55.896 recursos especiais. Pois não é que, no processamento e decisão de tão enorme número de processos, o Superior não tenha a posse do contencioso constitucional. Não é que não a tenha de modo completo, tem-na em parte, em que medida?

Passados quase três décadas de existência dessa modalidade excepcional de recurso, não há aprofundamento doutrinário que ponha à termo a discussão sobre a questão e nem um

²⁴Coimbra (2005, p. 90) assenta que "não há dúvidas de que, no exercício das duas primeiras atribuições o Superior Tribunal de Justiça aplica tanto a legislação infraconstitucional, quanto a constitucional. A controvérsia cinge-se ao exame do recurso especial".

posicionamento jurisprudencial alinhado que garanta segurança jurídica e iniba o acúmulo de ações repetitivas no Supremo Tribunal Federal. Zavascki (2012, p. 14) atribui essas dificuldades a posições simplificadoras que entendem equivocadamente ser de competência exclusiva do Supremo o conhecimento de questões constitucionais, conforme a seguir:

foi talvez a dificuldade de acomodação a essa nova sistemática, inédita em nossa história, o fator determinante da acentuada tendência a estratificar, de modo quase absoluto, a competência das duas Cortes Superiores, como se não houvesse a abertura de vasos comunicantes entre as suas principais funções institucionais.

Assim, parte da doutrina nega que a Corte, no âmbito do recurso especial, tenha o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. Argumenta-se que o Superior Tribunal de Justiça teria uma única função, a de verificar a violação da lei federal, não lhe cabendo, portanto, examinar a alegação de contrariedade do acórdão à Constituição Federal, que é atribuição do Supremo. Como a Constituição Federal disciplina a competência do STJ, regulando o cabimento do recurso excepcional no art. 105, inciso III, ou melhor, alega-se que o recurso especial possui sistemática diferenciada dos demais recursos, sua fundamentação não é livre, devendo o jurisdicionado ao recorrer se ater a questões relacionadas às alíneas do mencionado permissivo (USTÁRROZ e PORTO, 2013)

Com efeito, essa corrente, embora minoritária, entende que o recurso especial tem seu objeto imediato subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no Tribunal de origem e relacionada à ofensa a tratado ou lei federal conforme estipulado na Constituição. Segundo essa orientação, não caberia exame de questões de natureza constitucional ou qualquer juízo sobre matéria de fato, nem poderia atribuir a tal recurso o chamado efeito translativo, em razão dos estreitos limites de cognição do especial (ZAVASCKI, 2012). Isso significa que não se reconhece ainda a possibilidade de conhecimento de ofício as questões de ordem pública, mesmo a matéria constitucional. Nesse sentido, Araken de Assis (2011, p. 259) assevera que:

o STJ não é um tribunal ordinário em duplo sentido: primeiro, àquela corte não compete, segundo os princípios mais saudáveis, julgar questões de fato; segundo, a função constitucional avulta na preservação da unidade e da integridade na interpretação do direito federal. Em outras palavras o STJ não julga a causa integralmente, nos seus mais variados aspectos de fato e de direito. A circunstância de aplicar o direito à espécie, conforme estabelece o

art. 257, *in fine*, do RISTJ, na linha preconizada pela Súmula do STF, n. 456, pressupõe a exata delimitação da “espécie” sob julgamento – única e exclusivamente a questão federal impugnada, individualizada nas razões do recurso (art. 541, I), e decidida pelos tribunais inferiores. E julga a causa nesses termos, porque o STJ não constitui tribunal de cassação conforme o modelo francês. Não se limita a censurar o acórdão recorrido. Fixada a tese jurídica correta, aplica-a à espécie e reforma, nesta parte, o acórdão. É por essa relevante razão que se mostra que se mostram insustentáveis as tentativas de alargar o efeito devolutivo para abranger todas as questões de ordem pública. O prequestionamento alude, por sem dúvida, ao cabimento do recurso, mas também limita o efeito devolutivo na mesma dimensão. Além disso, o STJ deve se ater à sua função constitucional, evitando assumir o papel de terceira instância, e, assim, inspirado no encantador pretexto de fazer a justiça do caso concreto, tornar perenes os litígios”.

Outra alegação é que sendo o especial, historicamente, um desdobramento do recurso extraordinário, criado justamente em função da necessidade de desafogar o Supremo do congestionamento de processos, não faria sentido que a matéria constitucional fosse apreciada em especial e pudesse ser novamente veiculada no extraordinário. Para essa linha doutrinária, a única exceção à impossibilidade de se exercer o controle no recurso especial ocorre quando a arguição de inconstitucionalidade for para beneficiar o recorrido.

Coimbra (2005, p. 102-103) salienta que “ atualmente não predomina mais a corrente segundo a qual não seria possível, em nenhuma hipótese , apreciar questão constitucional em recurso especial”. Segundo a mencionada autora, referida corrente era liderada pelo Ministro Torreão Braz. De fato, na apreciação pela Corte Especial do STJ de arguição, de ofício, nos autos REsp-12.005, de relatoria do Ministro Athos Carneiro, acolhida, previamente, pela 4ª Turma, em meados do ano de 1992, o Ministro Torreão Braz , em posição contrária à dos demais pares que participavam do julgamento, em posição contrária à dos demais pares, assentou que era inadmissível toda e qualquer especulação constitucional em recurso especial, mesmo que esse exame viesse beneficiar o recorrido (NAVES, 2001). Na oportunidade, defendeu o 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. Ficou visível a preocupação do legislador em sistematizar a matéria, em obediência ao comando constitucional, e com tal propósito distribuiu em compartimentos estanques o controle do julgado da instância ordinária em face da lei federal comum, de cujo mister incumbiu o Superior Tribunal de Justiça através do recurso

especial, e o controle diante da Constituição, a cargo do Supremo Tribunal Federal por intermédio do recurso extraordinário. 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.

Naves (2001) menciona 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, tendo em vista que, no caso, entendeu-se que a norma discutida tinha sido revogada pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Afirma ainda o ilustre Ministro Nilson Naves (2001, p. 37), que

a mim me sucedeu, naqueles autos do REsp-12.005, nos quais estava em causa a prejudicial de inconstitucionalidade, que era admissível se procedesse daquela forma, em razão de, nas hipóteses dessa ordem, ou seja, quando a declaração incidental não beneficiar a parte recorrente, o Superior Tribunal também possuir o controle difuso de constitucionalidade.

Fundamenta este entendimento a esclarecedora manifestação do Ministro Eduardo Ribeiro, que, em dois julgamentos proferidos na Terceira Turma do STJ, em especial o REsp 6.975, de 1992, cuja arguição foi rejeitada pela Turma, votou nos seguintes termos:

Será o especial cabível quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou der-lhe interpretação diversa da acolhida por outro Tribunal. Parece, à primeira vista, que, não contemplada a contrariedade à Constituição, a ensejar recurso extraordinário (105, III, 'a'), não se colocaria a possibilidade do controle em exame. Assim não é, entretanto. Pode suceder que o Tribunal local haja decidido de modo a violar o disposto em determinada lei, ou dissentido da interpretação que lhe foi dada por outro julgado. O especial, em consequência, haverá de ser conhecido. Entretanto, não se afasta entenda a Turma que aquela mesma lei é inconstitucional. Assim entendendo haverá de declará-la. O recorrente, que teria direito, em vista do estabelecido na lei ordinária, não o tem por derivar de norma que não se ajusta à Constituição. Isto este Tribunal deverá verificar. Note-se que

o recorrido, a quem interessaria o reconhecimento da inconstitucionalidade, não poderá recorrer extraordinariamente, pleiteando tal declaração, por falta de interesse, já que não sucumbiu. A solução não pode ser outra. Ao Superior Tribunal de Justiça, admitindo que a lei, em princípio, confere o direito postulado, não será lícito furtar-se ao exame de sua constitucionalidade.

A Corte Especial, com o objetivo de examinar prejudicial de inconstitucionalidade, voltou a se reunir no final de 2000 e no primeiro semestre de 2001 por causa da remessa que lhe foi feita dos autos do REsp-215.881/PR, da relatoria do Ministro Franciulli, após ter-se reunido, em 1992, por causa do já mencionado REsp 12.005 em 1998. No julgamento dessa arguição de inconstitucionalidade, prevaleceu a tese do Ministro Nilson Naves, relator designado para o acórdão, no sentido de que o mérito só poderia ser conhecido desde que fosse para beneficiar o recorrido:

RECURSO ESPECIAL (JULGAMENTO). INCONSTITUCIONALIDADE (prejudicial). Arguição/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 arguição, 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 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.
(STJ. Corte Especial REsp 215.881-PR, Rel. originário Min. Franciulli Netto, Rel. para acórdão Min. Nilson Naves, julgado em 18/4/2001.)

Na sua argumentação, o Ministro Nilson Naves fundamentou seu entendimento²⁵ com base na seguinte situação : um recorrente ingressa com o especial, alegando violação de uma dada lei federal, se o STJ verificar que é inconstitucional a lei abordada no recurso não pode desconsiderar tal situação, pois o recorrido seria fortemente prejudicado com a circunstância de que não pode recorrer contra o acórdão da segunda instância, uma vez que se sagrou vencedor e não teria interesse recursal, bem como teria êxito no STF se ingressasse com recurso extraordinário contra o acórdão do STJ, que proclamou a inconstitucionalidade, pelo óbice do prequestionamento. Por isso, o recorrido teria interesse de o STJ apreciar a questão constitucional no plano do recurso especial.

Trata-se de exceção, uma vez que, há que observar, que a Corte Especial, nesse precedente firmou, por maioria, o entendimento de que o STJ “não dispõe do contencioso constitucional” quando julga recurso especial, salvo em restritas hipóteses.

Na mesma direção, o eminente Ministro José Augusto Delgado conclui, no artigo “O Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade da Lei Tributária no Âmbito do Recurso Especial”, com base na análise de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a arguição de inconstitucionalidade no âmbito do recurso especial, que 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. A arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, entretanto, só é acolhida, também na sua avaliação, quando for possível apreciá-la em favor da parte recorrida. Uma última conclusão é que 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

²⁵ Zavascki (2012, p. 20) descreve de forma clara uma possível situação de incidente de inconstitucionalidade em favor do recorrido: “Imagine-se a hipótese de demanda visando a anular determinado lançamento tributário e invocando, para tanto, dois fundamentos: um de natureza infraconstitucional, de que a norma adotada pelo fisco foi mal interpretada ou mal aplicada à situação concreta ; e outro de natureza constitucional : além de inaplicável ao caso, a norma é inconstitucional. É bem possível que o Tribunal de apelação julgue inteiramente procedente e pedido apenas pelo primeiro fundamento: afirma a constitucionalidade da norma, mas nega que dela decorra a exação tributária exigida. Frente a tal julgado, pode o fisco apresentar ao STJ, com fundamento em violação da lei federal. Quanto ao contribuinte, não lhe será permitido apresentar recursos algum (nem extraordinário, nem adesivo), já que , por ter vencido a causa, carece de interesse jurídico em recorrer. Poderá apenas, em caso tal, remeter o julgamento da questão ao tribunal de origem , que já se pronunciou a respeito. Nem cabe renovar, em contrarrazões (que é faculdade e não ônus processual do recorrido). Cumpre ao STJ, nessas circunstâncias, o dever indeclinável de “julgar a causa, aplicando o direito à espécie. Alarga-se, portanto, o âmbito horizontal de devolutividade dos recursos especial, para abranger todas as questões jurídicas submetidas à cognição de acórdão recorrido. Aplica-se, aqui analogicamente, por inafastável imposição de sistema, o dispositivo no § 2 , do art. 515 do CPC. “Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá o tribunal o conhecimento dos demais”.

sido discutida e julgada nas instâncias ordinárias, tese defendida pelo Ministro Adhemar Maciel, quando Ministro do STJ, ao relatar o REsp 144.777 (DELGADO, 2007).

Domingos Franciulli Neto (2001), por seu turno, diverge desse entendimento ao abraçar a possibilidade ampla da prejudicial de arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, advertindo que a arguição de inconstitucionalidade tem por escopo não proteger o mero interesse das partes, mas sim o interesse maior do ordenamento jurídico. Na avaliação do ilustre Ministro, entender pelo cabimento de arguição de inconstitucionalidade apenas quando beneficiar o recorrido, permitiria aplicação consciente de normas inválidas, desatendendo a preceito de ordem pública e, se o caso, prejudicar direito do recorrente. Além disso, provocaria a inversão do julgamento, exigindo primeiro a apreciação do mérito, a fim de saber se a inconstitucionalidade beneficiaria o recorrido, para depois voltar ao incidente. Ainda violaria o princípio de isonomia, pois não há norma, nem constitucional nem infraconstitucional, que estabeleça tal distinção (FRANCIULLI NETO, 2001).

A jurisprudência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça registra precedentes mais recentes em que essa instância tem exercido o controle de constitucionalidade da Lei Federal em julgamento de recurso especial. Do acórdão exarado na Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 616.348/MG, que discute de inconstitucionalidade formal do artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social, merece destaque o voto do Ministro Pádua Ribeiro, que sinaliza para uma mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao controle de constitucionalidade na instância recursal especial:

Sr. Ministro Relator, alega-se, no recurso especial, ofensa ao dispositivo da Lei federal . A Turma julgará e verificará se o texto não for inconstitucional ocorrerá ofensa. Será, então, caso de conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Mas, se o texto for inconstitucional, evidentemente, o recurso será desprovido. Não é verdade? Por isso, há esta dificuldade :como deixar de examinar a questão constitucional? Ao julgar o recurso especial, pelo mérito, pode-se, até mesmo, dele conhecer para proclamar a nulidade de ofício. Isso vale para matéria constitucional. É da nossa competência, de todo Tribunal do País declarar a inconstitucionalidade por maioria absoluta dos votos. Declarar a inconstitucionalidade significa declarar a nulidade da lei. Não tem sentido declarar a inconstitucionalidade se for a favor do recorrido, e não do recorrente. Isso é difícil de se aceitar. Se há uma viabilidade à inconstitucionalidade e ela é suscitada quando do julgamento da Turma, penso que pode beneficiar uma ou outra parte. Não me parece lógico que a declaração de nulidade da lei fique jungida apenas ao recorrente ou recorrido . Este é o posicionamento: arguida a inconstitucionalidade, ela

há de ser examinada aqui pela Corte Especial, sem essa preocupação se a declaração, uma vez proclamada, beneficiará ao recorrente ou ao recorrido. Rejeito a preliminar”.

Nesse aspecto, o Ministro Teori Zavascki, em seus pronunciamentos judiciais e em sede doutrinária, tem explorado incisivamente a complexidade da questão e as exigências contrapostas das partes e do sistema recursal brasileiro:

em nosso sistema processual, os recursos extraordinários (o especial para o STJ e o extraordinário para o STF) não são recursos de pura cassação, assim considerados os que, quando providos, devolvem o julgamento da causa à instância de origem. Trata-se, sim, de recursos de revisão, a significar que o próprio órgão competente para o seu julgamento promoverá, quando for o caso, o julgamento da causa. (ZAVASCKI, 2012, p.18)

É o que se depreende do texto constitucional, no âmbito do artigo 102, inciso III, e do artigo 105, inciso III, bem como o verbete 456 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que prevê no artigo 257, que “no julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

Com base nesses dispositivos, parte-se do pressuposto de que, sendo conhecido o recurso extraordinário ou especial, os Tribunais de Superposição deverão necessariamente apreciar, de ofício, as matérias não disponíveis e de ordem pública constantes do ordenamento jurídico. Nessa linha de princípio, já expressam os Enunciados 52826 e 29227 da Súmula STF que a admissão do recurso excepcional por um fundamento ou parte autônoma da decisão recorrida enseja necessariamente o exame pelos demais fundamentos ou quanto aos demais capítulos do acórdão combatido. Por essa linha, estando comprovado o enfrentamento explícito de um dos dispositivos legais violados, nada impede que o Superior Tribunal de

26 BRASIL, STF, Súmula 528: “Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.”

27 BRASIL, STF, Súmula 292: “Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no Art. 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros”.

Justiça e o Supremo Tribunal Federal, órgãos responsáveis pela preservação da ordem legal e constitucional, apreciem as demais violações.

Zavascki (2012, p. 18-19), com base nessa perspectiva, discute o conceito diferenciado que o verbo conhecer assume no âmbito dos recursos excepcionais: “conhecer não significa, ali, apenas superar positivamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade”, mas agregar também “uma importante parcela de exame do próprio mérito recursal: a que diz respeito à existência ou não da violação à norma constitucional ou à norma federal”.

Com efeito, Zavascki (2012, p. 18) segrega o juízo de admissibilidade do exame de violação, pelo acórdão recorrido, da norma federal constitucional invocada pelo recorrente e as demais matérias ventiladas na demanda:

admitida a sua natureza revisional, o julgamento do recurso especial e do extraordinário comporta, a rigor, três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da que lhe antecede: (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante à dos recursos ordinários; (b) a do juízo sobre a alegação de ofensa a direito constitucional ou a direito federal (que na terminologia da Súmula 456/STF compunha, conforme já registrado, o juízo de conhecimento); e, finalmente, se for o caso, (c) a da complementação do julgamento da causa. É técnica semelhante à do julgamento de ações rescisórias, nas quais também há, além do juízo sobre (a) pressupostos e condições da ação, (b) o juízo de rescisão propriamente dito e (c) o novo julgamento da causa, se for o caso (CPC, art. 494).

O julgamento da causa, que o Ministro Teori Zavascki menciona, portanto, funda-se, conhecendo o recurso excepcional, justamente na apreciação de outros fundamentos, invocados pelas partes, que não integraram o objeto do recurso, mas que, se conhecido esse recurso, passam a constituir matéria de apreciação, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional. Além do mais, no caso do STJ, insista-se que, ao julgar a causa, depois de reconhecer que o acórdão recorrido contrariou a lei federal, não está obrigado a aplicar a lei questionada, na circunstância de ela não incidir na situação objeto do recurso. Aplicar o direito à espécie significa, em conclusão, julgar a causa com base no dispositivo legal aplicável à espécie, ou seja, aplicar a norma que será requerida para a solução da hipótese concreta, seja qual for a sua hierarquia ou a sua natureza, a exemplo do RE 298.694/SP, no qual foi aplicado fundamento constitucional diverso do alegado no recurso, conforme a ementa a seguir:

I .Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recuso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova. STF Tribunal Pleno RE 298.694/SP. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. J. 06.08.2003. DJE: 23.04.2004

Observe-se que no referido julgado restou consignado que em sendo ultrapassado o juízo de admissibilidade e verificada a ofensa a preceito constitucional, os Tribunais de Cúpula devem apreciar todos os fundamentos discutidos nas instâncias ordinárias, mesmo que não invocados no recurso excepcional, reconhecendo-se, assim, expressamente a ocorrência de efeito translativo.

Foi assim que igualmente se manifestou o eminente Ministro Zavascki em importantes julgados, quando ainda atuava no Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa da ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC (LGL\1973\5), ARTS. 267, § 3.º, E 301, § 4.º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO EMITE JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA.

1. Em virtude de sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem.

2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 (MIX\2010\2180) do STF; art. 257 do RISTJ (LGL\1989\44)).

3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, o regular processamento da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3.º, e no art. 301, § 4.º, do CPC (LGL\1973\5). Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial.

4. No caso dos autos, o acórdão recorrido não tem relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Trata da incidência de imposto de renda sobre parcela paga pela Petrobrás S.A. a título de indenização de horas trabalhadas, enquanto a demanda diz respeito ao pagamento de indenização por supressão de diversas vantagens de trabalhadores do Banco do Estado do Ceará.

5. Recurso especial conhecido para, de ofício, declarar a nulidade do acórdão que julgou a apelação.

STJ, Primeira Turma, REsp 660.519-CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2005.

Essa é a tendência de alguns julgados do STJ, que reconhece, superado o juízo de admissibilidade, que o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, conforme a ementa abaixo transcrita:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 257 DO RISTJ. CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. MITIGAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. HARMONIA ENTRE DECISÃO EMBARGADA E ACÓRDÃOS PARADIGMAS.

NÃO CONHECIMENTO. – Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal. – Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º grau de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação. A aplicação do direito à espécie também atende os ditames do art. 5º, LXXVIII, da CF, acelerando a outorga da tutela jurisdicional. – Não há como conhecer dos embargos de divergência quando a decisão embargada encontra-se em harmonia com o entendimento contido nos acórdãos alçados a paradigma. Embargos de divergência não conhecidos”.

(STJ, Segunda Seção, REsp 41.614/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 28.10.2009, DJe 30.11.2009).

Efetivamente, o efeito devolutivo amplo defendido pelos Ministros significa que, depois de reconhecer que o acórdão recorrido contrariou a lei federal, o STJ, tendo que julgar a causa, o fará à luz de todo o ordenamento jurídico, inclusive da disciplina constitucional da matéria. Aplicar o direito à espécie implica que a causa só pode ser decidida mediante a

consideração potencial de todo o ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal, fundamento de validade de todas as leis.

Não difere a orientação do Supremo Tribunal Federal, que reafirma a possibilidade do Superior Tribunal de Justiça, mesmo em sede de recurso especial, exercer o controle difuso de constitucionalidade, nos termos do julgado AG n° 217.753/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, já citado: “Ultrapassada a barreira do conhecimento do especial, o Superior Tribunal de Justiça exerce, como qualquer outro órgão investido do ofício judicante, o controle difuso”. Nesse sentido, DIDIER e CUNHA (2006, p. 201):

O juízo de rejuízo da causa é diferente do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário: para que se admita o recurso é indispensável o prequestionamento, mas, uma vez admitido, no juízo de rejuízo não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente (extensão do efeito devolutivo). Conhecido o recurso excepcional, a profundidade do seu efeito devolutivo não tem qualquer peculiaridade. Nada há de especial no julgamento de um recurso excepcional; o “excepcional” em um recurso excepcional está em seu juízo de admissibilidade, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento.

Em síntese, advoga-se que, por sem Cortes de revisão, os Tribunais Superiores pátrios, ao tomarem conhecimento da violação do direito, julgam novamente a causa, substituindo a sentença julgada irregular. Distintamente, as cortes de cassação quebram ou anulam a decisão viciada, remetendo a causa para rejuízo *ao órgão a quo*. É o que anota Barbosa Moreira (2003, p. 596):

Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à *quaestio iuris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão *a quo*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga a causa...

Esse entendimento, no entanto, não é predominante na jurisprudência e na doutrina, que reluta em admitir o efeito translativo nos recursos excepcionais, em razão, como já mencionado, de serem meios de impugnação de fundamentação vinculada, não permitindo, inclusive, o controle de questões de ordem pública não prequestionadas:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL.

DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DE REGRA TÉCNICA RELATIVA AO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DO STJ. DESNECESSIDADE DO REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO. INVIABILIDADE DE DISCUSSÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É inviável, em sede de embargos de divergência, discussão acerca da admissibilidade do recurso especial, o que ocorre nos casos de incidência do óbice da Súmula n.º 7 do STJ e da ausência de prequestionamento, entre outros.

2. "O entendimento de que é possível conhecer das questões de ordem pública de ofício, ainda que não prequestionadas ou suscitadas, na excepcional hipótese de o recurso especial ter sido conhecido por outros fundamentos, em razão do efeito translativo, foi superado em nova análise pela Corte Especial, que concluiu pela necessidade do requisito do prequestionamento na instância extraordinária." (AgRg nos EDcl no REsp 1252991/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 25/09/2012).

(STJ, Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão. AgRg no EREsp. 830.577/RJ. Julgado em 24/04/2013.)

Quanto à exigência de prequestionamento, a Ministra Eliana Calmon, em palestra intitulada Recurso Especial Interposto pela Alínea "B" face à competência do STF, destaca a hipótese em que o STJ, sem estar atrelado ao prequestionamento, vem a conhecer de ofício uma questão jurídica:

A excepcionalíssima hipótese só ocorre quando o STJ, atento ao prequestionamento, conhece do recurso especial e, conhecendo-o, depara-se com questão de ordem pública que, mesmo sem ter sido alegada, precisa ser enfrentada. É o que acontece quando há nulidade absoluta ou inconstitucionalidade de uma lei. Ora, não se pode aceitar que o STJ, à vista de uma nulidade absoluta ou de uma lei inconstitucional, esteja preso ao prequestionamento e não possa conhecer das aberrações jurídicas. Advirta-se, contudo, só é possível a correção *ex officio*, se conhecido, por outro fundamento, o especial.

A Ministra igualmente defendeu a exame da matéria de ordem pública, sem o prévio prequestionamento, no voto proferido no julgamento do Recurso Especial 569.015/RN28, conforme a seguir:

A rigidez da observância veio a ser flexibilizada por alguns acórdãos que entendem possível adentrar-se o STJ em matéria de ordem pública de ofício

28 BRASIL, STJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon. REsp 569.015/RN. Julgado em 03/11/2005

se, após ser o especial conhecido, com o prequestionamento de tese jurídica pertinente, deparam-se os julgadores com uma nulidade absoluta ou com matéria de ordem pública e que pode levar à nulidade do julgamento ou a sua rescindibilidade.

Outros arestos turmários têm afastado a exigência, permitindo “aplicar o direito à espécie” inclusive para exercer controle de constitucionalidade:

PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. EXTINÇÃO NOS TERMOS DO ART. 41, § 1º, DO ADCT. NORMA CONSTITUCIONAL APLICÁVEL AO CASO. INTERPRETAÇÃO PELO STJ. POSSIBILIDADE 1. Esta Corte não pode conhecer do recurso especial por violação de dispositivo da Constituição da República, mas nada a impede de interpretar norma constitucional que entenda aplicável ao caso para chegar à conclusão do julgado. Trata-se de aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça-RISTJ e da Súmula 456 do STF.” (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.164.552, rel. Min. Castro Meira, DJ de 15.12.2009.

Franciulli Netto (2001) também avalia que incidente prescinde de prequestionamento, segundo o pressuposto de que a defesa da constituição é tarefa indeclinável, natural e própria de todos os órgãos jurisdicionais, singulares ou coletivos, do Poder Judiciário. Para ser instaurado, conclui o Ministro, basta existir um feito a ser julgado pelo órgão fracionário.

Ustárroz e Porto (2013) também consideram irrelevante, para o julgamento da causa, que a matéria residual tenha sido ou não prequestionada no acórdão recorrido ou que tenha sido renovada em contrarrazões. Na realidade, prequestionamento é requisito de admissibilidade que cabe ao recorrente demonstrar relativamente à questão objeto do recurso. Os autores (2013, p. 268) lembram que a parte recorrida não está submetida ao requisito de prequestionamento, “até - porque, contra-arrazoar é faculdade, e não ônus processual”. Em consequência, admitindo-se o efeito devolutivo amplo dos recursos excepcionais, compete ao Tribunal examinar toda a matéria posta na demanda, mesmo sem provocação em contrarrazões.

De modo geral, por fim, abalizada doutrina entende haver efeito translativo, mesmo nos recursos excepcionais, bastando que o recurso tenha sido conhecido, conforme se observa das palavras de SOUZA (2007, p. 436-437):

Resta saber se o recurso especial produz efeito translativo. A melhor resposta parece ser afirmativa. É que, conhecido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça aplica desde logo o direito à espécie, julgando o caso concreto. É o que estabelece o artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Ora, ao julgar a causa, o Superior Tribunal de Justiça tem competência para reconhecer a ausência de algum pressuposto processual, a inexistência de alguma condição da ação e a ocorrência de nulidade absoluta, consoante o disposto nos artigos 113, 219, § 5º, 245, caput, e 267, § 3º, todos do Código de Processo Civil. Por conseguinte, ultrapassada a barreira da admissibilidade, o tribunal *ad quem* deve apreciar de ofício questões de ordem pública.

Comentando a razão para tal entendimento, Oliveira (2000, p.267, apud Lucon, 2011, p.733) arremata categoricamente, que “não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo, profira o tribunal superior decisão de mérito eivada de vício”. Dinamarco (1997, p. 183-4 apud Lucon, 2011, p. 734), em outra via, acentua que, em vista da boa administração da justiça, “a sentença *inutiliter data* deve sempre ser banida do mundo jurídico, pelas mesmas incertezas e falsas impressões que é capaz de gerar, independentemente do andamento que o processo haja tido”.

Em linhas gerais, pelo exposto acima, o julgamento da causa pelo Superior Tribunal de Justiça ou “a aplicação do direito à espécie” significa que , malgrado o recurso especial não possa ser interposto por ofensa à Constituição, nada impede que o STJ, reconhecendo a violação à lei federal, isto é, conhecendo do recurso especial, venha a declarar, no julgamento da causa, a sua inconstitucionalidade. É que o julgamento da causa não poderia ser feito sem o exame da validade da norma que o STJ houvesse de aplicar ao caso concreto. Mas do que reconhecer ao STJ o poder de realizar, como qualquer outro órgão judicante, o controle difuso de constitucionalidade, na realidade se reconhece que o STJ ao julgar a causa,, terá de aplicar a norma legal cuja incidência for reclamada pela hipótese concreta, seja qual for a sua hierarquia ou a sua natureza.

Em primeiro plano, há que se reiterar que essa orientação está assentada na segregação das etapas de julgamento dos recursos e nos pressupostos exigíveis em cada uma delas, discutida pelo Ministro Teori Zavascki. Para fins de impugnação, somente cabe recurso excepcional, dado o efeito devolutivo restrito, se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Entretanto, quando se trata do exame do mérito ou melhor da violação do direito federal, etapa sujeita ao efeito translativo ou efeito devolutivo

em profundidade, poderá o tribunal, uma vez conhecido o recurso, examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive as questões de ordem pública. (DIDIER JR; CUNHA, 2009) .

Essas ponderações não legitimam apenas o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício, do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, mas enfrentar e decidir todas as questões necessárias à solução do ponto controvertido. Acena nesse sentido recente decisão do STJ:

De fato, o que se veda é o conhecimento do recurso especial com base em alegação de ofensa a dispositivo constitucional, não sendo defeso ao STJ - aliás, é bastante aconselhável - que, admitido o recurso, aplique o direito à espécie, buscando na própria Constituição Federal o fundamento para acolher ou rejeitar a violação do direito infraconstitucional invocado ou para conferir à lei a interpretação que melhor se ajusta ao texto constitucional.”

(STJ, Quarta Turma, REsp 1.334.097, rel. Min. Luís Félpe Salomão, DJ de 10.9.2013)

Não cabe, porém, àquela alta Corte rever decisão, em sede de recurso especial, do Tribunal *a quo* referente às questões constitucionais suscitadas na instância ordinária. Assim já julgou o Supremo Tribunal Federal:

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 extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa.”

(AI 145589 AgR, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 02/09/1993, DJ 24-06-1994)

Em outras palavras, Dinamarco (2003, p. 929) enfatiza que “dar provimento ao recurso especial com fundamento na Constituição Federal constitui invasão da esfera reservada ao recurso extraordinário e à competência do Supremo Tribunal Federal.” Por derradeiro, Barroso destaca (2010) ser somente cabível a análise de questões de envergadura

constitucional no recurso especial quando aquelas tenham nascedouro após o julgamento pelo tribunal de origem, tendo em vista que o dito recurso se restringe às questões infraconstitucionais.

Não há como alegar, no entanto, invasão da competência do Supremo o controle incidental de constitucionalidade exercido pelo STJ, visto inclusive o modelo adotado na Justiça Eleitoral e do Trabalho. De forma diversa do Superior Tribunal de Justiça, no respectivo espectro de direito infraconstitucional especializado – direito do trabalho e direito eleitoral -, cabem aos Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho, exercendo competência recursal, conhecer não apenas as questões legais, mas também as constitucionais.

Para o Tribunal Superior Eleitoral, a Constituição Federal estabelece no art. 121, § 4º, inciso I, que caberá recurso para esta Corte Especializada contra decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais que forem proferidas contra disposição expressa da Constituição e da lei. Na espécie recursal eleitoral, diferentemente do que ocorre com o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, o constituinte, no entanto, foi expresso em atribuir ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para decidir sobre matéria constitucional na instância recursal especial no âmbito eleitoral.

Igualmente, o recurso especial de revista do processo do trabalho, a ser julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, é atinente por ofensa à Constituição, conforme o artigo 896, alínea "c" e § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho. Já o Superior Tribunal Militar, embora contando com qualificação de superior, não atua na via excepcional, mas como corte de cassação.

Enfim, sucintamente, então, há que se distinguir duas espécies de situação. Uma primeira em que um mesmo litigante é vencido tanto em relação ao fundamento constitucional quanto infraconstitucional e outra em que, rejeitado o argumento ligado à Constituição, é acolhido o argumento infraconstitucional. Na primeira hipótese, havendo fundamentos autônomos e suficientes, por si só, para manter a conclusão da decisão, a parte vencida, como já falado, deverá interpor, tanto o recurso extraordinário quanto o recursos especial, sob pena, inclusive , de inadmissibilidade dos recursos excepcionais, nos termos do Enunciado 283, Súmula STF e Verbete 126 Súmula STJ . Nesse caso, precedentes do Supremo Tribunal

Federal e do Superior Tribunal de Justiça avaliam não ser possível o controle de constitucionalidade em sede de recurso especial.

Na segunda hipótese, como a parte teve a sua pretensão acolhida ainda que com base apenas no argumento de índole infraconstitucional, não há sucumbência a legitimar a interposição de recurso. Entretanto, em eventual recurso especial interposto pela outra parte, poderá reiterar a questão constitucional nas contrarrazões, uma vez que na posição de recorrido teria interesse de recorrer em relação ao fundamento de índole constitucional. Nesse caso ou se admite o controle de constitucionalidade pelo STJ, que já poderia ter conhecido de ofício ou se admite a interposição do recurso extraordinário. Reconhecida a inconstitucionalidade nesta sede, caberá recurso extraordinário.

Por último, merece registro que o novo Código de Processo Civil traz a previsão de aplicar o direito à espécie no julgamento dos recursos excepcionais, consubstanciada no artigo 1.034: “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.” A avaliação é que a previsão do novo CPC evidencia uma opção legislativa em favor de um amplo efeito devolutivo conferido ao especial e ao extraordinário, inclusive compreendendo o exame incidental de constitucionalidade pelo STJ.

IV. A ATUAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL DIANTE DA EXIGÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Com a instituição do requisito da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário, acrescenta-se ainda à celeuma a compatibilização do conhecimento do recurso especial com a eventual ausência de repercussão geral da questão constitucional, nos casos em que a decisão recorrida possui duplo fundamento - constitucional e comum -, sendo, por isso, obrigatória a interposição simultânea.

Com o acréscimo do § 3º ao artigo 102, inciso III, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, além das hipóteses de cabimento previstas, ao recorrente foi exigido demonstrar a repercussão geral do recurso extraordinário para que seja instaurada a jurisdição pelo Supremo Tribunal, conforme a seguir :

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

No plano infraconstitucional, o instituto foi regulamentado pela Lei nº 11.418/06, que acrescentou o artigo 543-A ao Código de Processo Civil, considerando como repercussão geral a causa em que existem questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, conforme as regras a seguir.

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Dantas (2002) acentua que constituinte derivado estabeleceu que as pretensões hábeis a justificar a intervenção do STF são as que ultrapassam a mera conveniência das partes processuais e alcança, ainda que indiretamente, um número de indivíduos que, de tão grande, merece ser traduzido pelo adjetivo geral.

Pelo disposto no artigo 543-A, a exigência de demonstração da repercussão geral coube ao recorrente em preliminar formal de recurso, sendo esta apreciação competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Previu-se, por outro lado, que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo. Posteriormente, por força da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007, foi também modificado o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, adaptando-o ao novo instituto.

Reconhecida a repercussão geral, o STF pode devolver os recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre o mesmo tema e as instâncias de origem devem sobrestar os processos até o julgamento de mérito do processo a que se reconheceu a existência de repercussão. Julgado o mérito, os tribunais de origem e as turmas recursais ficam autorizados a adotar os procedimentos do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, que estabelece a apreciação dos recursos sobrestados pelos tribunais e turmas recursais, que poderão declará-los prejudicados, quando a decisão do Supremo for compatível com o acórdão recorrido, ou proceder à retratação, quando houver dissonância entre o acórdão recorrido e a decisão do STF. A repercussão geral do recurso extraordinário funciona, assim, como mecanismo de concentração do controle de constitucionalidade.

Em síntese, o propósito foi estabelecer um filtro para que apenas questões cuja importância transcenda os aspectos subjetivos da causa em função da qual recurso foi interposto chegasse ao Supremo, tendo em vista reestabelecer sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo. Em outras palavras, não conheça mais de matérias estritamente individuais, trazendo ao recurso extraordinário uma análise em abstrato do caso, mitigando a separação existente entre o controle concreto e abstrato de constitucionalidade.

Malgrado seja possível notar, com base em consulta no sítio do Supremo Tribunal Federal, que o novo requisito de admissibilidade provocou redução do volume de recursos distribuídos, é possível igualmente inferir que, dada essa nova exigência, que diversas violações aos dispositivos constitucionais deixaram de ser analisadas pelo Supremo. Caso seja

negativa a apreciação pela Corte Suprema, todos os recursos extraordinários e respectivos agravos de instrumento que versam sobre tema idêntico são automaticamente não admitidos, conforme dispõe o art. 543-B, § 2º, do CPC.

Em outra via, pode-se ponderar que, a partir da introdução desse pressuposto, o sistema, como ressalva Mariotti (2013), passa a tolerar violações à Constituição, perpetradas pelas instâncias inferiores, desde que tais violações não assumam significativa transcendência da órbita individual das partes. Nessa sequência, registra ainda Mariotti (2013, p. 158) que “a competência de dizer a última palavra sobre a interpretação e aplicação do texto constitucional, até então exclusiva de STF, deixa de sê-lo, pois nos temas sem repercussão os juízos regionais terão liberdade interpretativa.”

Não é o Supremo Tribunal Federal, portanto, quem deve decidir os casos, em última instância, essa atribuição passa para outros juízos. Em consequência, a uniformização de jurisprudência deve ocorrer no âmbito dos tribunais superiores, isto é, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar.

Na hipótese de o Supremo negar repercussão geral à matéria constitucional diante da não transcendência aos interesses subjetivos da causa ou da ausência de relevância social, jurídica, econômica ou política, faz-se necessário, portanto, o fortalecimento da jurisdição constitucional exercida pelos outros juízos, sob o risco da tutela de violações às normas constitucionais, com a instituição da repercussão geral ficar comprometida.

Oliveira (2014) chama atenção para a amplitude e diversidade das normas com *status* constitucional e acentua que a violação dessas normas “nem sempre representa tema de importância social ou que extrapole os limites subjetivos da ação, tornado inviável a tutela constitucional através do Recurso Extraordinário”. Essa configuração, de acordo com o autor, torna o ordenamento jurídico infraconstitucional objeto de maior tutela que o próprio ordenamento jurídico constitucional, o qual deveria figurar no ápice de proteção pelos órgãos jurisdicionais. Com efeito, não é incomum a colisão entre dois direitos fundamentais previstos na constituição federal de forma expressa deixar de ser apreciada pelo Supremo por ausência de repercussão geral, cabendo às instâncias ordinárias decidir, em última instância, o referido conflito (OLIVEIRA, 2014). Tendo em consideração o exercício do controle de constitucionalidade é facultado a todos os órgãos do Judiciário, compete ao STJ um maior

protagonismo, em particular quanto questões constitucionais para as quais o Supremo rejeitou repercussão.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, ainda está tímido em relação à atribuição de apreciar de questões constitucionais em última instância, a exemplo do Recurso Especial 1.189.040/29, relatado pelo Ministro Hamilton Carvalhido. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do recurso especial, com fundamento de que a discussão é constitucional, mesmo após a rejeição de repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal, veiculada por meio Recurso Extraordinário 584.737/30. Neste processo, discutiu-se a legislação aplicável para reger a pensão decorrente de morte de servidor que, apesar de contratado pelo regime da consolidação das Leis do Trabalho, faleceu após o advento da Lei 8.112/90. Em casos como esse, fica a incerteza sobre quem decidirá a questão, já que o STF rejeitou a repercussão geral do tema e o STJ não conheceu do recurso especial porque o tema contestado é constitucional.

Outras situações merecem destaque, como a constitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que tratam da ordem de sucessão do companheiro ou da companheira, relativamente aos bens adquiridos na vigência da união estável. O STF, de início, tinha sua jurisprudência inclinada para o não conhecimento de recursos extraordinários que abordassem a inconstitucionalidade do art. 1790, do CC/02, pois havia fixado o entendimento de que a questão passava pelo indiscutível cotejo de normas infraconstitucionais, em particular, às pertinentes ao regime de bens do casamento e da união estável. No STJ, por seu turno, a matéria foi rejeitada pela Corte Especial na Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 1.135.354/PB, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, sob o fundamento de que faleceria ao Tribunal Superior competência para discutir tese constitucional estranha à sua competência uniformizadora, nos seguintes termos: “O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido (AI no REsp 1.135.354/PB, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 03/10/2012, DJe 28/02/2013).

29 BRASIL, STJ, 1ª Seção, Recurso Especial 1.189.040, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 2.6.2010.^a

30 BRASIL, STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário 584.737, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 2.10.2010

O relator do incidente, ministro Luis Felipe Salomão, quanto à preliminar de conhecimento, votou pela possibilidade de o STJ apreciar, em controle difuso, a constitucionalidade de lei que lhe é submetida para aplicação, de forma ampla, como tem sinalizado o STF. “No caso, a constitucionalidade ou não de um dos dispositivos legais utilizados como razão de decidir é incidental e fundamental para se aplicar ou não outro artigo de lei à hipótese em julgamento”, afirmou o ilustre Ministro. Quanto ao mérito, o Ministro Salomão votou pela inconstitucionalidade dos incisos do artigo 1.790 do CC/2002, para que, na ausência de ascendentes e descendentes do falecido, o companheiro sobrevivente receba a totalidade da herança.

Mais recentemente, a constitucionalidade de incisos do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 está sendo novamente debatida na Corte Especial, em incidentes suscitados nos Recursos Especiais 1.291.636/DF e 1.318.249/GO. Como há um processo³¹ no Supremo sobre essa matéria em que foi reconhecida repercussão geral, a avaliação de outros pares foi de que deveria ser suspenso o julgamento, sob o risco da Corte Especial tomar uma decisão num sentido e o Supremo decidir em outro e a existência de dispositivo expresso que suscita a prejudicialidade da causa. O Ministro Salomão, por sua vez, elencou dois pontos sobre a divergência aberta. O primeiro seria o fato de que o Supremo sempre será soberano para decidir e, portanto, corre-se o risco constante do STJ decidir algo que depois será modificado. Em segundo lugar, afirmou: “atualmente, os juízes estão decidindo a constitucionalidade ou inconstitucionalidade incidental sem pronunciamento do STJ. E nós mesmos temos vários processos parados pois não temos segurança para fazê-los.”

Diante desse quadro de incertezas do sistema jurisdicional de constitucionalidade com o advento da repercussão geral, o Superior Tribunal de Justiça tem chamado para si a tarefa de analisar as questões constitucionais. Nesta direção, o Superior Tribunal de Justiça julgou um caso emblemático, datado de 28 de maio de 2013, o já citado REsp 1.335.153/RJ, cuja relatoria é também do Ministro Luis Felipe Salomão. Nesse recurso, que trata do direito das partes de serem esquecidas pela imprensa de delitos cometidos anteriormente, foi discutida a questão da atuação do Superior Tribunal de Justiça em matéria constitucional, justamente

31 DIREITO DAS SUCESSÕES RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL.1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiros direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código.2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.3. Repercussão geral reconhecida. (STF, Plenário, RE 878694 RG / MG, j.16.4.2005)

porque para que se chegasse ao resultado “direito ao esquecimento” seria necessária uma filtragem constitucional do direito à imagem, à luz do princípio da dignidade humana, que não constitui matéria infraconstitucional.

O eminente relator ressalta, no seu voto, que “o conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação, ora materializada na liberdade de imprensa, e atributos individuais da pessoa humana – como intimidade, privacidade e honra – possui estatura constitucional”. O eminente relator justifica que, em se tratando de alegação de dano moral e a liberdade de imprensa, há diversos precedentes afirmando que a celeuma instalada resolve-se pela via do recurso extraordinário, ora negando o especial interposto, ora exigindo a interposição de recurso extraordinário simultâneo, por força do Enunciado 126 da Súmula STJ. Em contrapartida, quando a controvérsia chega ao Supremo Tribunal Federal, não se conhece dos recursos extraordinários interpostos, quase sempre por se entender que a celeuma instalou-se no âmbito infraconstitucional e a violação à Constituição Federal, se existente, seria reflexa. Acrescenta ainda que o mesmo ocorre quando a controvérsia envolve direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito, institutos regulados pela Constituição Federal e pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Na sequência, o ilustre Ministro cita o julgado no EREsp 547653 relatado pelo Ministro Teori Zavascki no qual é discutido que a pluralidade de fontes normativas resulta a significativa presença de matérias juridicamente miscigenadas, a ensejar que as decisões judiciais invoquem, simultaneamente, normas primárias superiores, quanto normas secundárias e derivadas, tornando problemática a definição do recurso extravagante cabível. A título de conclusão, assevera que:

Nesse passo, a partir dessa reflexão, penso que a jurisprudência do STJ deve ser atualizada e harmonizada, principalmente porque:

a) Com a Emenda Constitucional n. 45, o cenário tornou-se objetivamente diverso daquele que antes circunscrevia a interposição de recursos especial e extraordinário, pois, se anteriormente todos os fundamentos constitucionais que serviram aos acórdãos eram impugnáveis – e devia ser, nos termos da Súmula n. 126/STJ – mediante Recurso Extraordinário, agora, somente as questões que, efetivamente ostentarem Repercussão Geral (art. 102§3 da Constituição Federal) é que podem ascender à Suprema Corte (Art. 543-A §1 do CPC

b) No atual momento de desenvolvimento do direito é inconcebível a análise encapsulada dos litígios, de forma estanque, como se o direito civil, penal ou processual pudessem ser encaixotados de modo a não sofrer ingerências do direito constitucional.

Esta Turma já afirmou, no julgamento do REsp n. 1.183.378/RS, que, depois da publicização do direito privado, vive-se a chamada constitucionalização do direito civil, momento em que o foco

transmudou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, de modo que os princípios constitucionais alusivos aos institutos típicos de direito privado (como família e propriedade) passaram a condicionar a interpretação da legislação infraconstitucional (...)

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior (...)

Neste sentido, já decidiu o STF não haver usurpação, pelo STJ, no julgamento de demanda com “causa de pedir fundada em princípios constitucionais genéricos, que encontram sua concreta realização nas normas infraconstitucionais” (...)

Na mesma direção, afirmou-se na Suprema Corte que “o Superior Tribunal de Justiça, ao negar seguimento ao recurso especial com fundamento constitucional, exerce o chamado controle difuso de constitucionalidade, que é possibilitado a todos os órgãos judiciais indistintamente”.

Em seu voto, o relator entendeu que, ainda que seja vedado o conhecimento de recurso especial com base em exclusiva ofensa a dispositivo constitucional, cabendo ao STJ aplicar o direito à espécie, implica buscar, em todo ordenamento jurídico e na própria constituição, fundamento para acolher ou rejeitar a violação do direito infraconstitucional invocado ou para conferir à lei a interpretação que melhor se ajusta ao texto constitucional. Adverte que é cada vez mais difícil abandonar os demais ramos do direito do direito constitucional. Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça não admite a possibilidade do recorrente apontar como causa de pedir recursal apenas a violação à constituição, sendo necessária a indicação de violação às normas federais infraconstitucionais. Mas admitido o recurso, o STJ tem o poder-dever de aplicar o direito à espécie, concretizando as normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes.

A conclusão final do Ministro Luís Felipe Salomão, nesse caso concreto, à luz dos direitos constitucionais, foi no sentido de que não haveria dever de indenizar, já que o cerne do programa foi o crime em si, e não a vítima ou sua imagem.

Na mesma linha de orientação do julgado anterior, verifica-se uma mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no que diz a controvérsia acerca da teoria de ofensa direta à Constituição, já discutida em capítulo anterior, conforme a seguir:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL SOB ALEGAÇÃO DE OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO E ATO JURÍDICO PERFEITO.

Cabe recurso especial - e não recurso extraordinário - para examinar se ofende o art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) a interpretação feita pelo acórdão recorrido dos conceitos legais de direito adquirido e de ato jurídico perfeito a qual ensejou a aplicação de lei nova a situação jurídica já constituída quando de sua edição. Embora o tema não seja pacífico, não se desconhece que há acórdãos do STJ segundo os quais, havendo dispositivo constitucional com o mesmo conteúdo da regra legal cuja violação se alega - como é o caso do direito adquirido e do ato jurídico perfeito -, a questão é constitucional, não suscetível de apreciação na via do recurso especial. Todavia, a jurisprudência do STF orienta-se no sentido de que não cabe recurso extraordinário por ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da coisa julgada, do direito adquirido, entre outros, se, para apreciá-la, for necessária a interpretação de legislação ordinária (AgRg no AG 135.632-RS, Primeira Turma, DJ 3/9/1999). Os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada são dados por lei ordinária (art. 6º da LINDB), sem aptidão, portanto, para inibir o legislador infraconstitucional. Assim, se a lei ordinária contiver regra de cujo texto se extraia ordem de retroatividade, em prejuízo de situação jurídica anteriormente constituída, a ofensa será direta ao art. 5º, XXXVI, da CF, passível de exame em recurso extraordinário. Diversamente, caso se cuide de decidir acerca da aplicação da lei nova a determinada relação jurídica existente quando de sua edição, a questão será infraconstitucional, impugnável mediante recurso especial. (STJ, Quarta Turma, REsp 1.124.859-MG, rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 26/11/2014, DJe 27/2/2015).

Por fim, é preciso indagar os desdobramentos da introdução do requisito da repercussão geral no recurso extraordinário em relação à exigência do Verbete 126 da Súmula STJ. Como já discutido em diversas passagens neste trabalho, os recursos excepcionais devem ser interpostos simultaneamente, se o acórdão estiver assentado em fundamentos autônomos, suficientes por si mesmos à sua manutenção, sendo um de natureza constitucional e outra infraconstitucional, sob pena de não ser admitido, por falta de interesse em recorrer aquele que for interposto sozinho. O pano de fundo, na formulação cumulativa de recurso extraordinário e recurso especial, consiste justamente na configuração do interesse em recorrer. Sendo assim, se nas hipóteses abarcadas pelo Enunciado 126 da Súmula STJ não for preenchida o requisito da repercussão geral, em princípio, caberia inadmitir o recurso especial, por ausência de interesse (MANCUSO, 2007).

A doutrina tem alertado sobre a inutilidade do pronunciamento do STJ sobre o recurso especial, em caso em que o recurso extraordinário não tenha sido conhecido em razão da ausência de repercussão geral. Nesse caso, nas hipóteses abarcadas pelo verbete 126 Súmula/STF, caberia, em princípio, inadmitir o recurso especial, por ausência de interesse.

A consequência, assim, a priori, da não admissão do recurso especial quando o acórdão contiver fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, mas não preencher o requisito da repercussão geral, é o não controle por recurso especial de violação à norma infraconstitucional. Wambier (2008, p. 313) ressalta a situação paradoxal, uma vez que “o recurso especial interposto não será conhecido (embora inexistir, como requisito deste recurso, necessidade de demonstração de repercussão geral da questão federal infraconstitucional) porque a questão *constitucional* não tem repercussão geral.”. Neste contexto, autora propõe uma alternativa para o problema:

Segundo pensamos, nas situações ora examinadas, a solução mais adequada consistiria em o STJ, no julgamento do recurso especial, após julgar o recurso sob o prisma da violação da lei federal, prosseguir no julgamento da causa, examinando também a alegação de violação à norma constitucional. Neste caso, rejeitado o recurso, no que tange ao fundamento federal infraconstitucional, desnecessário seria o prosseguimento do julgamento, no que diz respeito à questão constitucional. (WAMBIER, 2008, p. 313)

Parte da doutrina, entretanto, diante dessa circunstância, entende que deveria ser dispensada a interposição do recurso extraordinário (RECENA COSTA, 2011). Haveria, então, uma ampliação de competência do Superior Tribunal de Justiça, que examinaria não apenas questões federais infraconstitucionais, mas, também, questões constitucionais. O autor argumenta que :

A conclusão corrobora, em alguma medida, com a premissa que a bipartição dos recursos excepcionais é artificial e que melhor teria sido evitá-la. Ao Superior Tribunal de Justiça, de qualquer maneira, cabe interpretar o ordenamento infraconstitucional de acordo com a Constituição da República. No entanto, falta o passo decisivo de reservar ao Supremo Tribunal Federal apenas uma competência subsidiária em relação aos julgados de todos os tribunais Superiores, inclusive o do Superior Tribunal de Justiça (RECENA COSTA, 2011, p. 239)

Não são recentes esse tipo de entendimento. O Ministro Marco Aurélio (2000), em sede doutrinária, já defendeu que :

Tudo recomenda o restabelecimento do princípio da unirecorribilidade ou unicidade recursal, igualizando-se, em se tratando de competência, os Tribunais Superiores - Eleitoral, do Trabalho e de Justiça, já que o Superior Tribunal Militar, embora contando com tal qualificação - a de superior -, não atua na via excepcional, mas como corte de cassação. Frise-se, por oportuno,

que o Superior Tribunal de Justiça, como qualquer outro órgão investido do ofício judicante, até o da mais longínqua comarca, age no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Daí a necessidade de inserir-se na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal o cabimento do recurso especial levando em conta, também, a contrariedade a dispositivo da Constituição Federal.

Em outra oportunidade, no julgamento do RE 194.382-SP, o Ministro Marco Aurélio, no mesmo sentido, asseverou que:

O grande mal é não estar previsto na alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição o cabimento do especial, como ocorre em relação ao recurso de revista, ou no tocante ao recurso especial para o Tribunal Superior Eleitoral, por violência à Constituição Federal.

Estamos de pleno acordo. A possibilidade – e a eventual necessidade – da interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial sempre nos pareceu uma fonte de problemas incomparavelmente maiores que os benefícios que dela se poderiam esperar.

De lege lata, porém, entendemos que o grande mal está em considerar que o STJ, no exercício de sua competência recursal extraordinária, não pode ir além da questão federal veiculada no REsp, quando a Constituição Federal é expressa ao dizer que lhe cabe julgar as causas decididas; o grande mal está em aplicar à competência recursal extraordinária do STJ as limitações do instrumento que proporciona o seu exercício; está em não compreender que o constituinte, ao mesmo tempo que restringiu a matéria passível de ser alegada pelas partes no recurso especial, atribuiu ao STJ a mesma competência dada ao Supremo para julgar as causas decididas, o que órgão nenhum do Judiciário pode fazer sem a consideração potencial de todo ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal.

O Ministro Carlos Velloso igualmente defende a sucessividade da interposição dos recursos extraordinário em relação ao recurso especial e não simultaneidade.

Por todo o exposto, pode-se admitir que, embora o recurso especial não possa ser interposto por ofensa à Constituição, nada impede que o STJ, reconhecendo a violação à lei federal, venha a declarar, no julgamento da causa, a sua inconstitucionalidade. É oportuno a alternativa proposta por Nagib (2010) acerca das incongruências que ocorrem na simultaneidade de recursos especial e extraordinário, dada o entendimento prevalecente do STF da incidência do artigo 512 do CPC :

Todas essas dificuldades desapareceriam a partir do momento em que o STJ, conhecendo do REsp, julgasse a causa à luz de todo o ordenamento jurídico. Partindo-se da concepção de que a competência recursal extraordinária do

Supremo e do STJ compreende, não só o julgamento da questão, mas também o julgamento da causa, conclui-se facilmente que a decisão recorrida, no exemplo formulado, seria necessariamente substituída pela decisão que primeiro viesse a julgar a causa. Se essa decisão for proferida pelo STF, nada mais haverá a ser feito (quanto à matéria decidida); se o for pelo STJ com fundamento em norma constitucional, poderá ser cabível novo recurso extraordinário.

Na esteira da posição acima mencionada, importante precedente é o Agravo Regimental na Reclamação n. 6.882-MG ao qual se nega provimento:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO-PRÊMIO DE IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS AUTOS DO RECURSO ESPECIAL N. 1.039.822. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça pode exercer o controle difuso de constitucionalidade para, cotejando o art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com as demais normas infraconstitucionais supostamente aplicáveis à espécie vertente, decidir pela inconstitucionalidade daquelas que indevidamente beneficiariam a ora Agravante. **2.** O reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 577.302 não significa que o Superior Tribunal de Justiça está impedido de julgar, observando os limites de sua competência, o recurso especial interposto simultaneamente ao recurso extraordinário. **3.** Agravo regimental ao qual se nega seguimento. Ag. Reg. na RCL N. 6.882-MG, Relatora Min. Carmem Lúcia.

Trata-se de Reclamação ajuizada pela Companhia Vale do Rio Doce S/A contra o ato do Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação que, nos autos do Recurso Especial n. 1.039.822/MG, a Corte Especial teria usurpado a competência do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a extinção do crédito-prêmio do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, com fundamento no art. 41, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No seu voto, a relatora Ministra Carmem Lúcia ponderou que:

o argumento segundo o qual o reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 577.302, que cuida do crédito-prêmio do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, tornaria “ainda mais evidente” (fl. 12) a usurpação da competência deste Supremo Tribunal Federal não pode prosperar. É que a circunstância de ter sido reconhecida, em 19.4.2008, a repercussão geral da matéria versada no Recurso Extraordinário n. 577.302 não significa que: a) este Supremo Tribunal irá reconhecer, necessariamente, o caráter constitucional da questão para fins de conhecimento de recursos extraordinários; b) o Superior Tribunal de Justiça está impedido de julgar,

observando os limites de sua competência, o recurso especial interposto simultaneamente ao recurso extraordinário contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região na Apelação em Mandado de Segurança n. 2004.38.00.002927-3; c) haverá prejuízos ao julgamento que vier a ser proferido naquele recurso extraordinário que aguarda, no Tribunal a quo, o julgamento de mérito do Recurso Extraordinário n. 577.302.

Mais recentemente, no Ag.Reg. na Reclamação 6.162-AL32, datado de 29/04/2014, que tratou da mesma matéria, o relator, Ministro Luiz Fux, seguiu o mesmo entendimento: “a questão ora sob exame já foi objeto de apreciação pelo Plenário desta Corte, que firmou orientação no sentido da inexistência de usurpação da competência deste Tribunal.”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz dos aspectos dogmáticos, este trabalho buscou discutir a jurisdição constitucional no âmbito do recurso especial e a coordenação com o recurso extraordinário, especialmente em razão da instituição da repercussão geral.

Por mais paradoxal que seja, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça é ainda marcado pela falta de estabilidade e incoerência de sua própria jurisprudência, não obstante ser essa Corte Especial, em sede recursal especial, constitucionalmente responsável por velar pela uniforme aplicação da lei federal, de forma a evitar que um mesmo dispositivo seja aplicado de modo distinto nas unidades da federação. Não se está a olvidar o seu propósito político-constitucional de assegurar a inteireza do ordenamento infraconstitucional e, com isso, contribuir para o desenvolvimento e estabilização do Direito pátrio, mas ressaltar que, inadvertidamente, constantes modificações de entendimentos jurisprudenciais ferem o princípio da segurança jurídica.

A justiça não se resolve apenas pela positivação da lei, mas especialmente pela aplicação da norma legítima de maneira correta. Assim sendo, como corolário do princípio da segurança jurídica, pressupõe-se a aplicação justa da lei e a possibilidade concreta e eficiente de fazer valer essa mesma lei em caso de litígio. Logo, a ausência de controle difuso de constitucionalidade pelo STJ em sede recursal especial face à divisão de competência com o STF faz sentido? A resposta, de início, já seria negativa pelo fato de que o controle difuso de constitucionalidade é facultado a todos órgãos do Poder Judiciário pátrio. Em seguida, em razão de que o Superior Tribunal de Justiça, apesar de ser o órgão judicial criado pela Constituição de 1988 para assumir a competência não constitucional do Supremo Tribunal Federal, não pode se furtar a subordinar as suas decisões aos ditames constitucionais, que ocupam posição hierárquica superior às demais normas do ordenamento jurídico, sem mencionar que a Constituição, hodiernamente, passou a condicionar o sentido e a própria validade de todas as normas infraconstitucionais.

No entanto, ficou demonstrado que o Superior Tribunal de Justiça, órgão judicial criado pela Constituição de 1988 para assumir a competência não constitucional do Supremo Tribunal Federal, ainda adota mecanismos e desvios para não exercer controle de

constitucionalidade, ainda que incidental, conforme previsto no artigo 97 da Constituição Federal.

Na realidade, a declaração de inconstitucionalidade, como tema principal de um recurso especial, segundo entendimento consagrado pela doutrina e jurisprudência, é considerada usurpação da competência constitucionalmente atribuída ao Supremo, se interposto paralelamente o recurso extraordinário, ou, se não interposto, a ressurreição da matéria preclusa. Não há divergência, portanto, nesse aspecto: àquela alta Corte não caber a revisão da decisão da questão constitucional do tribunal inferior.

A controvérsia, em outra via, girou sempre em torno da natureza excepcional do recurso especial, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento, constantes do artigo 105, inciso III da Constituição Federal, o que implicaria efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada no Tribunal de origem. Nessa linha de pensamento, há considerável corrente doutrinária e jurisprudencial que nega a existência do efeito translativo ao recurso especial, assim como ao extraordinário, com o argumento de que ele seria incompatível com a exigência do prequestionamento, requisito indispensável à natureza dos recursos excepcionais. Argumenta-se que esses apelos por serem de fundamentação vinculada não permitiriam o controle de questões de ordem pública não prequestionadas, só admitindo o controle objetivo da Constituição e da legislação federal que tiverem sido prequestionadas nos tribunais *a quo*, além dos juízos nos casos permitidos para o recurso extraordinário.

Pelo exposto nos capítulos anteriores, esse posicionamento não tem prosperado, tendo em consideração o artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal, quando se trata do recurso especial, e, o Enunciado 456 da Súmula STF. Como já discutido, quando se conhece o recurso, julga-se logo a causa, aplicando o direito à espécie. Em consequência, não há que se confundir o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários com o juízo de rejulgamento da causa, uma vez que os Tribunais de Superposição, STF e STJ, são cortes de revisão, rejulgam a causa, e não cortes de cassação, que se limitam a impugnar a matéria em desconformidade para depois remeterem a causa para rejulgamento em tribunal *a quo*. Ainda que os recursos excepcionais não tenha efeito devolutivo amplo, ao julgar uma causa, devem aplicar o direito, não sendo plausível estar alheio as nulidades, inclusive inconstitucionalidade, que possam inviabilizar a prestação jurisdicional, ainda que não tenham sido objeto de exame na origem e nem tenham sido suscitadas pela parte interessada. Nesse encadeamento, não se pode ignorar que o conhecimento é vinculado, mas, uma vez

admitido o recurso especial, compete ao Superior Tribunal de Justiça examinar o direito objetivo com a amplitude que o caso concreto requer. Logo, na fase de rejuízo, a exigência de que todas as matérias estejam prequestionadas não procede, o que faz com que matérias de ordem pública possam ser conhecidas de ofício, inclusive controle de constitucionalidade.

Por fim, há que se esperar as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 venha fortalecer o controle incidental de constitucionalidade no âmbito do recurso especial, vencidos os pressupostos de admissibilidade.

Os artigos 1.032 e 1.033 do NCPC irão solucionar as situações nas quais ocorre vácuo de competência. Assim, quando o relator do recurso extraordinário entender que há apenas inconstitucionalidade “reflexa”, pois a discussão está calcada na revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, poderá encaminhar o recurso ao STJ para que o aprecie como recurso especial. O novo CPC ainda prevê, no caput de seu artigo 1.034, que “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.” Por certo, a opção legislativa foi a favor de um amplo efeito devolutivo conferido ao especial e ao extraordinário, explicitando o papel dos Tribunais de Superposição como Corte de Revisão, como admitindo o enfrentamento de outras questões relevantes para o caso concreto, o que compreende o eventual exame incidental de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual de Recursos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro - exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito. Disponível em: <http://www.viddler.com/explore/DireitoIntegral/vídeos/28/>>. Acesso em: 03/06/2015.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, nº 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 03/06/2015

BONAVIDES, Paulo . **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)** Estud. av. vol.18 no.51 São Paulo May/Aug. 2004 Disponível http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttextAcesso em 05/06/2015

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CABEZAS, Mariana . Da Necessidade de Prequestionamento em Matéria de Ordem Pública do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC** n. 21 - jan./jun. 2013 - ISSN: 1678-9547 [www://http/esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/.../13/13](http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/.../13/13) Acesso em 12 agosto de 2015

CALMON, Eliana. Recurso Especial Interposto pela Alínea B, em face da Competência do STJ Palestra proferida em 3/09/2004 http://www.stj.jus.br/web/verDiscursoMin?cod_matriculamin=0001114& Acesso em 3/7/2015

COIMBRA, Andrea Leonardo. **Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial**. SA Fabris Editor, 2005.

COSTA, Guilherme Recena. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática**. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral – perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais**. São Paulo: RT. 2008.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. Disponível em: www.stj.jus.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECISÕES

JUDICIARIASESEUSREFLEXOS NA SEGURANÇA JURÍDICA.DOC. >. Acesso em 26 de ago 2015.

DIDIER JR, Freddie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade brasileiro.** In CAMARGO, Marcelo. Leituras complementares de constitucional. Salvador: Juspodvm, 2007

_____ **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** v. 1. 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2007

_____ **Curso de Direito Processual civil.** v. 3. 7. Ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais.** 8 ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reclamação no processo civil brasileiro.** Revista forense. v. 99 , 2003. .

FACHIN, Luiz Edson. **A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios.** *Revista Jurídica.* Porto Alegre: Notadez, n. 324, p.16-9, out. 2004, p.18.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, p. p. 177-194, 2010.

LIMA, Fábio Almeida. **O controle difuso de constitucionalidade no Recurso Especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça: a superação de um paradoxo sistêmico.** Revista da PGFN / Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. -- Brasília, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, 2011. v. 1, n. 2, p. 185–198, jul./dez., 2011.<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/001.pdf> Acesso em 13 setembro de 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, [1] jul.[1999] . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 26/05/2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Recurso especial: ordem pública e prequestionamento.** In : YARSHEEL, Flávio Luís; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial.** 11. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as leis 11.417, 11.418/2006, 11.672/2008 e Emenda Regimentais do STF e STF. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O Pquestionamento nos Recursos Extraordinário e Especiais**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. v. 1. 464p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional** (Série EDB). 4ª ed. São Paulo: Saraiva 2012

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria, **Unicidade recursal. Consultor Jurídico, 11 de dezembro de 2000** Disponível em http://www.conjur.com.br/2000-dez-11/MARCO_AURELIO_PROPOE_ALTERACAO_FORTALECE_STJ?IMPRIMIR. Acesso em: 20.ABR.2015

MOREIRA ALVES, Jose Carlos . **O recurso extraordinário no âmbito trabalhista, antes e depois da nova Constituição Brasileira. Processo do Trabalho (Estudos em memória de Carlos Coqueijo Torreão da Costa)**. São Paulo: Editora LTr, 1989, v. , p. 378-390.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NAVES, Nilson Vital. O Superior Tribunal e a questão constitucional. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, v. 37, p. 19-48, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. 5ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **A Nova Lei de Recursos (Lei 8.038/90)**. Revista Trimestral de Direito Público, v. 2

_____. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9 ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p.703

PARGENDLER, Ari. o Recurso Especial e o Código Tributário Nacional - **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. II, n. I, p. 1-98, Jan/JuL 1999 _ 31

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOUZA, Bernardo Pimentel, **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**, Brasília Jurídica 2000

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2 ed. Rio de: Forense, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. **O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais**. In **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. Organizador: Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO. **A Constitucionalização do Direito Civil: Perspectivas Metodológicas interpretativas diante do novo código**. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; FIÚZA, César;

URBANO NAGIB. Miguel Francisco. **A competência recursal extraordinária do STF e do STJ. 2009**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2009-out-29/competencia-recursal-extraordinaria-supremo-stj>>. Acesso: 20/08/2015.

URBANO NAGIB. Miguel Francisco. **Simultaneidade de recursos mais atrapalha que ajuda**. 2010. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2010-fev-01/competencia-recursal-extraordinaria-supremo-stj>>. Acesso: 25/08/2015.

USTÁRROZ, D.; PORTO, S. G. **Direito e Justiça**. Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 264-271, jul./dez. 2013

XAVIER, Lucas Bittencourt. Da (im)possibilidade de recurso especial com base em violação a princípio constitucional. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio dos recursos de estrito direito ação rescisória : o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2 ed., reform., atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Jurisdição Constitucional do Superior Tribunal de Justiça**. In. **Revista de Processo**, vol. 212, Set/2012. p. 13).