

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL

DIFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY ON SPECIAL APPEAL

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch¹
Guilherme Pupe de Nóbrega²

RESUMO: O presente trabalho trata dos debates doutrinário e jurisprudencial a respeito da (im)possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça realizar controle incidental de constitucionalidade em sede de recurso especial para aplicar o direito à espécie, conferindo efeito translativo ao apelo extremo e considerando exame sobre (in)constitucionalidade do parâmetro legal de controle invocado pelo recorrente como matéria de ordem pública sem que, com isso, esteja a usurpar competência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: controle incidental de constitucionalidade; recurso especial; justiça constitucional; Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Controle incidental de constitucionalidade. Recurso especial. Justiça constitucional. Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The present paper expatiates about the doctrinal e jurisprudential debates regarding the (im)possibility of the Brazilian Superior Court to carry out incidental control of constitutionality on special appeal in order to apply the law at the case, assigning translative effect to the appeal and considering examination about the (un)constitutionality of the legal parameter of control raised by the appellant as matter of public order without usurping the jurisdiction of the Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS: Incidental control of constitutionality. Special appeal. Constitutional law. Code of civil procedure.

SUMÁRIO: Introdução 1. Controle de constitucionalidade difuso no Brasil e a origem comum dos recursos extraordinário e especial; 2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina sobre a possibilidade de controle difuso em sede de recurso especial; 2.1. Efeito translativo ou devolutivo amplo e controle de constitucionalidade como matéria de ordem pública; 2.2. Recurso especial e efeito translativo ou devolutivo amplo; 2.3. Controle difuso de constitucionalidade a partir do efeito translativo do recurso especial; 3. O impacto trazido ao debate pelo Código de Processo Civil de 2015.4. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction 1. Diffuse constitutional control in Brazil and the common origin of the special appeal and extraordinary appeal; 2. The Brazilian Superior Court and doctrine's understanding about the possibility of diffuse constitutional control at special appeal; 2.1. Translative or wide devolutive effect e constitutional control as matter of public order; 2.2. Special appeal and translative or wide devolutive effect; 2.3. Diffuse constitutional control from the special appeal's translative effect; 3. The impacts on the debate brought by the 2015 Code of Civil Procedure. References.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Mestre pela Universidade de Brasília. Professor na área de Direito Público.

² Especialista em Direito Constitucional, Mestre e Doutorando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

Introdução

Este escrito tem o condão de abordar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de controle incidental de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, é revisitada a origem histórica do recurso especial, cujas hipóteses de cabimento eram, até a Constituição de 1988, reservadas ao recurso extraordinário.

Também é aqui objeto de enfrentamento o efeito translativo ou devolutivo profundo e a sua possível conferência ao especial para o fim de trasladar ao conhecimento do STJ matéria de ordem pública que não haja sido objeto de enfrentamento pelas instâncias ordinárias.

Bem a propósito, enquadrada a matéria constitucional como sendo de ordem pública, verificar-se-á a possibilidade de o STJ, de ofício, exercer controle incidental de constitucionalidade em sede de recurso especial.

Por fim, o foco do debate será analisado à luz de algumas das mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e a possível influência da novel legislação na discussão.

1. Controle de constitucionalidade difuso no Brasil e a origem comum dos Recursos Extraordinário e Especial.

O controle difuso de constitucionalidade surge no Brasil com inequívoca inspiração no *writ of appeal* do direito norteamericano, instituído pelo *Judiciary Act* de 1789 e antecessor do atual *writ of certiorari*³, se fazendo presente, originalmente, em nossa Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a* e *b*) e no Decreto n. 848/1890, trazendo esse, em seu artigo 3º, que, na guarda da Constituição, os magistrados atuariam por provocação da parte. A questão relativa à constitucionalidade, pois, era matéria de exceção, isto é, não representava o objeto próprio da ação, mas questão incidental apta a repercutir no exame do direito posto a exame.^{4 e}

5

³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 727-728.

⁴ “Art. 3º Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm> Acesso em 14.10.2014.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira *et. al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982-1011.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1891, da lavra de Rui Barbosa, incorporou aqueles dispositivos e previu o modelo difuso em seu art. 59, § 1º, *a e b*⁶, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a proteção, em sede de recurso extraordinário, da legislação federal e da Constituição.

Avançando no tempo, a Lei n. 221/1894, subseqüentemente, passaria a dispor em seu art. 13, § 10, que os juízes e tribunais “deixarão de aplicar aos casos concretos as leis manifestamente inconstitucionais”⁷, passando a admitir a declaração incidental de inconstitucionalidade mesmo de ofício.

A Constituição de 1934, de sua vez, manteve em seu art. 76, III, *b e c*⁸, o controle difuso, embora passasse a exigir, por questões de segurança jurídica, que a declaração de inconstitucionalidade se desse pela maioria dos membros dos tribunais (art. 179) — exigência que culminaria na cláusula de reserva de Plenário a que alude o artigo 97 da Constituição Federal de 1988⁹, interpretada pelo enunciado n. 10 da Súmula Vinculante.¹⁰ Também foi na Carta de 1934 que surgiu a possibilidade de se atribuir eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso por meio da suspensão, pelo Senado Federal, da execução da norma impugnada (art. 91, IV).

⁶ “Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em 14.10.2014.

⁷ “Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. (...) § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/10221.htm> Acesso em 14.10.2014.

⁸ “Art 76 - A Corte Suprema compete: (...) III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: (...) b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 14.10.2014.

⁹ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 14.10.2014.

¹⁰ “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

A Constituição Federal de 1937 igualmente manteve o controle difuso em seu artigo 101, III, *a a d*¹¹, conjugando com esse a defesa do direito objetivo federal. Essa mesma linha foi seguida pela Constituição Federal de 1946 (101, III, *a a d*).¹²

A propósito, foi sob a égide da Constituição Federal de 1946, com maior vigor, que o Supremo Tribunal Federal passou a ser assoberbado por um grande número de recursos extraordinários interpostos tanto com fulcro em violação à Constituição como, também, para tutela do direito objetivo federal.

O fenômeno não se deu despercebido, começando a surgir na doutrina um debate sobre os mecanismos para resolver a crise por que passava aquele Tribunal. Nessa senda, José Afonso da Silva, em trabalho publicado em 1963, defenderia a criação de um “Tribunal Superior de Justiça”, a que seria atribuída a competência para conhecer, em grau recursal, causas decididas em única ou última instância em violação à legislação infraconstitucional, esvaziando, no particular, o recurso extraordinário. Ao remédio para tutela do direito objetivo federal o autor daria o nome de recurso especial.¹³

Sob a influência daquele trabalho, é realizada, em 1965, na Fundação Getúlio Vargas, mesa redonda de que participou notável comissão de juristas¹⁴. Os resultados do encontro nos são relatados por Carlos Mário da Silva Velloso:

Preconizaram esses eminentes juristas, então, um tribunal que fizesse as vezes do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, de um tribunal para julgamento de recursos extraordinários relativos ao direito federal comum (...): “9 -Decidiu-se, sem maior dificuldade, pela criação de um novo tribunal. As divergências sobre a sua natureza e o número de tribunais que a princípio suscitaram debates, pouco a pouco se

¹¹ “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em 14.10.2014.

¹² “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em 14.10.2014.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 455-456.

¹⁴ A comissão era presidida pelo Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti e integrada por Caio Tácito, Lamy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques, Gilberto de Ulhoa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale.

encaminharam por uma solução que mereceu afinal o assentimento de todos. Seria criado um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e habeas-corpus originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados. 10 -Assim, também, os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal seriam encaminhados a esse novo Tribunal, aliviando o Supremo Tribunal de uma sobrecarga. (Rev. de Direito Público e Ciência Política, Fundação Getúlio Vargas, vol. VIII, maio/agosto/65, tomo 2, págs. 134 e segs.)”¹⁵

A despeito do debate doutrinário, a Constituição de 1967/69 seria infensa à proposta e manteria, em seu artigo 114, III, *a a d*¹⁶, como hipótese de cabimento do recurso extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal, a violação à legislação infraconstitucional.

Em 1985, já no período de redemocratização do País, fez-se necessária a edição de uma nova Constituição. A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n. 91.450/1985, acolheu a proposta feita inicialmente por José Afonso da Silva e ratificada em debate levado a cabo em 1965, fazendo constar, da Constituição Federal de 1988, a criação do Superior Tribunal de Justiça, com competência recursal ordinária e extraordinária, essa voltada para a tutela do direito federal infraconstitucional, pela via do recurso especial.¹⁷

Em outras palavras, a partir de 1988, a Constituição Federal passou para o STJ a competência para “recursos que resguardem legislação infraconstitucional” e concentrou no STF a proteção à Constituição, muito embora tenha preservado o modelo difuso de controle de constitucionalidade.¹⁸

2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina sobre a possibilidade de controle difuso em sede de Recurso Especial.

Tem-se, então, a partir da Constituição Federal de 1988, a transferência, do STF para o STJ, da competência para conhecer de recurso extremo que diga respeito a violação à

¹⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*. Inf. juríd. Bibl. Min. Oscar Saraiva, jul./dez., 1989, p. 95-96.

¹⁶ “Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; d) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm> Acesso em 14.10.2014.

¹⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, cit , p. 819.

¹⁸ MENDES, Gilmar Fereira *et. al. Curso de Direito Constitucional*, cit, p. 982-1002.

legislação infraconstitucional. Mantém-se, por outro lado, o controle difuso incidental de constitucionalidade, isto é, a competência de todo juízo ou Tribunal de afastar a aplicação de norma inconstitucional quando do julgamento de um caso concreto.

Conveniente, uma vez fixada essa premissa, revisitar alguns conceitos a fim de que sejam respondidas, de pronto, possíveis indagações.

2.1 Efeito translativo ou devolutivo amplo e controle de constitucionalidade como matéria de ordem pública.

Em primeiro lugar, quanto ao controle difuso, tem-se, com base na lição de Gilmar Ferreira Mendes, que esse se caracteriza pela possibilidade de que o juízo, deparando com o necessário enfrentamento da (in)constitucionalidade de determinado ato normativo como questão incidental, deixe de aplicar determinada norma se reputá-la ofensiva à Carta. De mais a mais, por tratar-se de questão incidental, o exame independeria, mesmo, de provocação das partes nesse sentido:

[...] pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. [...]
Anote-se que não se faz imprescindível a alegação dos litigantes, podendo o juiz ou o tribunal recusar-lhe aplicação, a despeito do silêncio das partes.¹⁹

Indo além, importante reflexão se coloca quando esse exame a respeito da (in)constitucionalidade da norma é encarado, mais que como uma questão incidental — parada obrigatória no percurso rumo ao exame do mérito —, como matéria de ordem pública: a vedação à aplicação de norma inconstitucional transcende o interesse das partes e vincula obrigatoriamente o juízo²⁰. É de Cândido Rangel Dinamarco, no particular, a lição afeta a normas de ordem pública:

[...] não disciplinam negócios ou interesses conflitantes entre o Estado e as partes, mas o modo como o poder é exercido. O Estado-juiz não persegue concretos interesses seus em confronto com o dos litigantes, nem se põe no mesmo plano que eles no processo. Exerce imperativamente o poder, tendo por contraposição o estado de sujeição dos litigantes (sujeição é a impossibilidade de impedir o exercício do poder por outrem). Falando de poder e de sujeição ao seu exercício, estamos falando de direito público.²¹

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira *et. al.* *Curso de Direito Constitucional*, cit, p. 982-1013.

²⁰ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 488.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 67.

As matérias de ordem pública, como deflui do escólio acima, resguardam interesse de toda a sociedade, a higidez do ordenamento e a correta prestação jurisdicional, por isso mesmo podendo ser conhecidas de ofício pelo juízo, não estando, ainda, sujeitas a preclusão. No âmbito processual, as questões de ordem pública se concentram no artigo 485, incisos IV, V, VI e IX e, ainda, § 3º, do CPC/2015.²²

Acontece que também há matéria de ordem pública substancial, ou de direito material — de que é exemplo a prescrição —,²³ o que faz com que surja, para o propósito de que se imbuí este escrito, a dúvida sobre se a questão incidental relativa à (in)constitucionalidade de norma aplicável a um caso concreto poderia, quiçá, estar alcançada por aquele conceito jurídico.

Sendo a Constituição Federal a base do ordenamento jurídico, donde emana a fonte legitimadora da própria atuação jurisdicional²⁴, é possível dizer que a “conformidade de qualquer espécie normativa com o texto constitucional é, até mesmo por imperativo do Estado de Direito (cuja regência maior se dá pelo texto legislativo fundante, a Constituição)”, “a mais relevante das matérias de ordem pública, dado que o controle da higidez da Constituição é dever primeiro de qualquer magistrado.”²⁵

Corroboram esse argumento alguns dos institutos postos à disposição da parte e que evidenciam o quanto o ordenamento é refratário à decisão pautada em inconstitucionalidade: rescisória por violação a disposição literal à Constituição²⁶; impugnação ao cumprimento de

²² Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...)

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;(...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

²³ A redação atual do artigo 219, § 5º, do CPC, em minha opinião, alçou a prescrição definitivamente ao *status* de matéria de ordem pública, corolário da segurança jurídica.

²⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodium, 2017. p. 36.

²⁵ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 256-257. No mesmo sentido: "sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese." MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 373. Ainda: SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 141.

²⁶ “ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:(...) V - violar manifestamente norma jurídica;” Pela possibilidade de ação rescisória contra sentença fundada em norma inconstitucional: na doutrina, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. II, 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 19; na jurisprudência, STJ, REsp 128.239/RS, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 11.12.2000; STF, RE 730.462, rel. Min. Teori Zavascki DJ de 9.9.2015. Em todo caso, com a ressalva da Súmula 343 do STF (“Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”).

sentença inexigível, porque fundada em norma declarada inconstitucional, tanto em controle concentrado, quanto em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal²⁷, sendo possível invocar essa mesma defesa também em embargos à execução contra a Fazenda Pública²⁸; e com alguma controvérsia, a *querela nullitatis*.²⁹

Esses elementos permitem inferir, pois, que a questão acerca da constitucionalidade de lei aplicável ao caso concreto é matéria de suma relevância e pauta de forma vinculativa a jurisdição a ser prestada, ganhando destaque como matéria substancial de ordem pública que, ao mesmo tempo em que transcende o interesse das partes, impõe ao juízo o resguardo da Constituição, base do ordenamento e fonte primeira legitimadora da própria atividade jurisdicional.

2.2 Recurso Especial e efeito translativo ou devolutivo amplo.

A par da premissa fixada acima, tem-se, noutra vertente, a análise sobre os possíveis efeitos do recurso especial, de fundamentação vinculada, que tem como fulcro, em suas hipóteses de cabimento, a defesa do direito positivo federal.

²⁷ Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: (...)

III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; (...)

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

²⁸ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) (...)

II - inexigibilidade do título; (...)

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 11.232, de 2005)

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: (...)

III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; (...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a [Constituição Federal](#), em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

²⁹ Defendem a possibilidade NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). Coisa Julgada Inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 23; CRETELLA NETO, José. Dicionário de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 368; na jurisprudência, STJ, REsp 7.556/RO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439.

Um efeito, em particular, ganha relevância para o presente estudo: a possibilidade, em razão do princípio inquisitório, de que o órgão julgador, em grau de recurso, enfrente matéria não suscitada pelas partes, exatamente por se tratar de questão de ordem pública, não sujeita a preclusão. A doutrina diverge quanto ao nome dado a esse efeito, ora chamando-o de efeito devolutivo vertical ou profundo³⁰, ora de efeito translativo.³¹

Para Eduardo Arruda Alvim³² e Flávio Cheim Jorge, dentre outros, à luz do CPC/1973, o recurso especial não possuiria efeito translativo: a despeito de o artigo 267, § 3º, autorizar o conhecimento de ofício pelo juízo, “em qualquer tempo e grau de jurisdição”, da matéria de ordem pública a que faz menção, a Constituição Federal, norma hierarquicamente superior, dispõe, em seu artigo 105, III³³, que o STJ julgará os recursos especiais “nas causas decididas, em única ou última instância”.

A essa necessidade de abordagem prévia da questão objeto do especial pelas instâncias ordinárias dá-se nome de prequestionamento, pressuposto recursal que subordina o recurso extraordinário desde sua origem, na Carta de 1891, e foi ratificado como exigência em 1963 pelos enunciados n. 282³⁴ e 356³⁵ da súmula do STF, e que, a partir da Constituição Federal de 1988, foi estendido como requisito de admissibilidade também para o recurso especial, dando origem ao enunciado sumular n. 211 do STJ.

O CPC/2015, por sua vez, elasteceu as formas de prequestionar as matérias no sistema recursal para fazer frente à “jurisprudência defensiva”, como se convencionou chamar a atuação dos tribunais que não dá primazia à resolução de mérito dos recursos. Inovou, especificamente, nos artigos 941, §3.º e 1.025:

Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. (...) § 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 296; ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, cit, p. 253.

³¹ NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 156-157 e 417.

³² ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 232-233.

³³ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

³⁴ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

³⁵ “O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

De volta ao objeto de estudo, no entendimento daqueles autores, dado que o recurso especial somente poderia ser conhecido na extensão da matéria impugnada que se fez constar do aresto recorrido, disso decorre que o ponto a respeito do qual a decisão houver silenciado não terá seu enfrentamento autorizado, ainda que se trate de matéria de ordem pública, carecendo o especial, pois, de efeito translativo ou devolutivo profundo em razão do necessário prequestionamento.

Outra parcela da doutrina³⁶, todavia, passou a flexibilizar esse entendimento, enxergando o prequestionamento apenas e tão somente como pressuposto recursal, mais que limitador de efeitos do recurso, de sorte que, caso o recurso especial fosse admitido, por qualquer fundamento, superado o óbice, estaria aberta a vereda para que o STJ conhecesse de eventual matéria de ordem pública, ainda que não prequestionada pelo Tribunal ordinário ou aventada no recurso especial.

No âmbito do STJ, o entendimento oscilou. Num primeiro momento, prevaleceu a tese de que mesmo questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, somente poderiam ser examinadas em sede de recurso especial se houvesse prequestionamento pelas instâncias ordinárias.³⁷

A partir de 2005, porém, a Segunda Turma³⁸ passou a admitir o enfrentamento de matéria ordem pública, não prequestionada, desde que o recurso especial houvesse sido admitido, atribuindo-se efeito translativo ao especial. Em outras palavras, ultrapassada a admissibilidade quanto a violações outras, estaria o STJ autorizado a conhecer de ofício de matéria de ordem pública que não fora objeto do acórdão recorrido ou, mesmo, do especial.

³⁶ Nesse sentido, Egas Dirceu Moniz de Aragão, José Frederico Marques, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Fredie Didier Jr. A compilação foi feita por NOLASCO, Rita Dias. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. In: Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006, p. 485-486. Ainda: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253.

³⁷ STJ, Terceira Turma, AgRg no AG 190.434, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 13.9.1999; STJ, Segunda Turma, AgRg no AG 286.074, rel. Min. Eliana Calmon.

³⁸ “2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas *ex officio*, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF).” STJ, Segunda Turma, REsp 485.969, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 4.10.2005.

Posteriormente, a Primeira Turma³⁹ e as Turmas integrantes da Segunda Seção⁴⁰ também passaram a encampar a tese em seus julgados.

Essa mudança de entendimento encontrou calço, além do entendimento doutrinário exposto anteriormente, na aplicação analógica da súmula 456 do STF⁴¹ e no artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça⁴², que estabelecem a hipótese de, admitido o gênero recurso extraordinário (de que é espécie o recurso especial), o STF ou o STJ julgarem a causa, aplicando o direito à espécie.

Esse raciocínio se assenta justamente na premissa de que o gênero recurso extraordinário possui, sim, efeito devolutivo amplo — a que, como vimos, alguns chamam de efeito translativo. Isso quer dizer que, superados os óbices à admissibilidade, o STF e o STJ, ao julgar o mérito recursal, não ficariam adstritos aos fundamentos da decisão recorrida e tampouco aos fundamentos do recurso, podendo, mesmo, valer-se de argumento não suscitado pela parte, como, por exemplo, matéria de ordem pública.

Outro argumento é trazido por Barbosa Moreira⁴³, quando afirmava, ainda antes da Constituição de 1988 e da criação do STJ, que o STF não seguiu o modelo da Corte de cassação francesa, se alinhando com o modelo argentino, isto é, resolvida a questão ensejadora do mérito recursal, ao invés de remeter os autos às instâncias ordinárias para julgamento das demais questões, deveria o STF, de pronto, julgar a matéria de fundo.

Importante alerta que se faz, de pronto — mas que será mais bem esmiuçado na epígrafe seguinte —, diz respeito ao fato de que tanto o escólio de Barbosa Moreira quanto o enunciado n. 456 da súmula do STF antecederam a criação do STJ e do recurso especial, isto é, quando ainda era hipótese de cabimento para interposição do recurso extraordinário a salvaguarda do direito objetivo federal. Assim, fazia sentido que o STF, julgando o recurso

³⁹ “1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660519/CE, DJ 07.11.2005. 2. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao Tribunal "julgar a causa, aplicando o direito à espécie" (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF).” STJ, EDcl no AgRg no REsp 1043561, rel. para o acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 28.2.2011.

⁴⁰ A ilustração se faz por aresto da Quarta Turma: “1. A análise da prescrição, mesmo sendo matéria de ordem pública, não dispensa o necessário prequestionamento. 2. Por força do efeito translativo, esta matéria poderia ser analisada se o recurso especial superasse o juízo de admissibilidade, o que não se verifica na hipótese.” STJ, Quarta Turma, AgRg no Ag 1.357.618/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ de 4/5/2011.

⁴¹ STF Súmula n° 456 - 01/10/1964 - DJ de 8/10/1964, p. 3647; DJ de 9/10/1964, p. 3667; DJ de 12/10/1964, p. 3699. Conhecimento - Recurso Extraordinário - Aplicação do Direito. O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

⁴² Art. 257 - 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.

⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit, p. 678.

extraordinário, aplicasse o direito à espécie, mesmo o infraconstitucional, para o qual também detinha competência. Esse entendimento, contudo, foi superado por julgados daquela Corte após a Constituição de 1988.

Seria possível dizer, então, que o entendimento pela atribuição de efeito translativo — ou de amplo efeito devolutivo — ao recurso especial que houvesse superado a admissibilidade, a autorizar o conhecimento de matéria de ordem pública pelo STJ mesmo não prequestionada, poderia estar iniciando um caminho rumo à consolidação no seio dessa Corte. Seria... não fosse pelo fato de a Corte Especial, a despeito dos julgados das Turmas, ter proferido acórdãos,⁴⁴ entre 2008 e 2012, em embargos de divergência, retomando o entendimento original, no sentido de que mesmo questões de ordem pública, para serem conhecidas em sede de recurso especial, exigiriam prequestionamento específico. Ressalta-se que esse entendimento, ao menos até os últimos julgados de 2015 e de 2016 sobre o tema, pode ser tido como o predominante na Corte Especial.⁴⁵

Eis, então, a situação de insegurança jurídica em que vive o STJ: a despeito de seu órgão jurisdicional máximo, responsável pela uniformização da jurisprudência no âmbito da

⁴⁴ “3. Tal como decidido no acórdão embargado, o Superior Tribunal de Justiça é firme em que, na instância especial, é vedado o exame de matéria, inclusive de ordem pública, que não tenha sido objeto de discussão na origem (...).” AgRg nos EREsp 787.696, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 20.10.2008. No mesmo sentido: “A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame *ex officio* de questão não debatida na origem, ainda que se trate de matéria de ordem pública, como a prescrição.” AgRg nos EDcl nos EAg 1127013/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 23.11.2010; e, ainda, o EREsp 999.342, rel. Min. Castro Meira, DJ de 1.2.2012. AgInt no AREsp 1146063/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 05/12/2017: “3. A tese aduzida nas razões do presente agravo interno quanto à incompetência da Justiça Estadual configura inovação recursal, mesmo porque, consoante a remansosa jurisprudência desta Corte Superior, na instância especial, ainda que se trate de matéria de ordem pública, sua análise não dispensa o prequestionamento.”

⁴⁵ EREsp 805.804/ES, Rel. Ministro João Otávio Noronha, DJ de 3.6.2015: “3. A exigência do prequestionamento prevalece também quanto às matérias de ordem pública.”; AgInt nos EDcl nos EREsp 1200197/PR, rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 30.11.2016: “(...) 2. Com relação à alegada divergência com precedentes da Segunda e Quarta Turmas acerca da possibilidade de matérias de ordem pública serem examinadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, verifica-se que não há similitude fático-jurídica entre os casos comparados. Com efeito, os acórdãos apontados como paradigmas consignaram a possibilidade de as matérias de ordem pública serem examinadas a qualquer tempo pelas instâncias ordinárias. Os acórdãos paradigmáticos tratavam da análise de tais matérias pelos tribunais estaduais em grau de Apelação. Diversamente, o acórdão embargado aponta a impossibilidade de essas matérias de ordem pública serem examinadas pelas instâncias extraordinárias. No caso, o aresto embargado, em consonância com a orientação desta Corte, estatui não ser cabível analisar tais questões em Agravo Regimental em Recurso Especial. Patente, portanto, a ausência de similitude fática. (...)” A impossibilidade de conhecimento de ofício de matéria não ventilada, nada obstante, não alcança, no entender da própria Corte Especial, pressupostos recursais: “(...) 3. “Os requisitos do recurso especial passam por duplo juízo de admissibilidade, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça, inclusive de ofício, proceder ao exame de toda e qualquer matéria que possa obstaculizar o julgamento válido, regular e eficaz do mérito recursal, seja quanto aos requisitos intrínsecos ou aos extrínsecos”. (EREsp 888.466/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 19/9/2014). (...) 5. Pode-se, e deve-se, conhecer dos requisitos de admissibilidade do Recurso Especial de ofício, independentemente de qualquer manifestação do interessado. Por conseguinte, caso o Tribunal conheça do recurso sem referência a um requisito de admissibilidade que, em tese, seria obstáculo para que o mérito fosse examinado, a parte pode suscitar o ponto em Agravo Regimental ou em Embargos de Declaração.” EREsp 815214/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 8.11.2016.

Corte, possuir orientação a exigir prequestionamento para conhecimento de matéria de ordem pública, as Turmas, em precedentes posteriores e até bem mais recentes⁴⁶, seguiram adotando, por vezes posicionamento diverso, autorizando o conhecimento de ofício, desde que o recurso especial haja sido admitido, seja por qual for o fundamento.

2.3 Controle difuso de constitucionalidade a partir do efeito translativo do Recurso Especial.

Trazendo a questão de volta para o foco do presente trabalho, restaria saber se, para o STJ, a questão incidental que importe em análise de (in)constitucionalidade de norma federal é ou não enquadrada como matéria substancial de ordem pública; e ainda, saber se, por se tratar de questão peculiar, se esse tema receberia o mesmo tratamento dado às “demais” matérias consideradas de ordem pública.

No limiar da vigência da Constituição Federal de 1988, quando o STJ e o recurso especial eram ainda novidade, Carlos Mário da Silva Velloso já divisava a possibilidade de surgir, em sede de recurso especial, controvérsia constitucional, hipótese em que, segundo defendeu o autor, estaria dispensado o prequestionamento:

Se é certo que, pela letra "a", do inciso III, do art. 105, o contencioso constitucional não é pressuposto do recurso especial, certo é que esse contencioso poderá surgir no julgamento do recurso, pela letra "a", no seio do S.T.J., sem possibilidade de ser alegada, para a não admissão do debate constitucional, a figura processual do prequestionamento. Esse debate constitucional poderá surgir no julgamento do recurso especial pela letra "a", tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça não será o único tribunal do País em que não ocorrerá o controle difuso de constitucionalidade, já que esse controle difuso faz parte do sistema constitucional brasileiro.⁴⁷

Para Bernardo Pimentel, de sua vez, esse “contencioso constitucional” poderia e deveria ser enfrentado em sede de recurso especial, em razão de seu efeito translativo e, como já mencionado, do disposto no enunciado sumular n. 456 do STF e no artigo 257 do RISTJ:

⁴⁶ Quarta Turma, EDcl no AgRg no Ag nº 1.423.042, rel. Min. Raul Araújo, DJ de 5.12.2013: “(...) 2. As matérias de ordem pública só podem ser apreciadas em sede de recurso especial se superado o juízo de admissibilidade do apelo nobre, situação em que se opera o efeito translativo do recurso, o que não ocorreu na hipótese. (...)”; Quarta Turma, AgInt nos EDcl no AREsp 1032955/SP, rel. Min. Marco Buzzi, DJ de 15.9.2017: “(...) 2. Em sede de recurso especial, a análise de questão de ordem pública que não foi suscitada nas razões recursais somente é possível depois de aberta a instância especial pelo conhecimento do apelo nobre, viabilizando o efeito translativo do recurso. Precedentes. 2.1. Na espécie, o recurso especial não ultrapassou a barreira do conhecimento, de modo que não há como apreciar, de ofício, a prescrição da pretensão autoral. (...)”; Sexta Turma, EDcl no AgInt no AREsp 973872/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ de 23.3.2017: “(...) 2. É possível o exame de matérias de ordem pública quando o recurso especial ultrapassa o juízo de admissibilidade, ainda que por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. (...)”

⁴⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*, cit, p. 113.

Resta saber se o recurso especial produz efeito translativo. A melhor resposta parece ser a afirmativa. À vista do artigo 257 do Regimento Interno, conhecido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça aplica desde logo o direito à espécie, julgando o caso concreto. 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 deve apreciar de ofício questões de ordem pública. **Como a questão da constitucionalidade de lei é de ordem pública, o Superior Tribunal de Justiça também deve julgar a questão após proferir juízo positivo de admissibilidade em relação ao especial. Frise-se, conhecido o recurso especial, o exame da questão constitucional deve ser feito até mesmo de ofício. Como todos os juízes e tribunais do país, o Superior Tribunal de Justiça também exerce o controle difuso de constitucionalidade, até mesmo em julgamento de recurso especial.**⁴⁸ (Grifo não-original)

Barbosa Moreira vai na mesma linha, reconhecendo a incompetência do STJ para, genericamente, conhecer de recurso voltado para a salvaguarda da Constituição, mas admitindo o controle incidental por entender que não faria sentido admitir que somente o STJ não poderia exercê-lo — a única limitação seria a necessária observância da cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição.⁴⁹

Araken de Assis segue entendimento aparentemente intermediário: rejeita o efeito translativo como forma de se autorizar conhecimento de toda e qualquer matéria de ordem pública que não haja sido prequestionada, mas admite a análise quando a questão de ordem pública consistir em exame acerca da (in)constitucionalidade de lei. Uma justificativa, lógica, é trazida pelo autor: no caso de questão constitucional, mais que dispensar o prequestionamento, para que o STJ possa enfrentar a questão incidental constitucional, a abordagem deverá necessariamente ser inédita, sendo impositivo que o tema não tenha sido ventilado pelas instâncias ordinárias:

É possível que, para julgar a causa e aplicar o direito à espécie, o STJ se veja na difícil contingência de pronunciar a inconstitucionalidade da regra. STJ pode exercer controle difuso da constitucionalidade no recurso especial. No entanto, é preciso que o faça originariamente — em outras palavras, se o acórdão local já agasalha a questão constitucional, do julgado caberá recurso extraordinário, e reexaminar a questão no julgamento do especial usurpa a competência do próprio STF. (...)

Por outro lado, a função constitucional do STJ “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. (...) É por essa relevante razão que as

⁴⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 673-675.

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito aplicado: pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 255-256.

tentativas de alargar o efeito devolutivo para abranger todas as questões de ordem pública se mostram insustentáveis.”⁵⁰

A observação feita por esse último autor, a nosso ver, é correta: caso a questão constitucional haja sido debatida no acórdão recorrido, jamais poderá o STJ dela conhecer em recurso especial, seja porque, como recurso de fundamentação vinculada, o ponto não é abarcado pelas hipóteses de cabimento daquele recurso, seja porque a competência para esse exame é constitucionalmente atribuída ao STF, pela via do recurso próprio, extraordinário. É esse mesmo raciocínio que ensejou a edição do verbete n. 126 da súmula do STF⁵¹, exigindo, para conhecimento de recurso especial interposto contra acórdão que possua fundamento constitucional e infraconstitucional, a interposição simultânea do extraordinário, excepcionando o princípio da unirrecorribilidade.

Nessa mesma linha, vale trazer à balha voto do Ministro Sepúlveda Pertence, ainda em 1994, no AgRg no AI 145.589, em que se aduziu a possibilidade de controle difuso em sede de recurso especial, desde que não abordada a questão constitucional pelo Tribunal recorrido:

(...) 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 aquela Corte, em recurso especial, e 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.⁵²

Dez anos depois, no RE 298.694, o Ministro Sepúlveda teve a oportunidade de reafirmar a tese:

Não obstante, no julgamento do recurso especial por contrariedade à lei federal, se o STJ, malgrado o reconhecimento de sua violação, entender que a norma ordinária é incompatível

⁵⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, cit, p. 844.

⁵¹ STJ Súmula nº 126 - 09/03/1995 - DJ 21.03.1995. Recurso Especial - Acórdão em Fundamentos Constitucional e Infraconstitucional – Admissibilidade. É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

⁵² STF, Pleno, AgRg no AI 145.589, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.6.1994. Em 1996 e 1999, o Min. Marco Aurélio ratificou esse entendimento em dois julgados da Segunda Turma: “RECURSO ESPECIAL - ATUAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CONTROLE DIFUSO. O Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira de conhecimento do recurso especial, exerce, como todo e qualquer órgão investido do ofício julgante, o controle difuso de constitucionalidade. Inexiste óbice constitucional que o impeça de desprover recurso enquadrado no inciso III do artigo 105 da Carta Política da República, tendo em vista homenagem a esta última.” Segunda Turma, AI 172.527 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 12.4.1996; “RECURSO ESPECIAL - JULGAMENTO DE MÉRITO - CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. O Superior Tribunal de Justiça, uma vez ultrapassada a barreira de conhecimento do recurso especial, julga a lide, cabendo-lhe, como ocorre em relação a todo e qualquer órgão investido do ofício julgante, o controle difuso de constitucionalidade.” Segunda Turma, AI 217753 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 23.4.1999.

com a Constituição, ninguém lhe contesta a autoridade para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei invocada e, por isso, manter a decisão recorrida.

⁵³

Curiosamente, a despeito de o STF possuir entendimento tranquilo a respeito da possibilidade de controle difuso pelo STJ, no seio dessa Corte de Justiça o tema, uma vez mais, encontrou oscilação. Em 1999 e 2000, alinhado ao entendimento do STF, o Min. Eduardo Ribeiro proferiu voto-condutor em acórdãos, da Terceira Turma, admitindo, com tranquilidade, o controle difuso em sede de recurso especial:

Acolhido o pedido do autor, com base em norma infraconstitucional e reconhecendo-se, no especial, que infringida a lei, cumpre passar ao exame da alegada inconstitucionalidade do dispositivo que se teve como aplicável, tema de que não se cuidou no Tribunal de origem, por desnecessário.⁵⁴

Recurso especial. Possibilidade de cuidar-se de matéria constitucional quando o pedido tenha dois fundamentos e o de natureza constitucional não é examinado na origem porque acolhido o pedido com base no outro. Afastado o que levou à procedência do pedido, cumpre passar-se à alegação de inconstitucionalidade que, de outra forma, jamais seria examinada, uma vez que o vencedor não poderia interpor extraordinário, por falta de interesse de recorrer.⁵⁵

No primeiro excerto, interessante notar que o exame proposto pelo Ministro Eduardo Ribeiro foi sobre a constitucionalidade do parâmetro de controle que ensejou o aviamento do especial. Dito de outro modo, fundado o recurso em violação a dispositivo de lei federal, seria possível manter a decisão recorrida caso, a despeito do reconhecimento da violação ao dispositivo invocado, esse se revelasse inconstitucional.

Quanto ao segundo excerto, o raciocínio para justificar o exame da constitucionalidade foi elementar: o pedido do autor é acolhido por um fundamento, bastante para a procedência, restando sem análise os demais argumentos. Supondo mantida a sentença pelo Tribunal ordinário, e desse acórdão sendo interposto recurso especial, provido para rejeitar o fundamento que ensejou o acolhimento, como deveria comportar-se o STJ caso o fundamento diverso da pretensão — não analisado e que, por isso, não foi objeto de recurso — possuisse natureza constitucional?

Aqui ganha importância a expressão “aplicar o direito à espécie”. No entendimento do Ministro Eduardo Ribeiro, não podendo o STJ funcionar como Corte de cassação, a fim de afastar o fundamento acolhido para recambiar os autos às instâncias ordinárias, poderia, no

⁵³ STF, Pleno, RE 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.4.2004.

⁵⁴ STJ, Terceira Turma, EDcl no Resp 64.648, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 14.6.1999.

⁵⁵ STJ, Terceira Turma, Resp 73.106, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 13.3.2000.

exame dos demais fundamentos, exercer, mesmo, controle difuso de constitucionalidade para, no mérito, manter a improcedência do pedido.

Sem embargo daqueles dois arestos turmários, o STJ, em emblemático julgado da Corte Especial, passou a limitar a possibilidade de exame constitucional no bojo do especial apenas à hipótese em que essa análise não beneficiar o recorrente, isto é, desde que sirva para manter a decisão recorrida.⁵⁶ O debate que se instaurou teve, basicamente, duas correntes, capitaneadas pelo relator, Ministro Franciulli Neto, e pelo Ministro Nilson Naves.

Depois de voto do Ministro relator, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade em caso que dizia respeito à taxa SELIC, votou o Ministro Naves no sentido de que o STJ exerceria, sim, controle difuso, mas somente nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 105 da Constituição. Quanto à competência recursal, o exercício somente seria possível se contrariamente ao interesse do recorrente:

Particularmente, sempre me afigurou que o prévio exame da constitucionalidade não haverá de ir ao encontro do interesse da parte recorrente, não poderá ela se beneficiar com a declaração de existência de vício na lei, porque ao Tribunal, depois, não assistiriam meios para o exame do recurso especial - completar o julgamento do feito (Súmula 513/STF). (...) Vale dizer que, acolhido seja o incidente a favor do recorrente, impende ao Tribunal reformar o julgamento local da causa, impondo-se-lhe sem dúvida o provimento do recurso especial, dado que se estaria diante de acórdão que aplicara lei inconstitucional. O provimento do recurso pressupõe, porém, o seu conhecimento, e se o especial não for conhecível? Ao que cuido, dificilmente - se não, jamais - o será, a não ser que se rompa com uma série de princípios, como o do prequestionamento, o da demanda, o das questões não suscitadas, o da não-aplicação do iura novit curia etc. Observe que, para Bittencourt, os tribunais não devem fugir à tese "sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa!". Em tal contexto, a declaração em benefício do recorrente não se apresentará útil ou conveniente, porquanto, não conhecível o especial (dificilmente, ele o será; a meu sentir, jamais), a declaração de inconstitucionalidade não terá utilidade ou conveniência para a decisão da causa. Nesse aspecto, acabará se cuidando de declaração em tese, própria do controle concentrado-abstrato, da competência exclusiva do Supremo Tribunal.

Em suma, valendo-se do enunciado sumular n. 513/STF⁵⁷, a construção feita no referido excerto foi a de que, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade pela Corte Especial — que tem sua competência limitada ao exame da arguição —, o especial deve ser remetido à Turma para julgamento do mérito propriamente dito.

⁵⁶ STJ, Corte Especial, Arguição de inconstitucionalidade no REsp 215.881, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 8.4.2002.

⁵⁷ STF Súmula nº 513 - Interposição de Recurso Ordinário ou Extraordinário em Incidente de Inconstitucionalidade – Cabimento. A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.

Acontece que, na hipótese em que a declaração de inconstitucionalidade diz respeito ao dispositivo de lei tido pelo recorrente como inaplicável e no qual este fundou o recurso especial, a pretensão recursal ficaria esvaziada, porque afastado o parâmetro de controle, isto é, o recurso não poderia ser conhecido.

Assim é que, no entender do Ministro Naves, seria paradoxal admitir que o recorrente suscitasse inconstitucionalidade que redundaria em não-conhecimento do seu recurso, ao fim e ao cabo carecendo de interesse recursal, porque ausente qualquer utilidade, equiparando-se o expediente, mais, a controle abstrato.

Em resposta, o Ministro Franciulli Neto — com quem se concorda, fica de pronto o registro — ressaltou que, no que diz respeito ao exame da inconstitucionalidade, precisamente por cuidar de matéria de ordem pública, o interesse das partes é elemento irrelevante, “pois ao questionar a constitucionalidade de uma norma, está o julgador examinando a sua validade, em comparação ao sistema constitucional vigente, de forma objetiva.” Indo além, assim aduziu o Ministro:

Sobre o argumento de que a inconstitucionalidade somente poderá ser argüida e declarada quando for em benefício do recorrido, pelo exposto e de acordo com as determinações legais e constitucionais, não há como se fixar tal parâmetro, data venia, sob pena de se permitir a aplicação consciente de normas inválidas, desatendendo preceito de ordem pública e, se o caso, prejudicar direito do recorrente. Além disso, tal "condição de admissibilidade" teria a virtude de inverter o julgamento. Aprecia-se primeiro o mérito da argüição de inconstitucionalidade e, se considerada inconstitucional a norma discutida, indaga-se se irá beneficiar o recorrido. Logo, analisa-se antes a inconstitucionalidade e seus efeitos e, após, volta-se a pressuposto de admissibilidade, isto é, se deve ou não ser analisada a argüição, em manifesta desobediência ao artigo 97 da Constituição, pois é inviável tal exame por órgão fracionário de qualquer tribunal.

Prevaleceu, contudo, o voto do Ministro Nilson Naves, limitando a possibilidade de controle difuso pelo STJ em sede de recurso especial à hipótese em que o exame não beneficie o recorrente.

O debate ganhou novo capítulo mais recentemente por acórdão lapidar, proferido em 2013 pela Quarta Turma do STJ, relator o Ministro Luís Felipe Salomão. Em síntese, no referido aresto, o julgamento em sede de recurso especial sofreu verdadeiro redimensionamento, que se abriu para o contencioso constitucional, notadamente quando, atualmente, as balizas que separam distintos ramos do direito do direito constitucional se apresentam de cada vez mais difícil divisão, havendo o risco último de, diante de rígidas separações de competências, frustrar-se a própria prestação jurisdicional:

Diversos precedentes há, nesta Corte Superior de Justiça, a afirmar que a celeuma instalada entre a alegação de dano moral e a liberdade de imprensa resolve-se pela via do recurso extraordinário, ora negando o especial interposto, ora exigindo a interposição de recurso extraordinário simultâneo, por força da Súmula n. 126/STJ.

Não obstante, quando a controvérsia chega ao Supremo Tribunal Federal não se conhece do recurso extraordinário interposto, quase sempre por se entender que a celeuma instalou-se no âmbito infraconstitucional e a violação à Constituição Federal, se existente, seria reflexa. (...) 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 ao acórdãos eram impugnáveis - e deviam ser, nos termos da Súmula n. 126/STJ - mediante recurso extraordinário, agora, somente as questões que, efetivamente, ostentarem repercussão geral (art. 102, § 3º, da Constituição Federal) é que podem ascender à Suprema Corte (art. 543-A, § 1º, do CPC);

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

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. Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita (REsp 1.183.378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO) (...)

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.⁵⁸ (Grifo não-original)

Como se extrai do trecho acima, há ainda viva controvérsia a respeito do exame acerca de matéria constitucional pelo STJ, controvérsia essa que, limitadora das competências recursais de cada Corte, frustra a própria entrega jurisdicional.

Embora o debate ainda não possua um final, o que aparentemente se verifica é que, no âmbito da doutrina e do STF, dúvida não parece haver sobre a possibilidade de o STJ, em sede de recurso especial, realizar controle difuso. No âmbito do STJ, contudo, há dissenso alimentado por arestos divergentes, ainda que os arestos mais recentes apontem, com ressalvas, a possibilidade de controle incidental em sede de recurso especial.

3. O impacto trazido ao debate pelo Código de Processo Civil de 2015.

⁵⁸ STJ, Quarta Turma, REsp 1.334.097, rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJ de 10.9.2013.

A proposição legislativa que viria a culminar no CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015) iniciou sua tramitação no Senado Federal autuada como Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 166/2010, fruto dos trabalhos de Comissão de Juristas designada para elaboração do anteprojeto.

Remetida a proposição à Câmara dos Deputados, Casa revisora, lá tramitou como Projeto de Lei (PL) n. 8.046/2010, tendo seu texto-base — emenda substitutiva aglutinativa global — aprovado em 26 de novembro de 2013.⁵⁹

Por ocasião da redação final dada à proposição pela Câmara dos Deputados, o artigo 1.047 da proposta assim rezava:

Art. 1.047. Admitido o recurso extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça julgará a causa, aplicando o direito.

Parágrafo único. Tendo sido admitido o recurso extraordinário ou especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos e de todas as questões de fato e de direito relevantes para a solução do capítulo impugnado.

Em leitura açodada, seria possível concluir que a norma se limita a positivar o enunciado n. 465 da súmula do STF e o artigo 257 do RISTJ. Em verdade, contudo, o dispositivo ia além, trazendo, em minha opinião, ganho de qualidade para o ordenamento ao mais bem esclarecer que a aplicação do direito à espécie abarcaria “todas as questões de fato e de direito relevantes para a solução do capítulo impugnado”, fortalecendo o papel do STF e do STJ como Cortes de revisão.

Desde antes do CPC/2015, já havia divergência doutrinária sobre o alcance do “direito aplicável.” Didier, Barbosa Moreira, Nery Jr., Câmara, Athos Gusmão Carneiro e Bernardo Pimentel defendiam ampla liberdade para os Tribunais; Scarpinella Bueno, Eduardo Yoshikawa e Gleydson Oliveira limitam o julgamento à competência constitucional das Cortes.⁶⁰

Também a leitura conferida aos dispositivos é divergente no STJ e no STF: nesse, o “aplicar o direito à espécie” permite adoção de fundamentos outros que não adotados pela decisão recorrida, muito embora não inviabilize a remessa dos autos à instância ordinária para que essa o faça⁶¹; já o STJ costuma ir além — apesar de serem cada vez mais frequentes

⁵⁹ Câmara aprova emenda ao novo CPC e limita bloqueio de contas em ações cíveis. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/457989-CAMARA-CONCLUI-VOTACAO-DO-TEXTO-BASE-DO-NOVO-CPC-E-ADIA-POLEMICAS.html>> Acesso em 06.05.2014.

⁶⁰ Compilação, com citações, feita por ARAÚJO, Luciano Vianna. *A aplicação do direito à espécie pelas Cortes Superiores: uma opção legislativa do projeto do Novo CPC?* In: *Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodium, 2014, p. 222-226.

⁶¹ Por todos, recentíssimo acórdão proferido nos EDcl no AgRg no RE 346.736, Segunda Turma, rel. Min. Ayres Britto, DJ de 18.6.2013: “3. Esse “julgamento da causa” consiste na apreciação de outros fundamentos que, invocados nas instâncias ordinárias, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, “conhecido” o

decisões de cassação que restituem os autos ao tribunal de origem⁶² —, reconhecendo efeito devolutivo amplo ao especial, inclusive, por vezes, como visto, para conhecimento de matéria de ordem pública não prequestionada, como a que demanda controle de constitucionalidade.⁶³

A redação do então parágrafo único do artigo 1.047 na versão da redação final dada à proposição pela Câmara dos Deputados poderia, conquanto não pusesse fim à discussão, mais bem evidenciar uma opção legislativa a militar em favor de um amplo efeito devolutivo conferido ao especial e ao extraordinário, o que abarcaria a análise da constitucionalidade, questão de ordem pública, pelo STJ, foco deste trabalho.

Ocorre, porém, que, quando da apreciação do substitutivo da Câmara dos Deputados, o relator da proposição no Senado Federal, Senador Vital do Rêgo, elaborou parecer rejeitando, no particular, as propostas de alteração feitas pela Casa Revisora, ficando assim definida, ao fim e ao cabo, a redação do vigente artigo 1.034, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015:

Art. 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.
Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

recurso (vale dizer, acolhido o fundamento constitucional nele invocado pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional. Nada impede que, em casos assim, o STF, ao invés de ele próprio desde logo “julgar a causa, aplicando o direito à espécie”, opte por remeter esse julgamento ao juízo recorrido, como frequentemente o faz.”

⁶² REsp 1325838/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJE 10/10/2012: “PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. COGNIÇÃO. PROFUNDIDADE. EFEITO TRANSLATIVO. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. (...)”

3. A inconstitucionalidade constitui matéria de ordem pública não sujeita à preclusão, de modo que pode ser invocada originalmente pelas partes em grau de apelação, conforme já decidiu a Primeira Seção do STJ (EAg 724.888/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 22/6/2009).

4. Não se pode confundir a extensão e a profundidade do efeito devolutivo do recurso em questão. Se, em razão daquela, a apelação devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada (art. 515 do CPC), sob o segundo aspecto, todas os pontos suscitados e discutidos no processo, ainda que a sentença não os tenha julgado por inteiro, podem ser por ele apreciados (art. 515, § 1º, do CPC).

5. **Ao apresentar como causa de pedir fatos relacionados à cobrança indevida de mensalidades escolares, nada impede que a parte agregue, em grau de apelação, tese relativa à inconstitucionalidade de lei incidente sobre aqueles mesmos fatos.**

6. **Recurso Especial parcialmente provido para determinar que o Tribunal a quo aprecie a questão constitucional devolvida na apelação.**” (grifo não original)

⁶³ Feita novamente a ressalva quanto aos precedentes da Corte Especial, já citados neste trabalho, que exigem o prequestionamento, arestos turmários, recentes, têm afastado a exigência, permitindo “aplicar o direito à espécie” inclusive para exercer controle de constitucionalidade: “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.” Segunda Turma, AgRg no REsp 1.164.552, rel. Min. Castro Meira, DJ de 15.12.2009. No mesmo sentido: Segunda Turma, EDcl no nos EDcl no REsp 1.051.802, rel. Min Castro Meira, DJ de 23.6.2009.

Ao justificar a opção, o Senador aduziu que a expressão utilizada pelo dispositivo era demasiadamente ampla e abria flanco a uma situação de insegurança, na medida em que pudesse contemplar toda e qualquer questão, ao arrepio da vedação às decisões-surpresa:

O sintagma "dos demais fundamentos e de todas as questões relevantes" parágrafo único do art. 1.047 do SCD deve ser substituído por "dos demais fundamentos" para, harmonizando esse dispositivo com o seu correspondente no PLS (art. 988, *caput*), reconhecer a possibilidade de conhecimento dos demais fundamentos relevantes para a solução do capítulo do recurso. A devolução de toda e qualquer questão poderá ensejar decisões inesperadas, sem o prévio debate nas instâncias de origem, em flagrante confronto com a garantia prevista no art. 10 do SCD.⁶⁴

De minha parte, entendo infundado o retrocesso. Como dito, a designação “questões de fato e de direito” mais bem definiria o que seria aplicar o direito à espécie, elucidando que o gênero “fundamentos” alcançaria de forma ampla fato e direito e desatrelando a análise do tribunal da necessidade de que o argumento fosse suscitado pela parte.

Mais bem explicando: o recurso à expressão “fundamento” é terreno fértil para a interpretação restritiva — da qual particularmente discordo, diga-se — no sentido de que o tribunal, uma vez superada a admissibilidade do recurso, somente está autorizado a incursionar em fundamentos recursais, do que deflui a necessidade de que o argumento haja sido suscitado pela parte recorrente, rechaçada, por essa ótica, a possibilidade de enfrentamento de matéria de ordem pública que não haja sido ventilada.

Ao mesmo tempo, não é despidendo registrar, a menção a “questões de fato” constante do parágrafo único do artigo 1.047 da redação final poderia ter o condão de mitigar a incidência do banalizado verbete sumular n. 7 do STJ.

De mais a mais, a preocupação revelada pelo parecer final do Senador Vital do Rêgo me parece parece sem razão: ignora, no particular, o artigo 933 — que impõe a prévia manifestação das partes, em sede recursal, sempre que existir “questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso” — e desconsidera por completo o fato de que virtual insegurança remanesce se o móvel a guiar a tomada de decisão for o de frustrar o contraditório, dado o caráter aberto do vocábulo “fundamentos”.

Apesar dessas considerações, não se pode desconsiderar que o parágrafo único do artigo 1.034 do CPC/2015, ao conservar a alusão a “dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”, consagra, a meu ver, o efeito devolutivo amplo aqui estudado. É dizer:

⁶⁴ Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-senador-vital-rego-cpc-cpc.pdf> > Acesso em 20.12.2017.

entendemos, em contraposição à virtual leitura restritiva mencionada acima, que por “fundamentos” não se deve compreender “fundamentos recursais”, mas “fundamentos decisórios” a que o magistrado eventualmente houver de recorrer em seu processo de tomada de decisão.

Ainda noutra vereda, inovação importante trazida pelo CPC/2015 também constou dos artigos 1.032 e 1.033, vazados nos seguintes termos:

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

Trata-se, à evidência, de previsão de fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, surgida como forma de se evitar exatamente a situação narrada pelo Ministro Luís Felipe Salomão no REsp 1.334.097, quando o STJ se abstém de julgar o mérito recursal ao argumento de que não pode se imiscuir no contencioso constitucional, ao passo que o STF, ao deparar com o recurso extraordinário interposto concomitantemente, afirma haver mera “ofensa reflexa” à Constituição.

O dispositivo traz ainda outra vantagem: por conta do óbice inserto na enunciado sumular n. 126 do STJ, a parte recorrente, por vezes, vislumbrando matéria constitucional no acórdão recorrido — e, como salientado também pelo Ministro Luís Felipe Salomão, é cada vez mais difícil abandonar os demais ramos do direito do direito constitucional —, a fim de se precaver contra o não-conhecimento do especial, interpõe especial e extraordinário, ainda que não haja, *in casu*, controvérsia constitucional pungente.

Com a nova norma, a parte limitará a sua irresignação ao recurso que efetivamente entende cabível. Analisado o mérito recursal, caso o STJ entenda haver, subjacente ao enfrentamento do recurso, matéria de competência do STF, fará a conversão do especial em extraordinário, abrindo prazo para aditamento quanto à repercussão geral e, em seguida, remetendo o apelo ao STF — mantida, naturalmente, a possibilidade de que o acórdão recorrido se alicerce em fundamentos constitucional e infraconstitucional, hipótese em que a oferta dos dois recursos cabíveis se fará irremediavelmente necessária.

A indagação que surge é se a alteração acima fortalece ou enfraquece a possibilidade de controle difuso pelo STJ. Em meu sentir, a mudança não influencia a

possibilidade de o STJ, ao julgar o especial, analisar, incidentalmente, matéria constitucional, desde que o exame, como dito, seja incidental. Isso porque, levada a norma ao extremo, praticamente toda questão infraconstitucional será, em alguma medida, constitucional e, então, todo recurso especial seria convolado em extraordinário, o que não parece ter sido a intenção do legislador.

Por outro lado — e nisso a mudança seria positiva, sobretudo em razão de o entendimento não ser tranquilo no seio do STJ —, caso aquela Corte entenda que a questão, mais que incidental, se transmuda em principal, ao invés de não conhecer do recurso ao argumento de que a Corte não se imiscui no contencioso constitucional por faltar-lhe competência, poderá remeter a matéria ao STF, fortalecendo a prestação jurisdicional.

Assim, o objetivo é mitigar aparente conflito negativo de atribuições que possa vir a existir entre o STJ e o STF: um dos dois órgãos haverá, necessariamente, de dar uma resposta à pretensão do jurisdicionado.

Mais: a fungibilidade não deixa de fazer um caminho de volta à origem comum dos recursos especial e extraordinário, espécies do gênero recurso extraordinário *lato sensu*.

A crítica acessória que se faz, todavia, é quanto à ausência de previsão de que após o aditamento do recurso pelo recorrente, para inclusão da preliminar de repercussão geral, não seja oportunizado ao recorrido o aditamento de suas contrarrazões, o que, segundo pensamos, frustra o contraditório recursal. Não por outro motivo, tivemos a oportunidade de submeter à I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal proposta que culminaria no enunciado n. 79⁶⁵, que, aliás, já vem sendo aplicado pelo STJ.

De outra banda, no caso em que o relator do recurso especial, agora convertido em recurso extraordinário *strictu sensu*, remete os autos ao Supremo Tribunal Federal, tal ato jurisdicional é exercido em juízo de admissibilidade, pois caso a suprema corte entenda que a violação à Constituição é reflexa ou necessitar de interpretação de lei federal ou de tratado, poderá remetê-lo ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial (art. 1.033, parte final), desta vez, em análise de mérito.

Desta forma, no momento em que o recorrente adita o recurso para demonstrar a repercussão geral e se manifesta sobre a questão constitucional, não há necessidade de intimar

⁶⁵ “ENUNCIADO 79 – Na hipótese do art. 1.032 do CPC, cabe ao relator, após possibilitar que o recorrente adite o seu recurso para inclusão de preliminar sustentando a existência de repercussão geral, oportunizar ao recorrido que, igualmente, adite suas contrarrazões para sustentar a inexistência da repercussão.” Disponível em >http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/copy_of_Enunciadosaprovadosvfpub.pdf <Acesso em 20.12.2017.

o recorrido para apresentar as contrarrazões em recurso extraordinário, até porque o recurso poderá retornar ao Superior Tribunal de Justiça conforme exposto acima.

Nesta senda, caso o Supremo Tribunal Federal entenda que há controvérsia constitucional, os autos seguirão o rito do artigo 932 do Código de Processo Civil. Isto é, far-se-á o juízo de admissibilidade e intimará o recorrido para apresentar as contrarrazões somente em caso de dar provimento ao recurso de forma monocrática em uma das hipóteses previstas nas alíneas do inciso V, do artigo 932, do Código de Processo Civil.⁶⁶

4. Conclusões

Condensando a argumentação formulada até aqui, conluo para afirmar que, em minha opinião, o recurso especial possui, sim, efeito translativo.

Digo, ainda, que, em razão do referido efeito, é possível ao STJ, em sede de recurso especial, conhecer de matéria de ordem pública, mesmo não prequestionada, aí incluído exame incidental de inconstitucionalidade.

Penso assim porque não faria sentido, sistematicamente falando, somente não reconhecer a possibilidade de controle incidental ao STJ ou impor, àquela Corte, a aplicação de norma inconstitucional: o argumento de que a competência do STJ é prevista constitucionalmente falece quando se presta a chancelar violação à própria Constituição.

A despeito de alguma controvérsia ainda no âmbito do STJ, entendo que o CPC/2015 fortalece o papel do Tribunal como Corte de revisão e mais bem explicita o que seja “aplicar o direito à espécie”, admitindo o enfrentamento de todas as questões “relevantes”, o que abarca eventual exame incidental de inconstitucionalidade. Resta saber se o Tribunal se valerá dessa ferramenta ou se a ignorará em detrimento de uma recrudescente resistência ao enfrentamento do mérito recursal — o que, lamentavelmente, me parece o mais provável.

Por fim, no que toca à fungibilidade, a despeito de *prima facie* chancelar atecnias por tratarem, especial e extraordinário, de recursos de fundamentação vinculada, penso que, em razão de situações peculiares em que o STJ se abstém de enfrentar matéria constitucional e o

⁶⁶Art. 932. Incumbe ao relator: (...)

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

STF entende que ofensa seria eminentemente reflexa, a mudança vem como remédio que previne a frustração na entrega da jurisdição.

Referências.

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018;

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2000;

ARAÚJO, Luciano Vianna. *A aplicação do direito à espécie pelas Cortes Superiores: uma opção legislativa do projeto do Novo CPC? In: Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Vol. 3. Salvador: JusPodium, 2014;

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978;

_____. *Direito aplicado: pareceres*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 255-256; CRETELLA NETO, José. *Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. 9ª ed. Salvador: JusPodium, 2017;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010;

MENDES, Gilmar Ferreira *et. al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007;

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999;

NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003;

NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

NOLASCO, Rita Dias. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. In: Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. V. 10. São Paulo: RT, 2006;

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

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*. Inf. juríd. Bibl. Min. Oscar Saraiva, jul./dez., 1989;

Recebido em: 18/06/2019

1º Parecer em: 15/07/2019

2º Parecer em: 23/07/2019