

O Recurso Especial e o Código Tributário Nacional

Ari Pargendler

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O tempo de duração dos processos é matéria de grande importância. Trata-se, mesmo, de uma preocupação compartilhada por todos os que militam na vida forense. A chamada “crise do Judiciário” reside exatamente aí, como resultado do grande número de processos. Essa crise é maior nos Tribunais Superiores, onde se acumulam as causas vindas de todo o País. O Supremo Tribunal Federal foi vítima dessa crise, e um dos modos pelos quais a Constituição Federal de 1988 pretendeu resolvê-la foi a de retirar-lhe parte da competência, transferindo para o Superior Tribunal de Justiça as decisões sobre questões infraconstitucionais. Não obstante a alteração, o sistema permaneceria o mesmo: duas instâncias ordinárias e uma instância extraordinária.

Às vésperas de completar um decênio, a prática do sistema não tem confirmado a sua teoria. O estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revela que ele vem julgando matérias que, mais tarde, voltam a ser examinadas pelo Supremo Tribunal Federal em grau de recurso extraordinário. Pelo menos em alguns casos, passamos a ter, não uma instância extraordinária, mas duas – com esse efeito negativo: uma demora de mais alguns anos até o desfecho final do processo.

O Superior Tribunal de Justiça vem, de fato, decidindo, em recurso especial, matéria estranha à sua competência, com o resultado de que, nesses casos, tem funcionado como uma terceira instância, intermediária, não prevista no texto constitucional.

É certo que, no julgamento do Agravo Regimental nº 145.589-7, RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (DJU de 24.06.94), o Ministro Marco Aurélio defendeu o ponto de vista de que o Superior Tribunal de Justiça teria essa função de terceira instância; desde esse ponto de vista, conhecido o recurso especial, o acórdão nele proferido, confirmando-o ou reformando-o, substituiria aquele prolatado no Tribunal **a quo**, por força do artigo 512 do Código de Processo Civil, a saber:

“O julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.”

Mas o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou outro entendimento, como seja, o de que “a decisão do recurso especial só admitirá recurso extraordinário, se a questão constitucional enfrentada pelo STJ for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária”.

Eis trechos de votos de alguns Ministros para o devido esclarecimento da questão:

Ministro Carlos Mário Velloso:

“No caso sob exame, a questão constitucional que o Superior Tribunal de Justiça ventilou foi a mesma decidida pelo Tribunal de segundo grau. Em outras palavras: no caso, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a decisão, no que toca à matéria constitucional, do Tribunal de segundo grau. De sorte que não há falar em recurso extraordinário com base nessa questão constitucional decidida pelo Tribunal de segundo grau e que não foi atacada, a tempo e modo, mediante recurso extraordinário.”

Ministro Celso de Mello:

“É incabível recurso extraordinário de decisão do Superior Tribunal de Justiça que não tenha apreciado, originariamente, a questão constitucional. Se é certo que o tema de Direito Constitucional foi objeto de julgamento pela instância ordinária, impunha-se ao ora agravante a obrigação jurídico-processual de impugnar, pela via recursal extraordinária, o acórdão proferido pelo tribunal local. Com a não interposição, porém, do recurso extraordinário daquela decisão emanada da instância ordinária, restou precluso o fundamento constitucional, a inviabilizar, por isso mesmo, a renovação do debate, na esfera do Superior Tribunal de Justiça, da matéria constitucional já apreciada pelo tribunal local.”

Ministro Néri da Silveira:

“Penso que, em hipótese como a dos autos, houve a confirmação do fundamento de ordem constitucional no STJ, que apreciou entretanto matéria já preclusa, porque deveria ter sido impugnada em recurso extraordinário não interposto tempestivamente. No máximo o que admitiria contra o

acórdão do STJ, se modificasse o acórdão anterior pelo conhecimento da questão constitucional, seria recurso extraordinário por ofensa ao art. 105, III, da Constituição, ou seja, por conhecer de recurso especial e provê-lo sobre matéria estranha a sua competência, o que não sucedeu no caso concreto.”

.....
Abro um parêntese.

Pode acontecer, mesmo no exercício normal de sua competência, em recurso especial, que o Superior Tribunal de Justiça deva se pronunciar sobre matéria constitucional.

Exemplifico.

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

O fato decorre do sistema, e não causa qualquer estranheza; decidindo, em recurso especial, sobre matéria constitucional, o Superior Tribunal de Justiça está sujeito ao controle do Supremo Tribunal Federal. Mas é preciso que isso fique claro: em recurso especial o Superior Tribunal de Justiça só decide sobre matéria infraconstitucional, salvo hipótese excepcional em que, durante o respectivo julgamento, emergja questão constitucional nova, ainda não apreciada pelo Tribunal local.

Fecho o parêntese.

.....

Para os efeitos aqui visados, interessam apenas os casos em que o Superior Tribunal de Justiça tem exercido sua competência de forma anômala. Aquelas nas quais, julgando causas que não são suas, o Superior Tribunal de Justiça se transforma numa terceira instância judicial, aumentando a duração das demandas e contrariando o devido processo legal (a reforma de um julgado com fundamento constitucional constitui, a um tempo, manifesta usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal e uso impróprio do recurso especial).

O exercício dessa competência anômala prejudica o recurso extraordiná-

rio interposto no tribunal **a quo**, obrigando a parte a interpor novo recurso extraordinário em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da *mesma* questão constitucional, tal como já decidiu o Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 215.053-3, Ceará, Relator o eminente Ministro Octávio Gallotti (DJU de 02.10.98).

Lê-se no voto-condutor:

“A despeito de formalmente afastar a admissibilidade do recurso especial para o efeito de exame da alegação de infringência da Constituição, a Turma do Superior Tribunal de Justiça, dele conhecendo e julgando-lhe o mérito a título de dirimir o dissídio jurisprudencial, claramente abordou a questão constitucional referente à auto-aplicabilidade do art. 202 da Carta Política”.

“Não havendo o Instituto recorrido da decisão proferida no recurso especial, inviável se torna o conhecimento do extraordinário interposto contra julgado regional, até mesmo porque caso o Supremo Tribunal ‘viesse a reformá-lo, nem por isso desconstituiria o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que o manteve, com trânsito em julgado, e por razões inclusive de ordem constitucional’, como sabiamente ponderou o eminente Ministro Sydney Sanches, na condição de relator do primeiro precedente citado no despacho ora agravado” (RE nº 189.710, DJ de 13.09.96 e Ementário nº 1.841-04).

Pode-se, nesse âmbito, o das causas que o Superior Tribunal de Justiça julga sem serem de sua competência, identificar três grupos de questões:

1º grupo – em que o desate da lide depende de saber se a lei anterior à Constituição Federal de 1988 foi recepcionada ou revogada por ela.

Durante muito tempo, o Superior Tribunal de Justiça considerou que o fenômeno da recepção, ou de sua contrapartida, o da revogação vertical (pela Constituição em relação à lei), poderia ser examinado em recurso especial. Na controvertida questão de saber qual o momento do fato gerador do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços na importação de mercadorias, decidiu iterativamente que, nesse tópico, o Decreto-Lei nº 406, de 1968, fora recepcionado pela Constituição Federal, não atribuindo validade ao que o Convênio ICMS nº 66, de 1988, dispôs no particular. Até que o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo sua competência sobre o tema, decidiu o contrário.

2º grupo – em que o recurso especial alega que o julgado contrariou nor-

ma legal que repete norma constitucional (fenômeno a que me referi no EDREsp nº 71.964, SP, como hipótese de *clone* legal).

No Direito Privado são poucas as hipóteses que se assimilam, pura e simplesmente, ao texto constitucional, *v.g.*, aquelas que dizem respeito ao direito de propriedade (Código Civil, art. 524), ao direito adquirido (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 2º), entre outras.

No Direito Público, a situação é menos cômoda, porque há matérias que a Constituição Federal disciplina detalhadamente e essa matriz é copiada pela legislação ordinária, incluindo-se aí em destaque o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços. Em casos como este, a interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário duplica a discussão em sedes diferentes, uma só delas, o Supremo Tribunal Federal, decidindo definitivamente a causa – e com essa peculiar circunstância de que o recurso especial e o recurso extraordinário, então, versam sobre a mesma matéria à base de idênticas razões, que só diferem na invocação das normas alegadamente contrariadas; num, textos de lei, noutro, da Constituição Federal.

Aqui a situação é mais difícil porque nem o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal tem posição unívoca a respeito.

A par de inúmeros julgados que examinam, por exemplo, a questão de direito adquirido, há no Superior Tribunal de Justiça outros que remetem seu exame para o Supremo Tribunal Federal. No REsp nº 2.309, SP, Relator o eminente Ministro Barros Monteiro, a egrégia Quarta Turma decidiu: “Tratando-se de alegação atinente à ofensa de ato jurídico perfeito e do direito adquirido, a questão é de natureza constitucional” (DJU de 18.02.91). No mesmo sentido, a egrégia 1ª Turma no REsp nº 101.132, PR, de que foi Relator o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros (DJU de 26.05.97).

No Supremo Tribunal Federal a prática tem sido a de enfrentar esse tipo de questão como se fosse constitucional. Todavia, há vozes dissidentes. No Agravo Reg em Agravo de Instrumento nº 195.616-1, RS, Relator o eminente Ministro Sydney Sanches, a egrégia 1ª Turma, reportando-se a decisão do eminente Ministro Celso de Mello, decidiu que, “embora a Constituição mencione a garantia do direito adquirido, o conceito da expressão é regulado pela Lei de Introdução. Não cabe, assim, recurso extraordinário, posto que a alegada violação operaria por via reflexa” (STF - RDA nº 200/162, Ag nº 135.632 - DJU de 03.04.98).

Na decisão referida, o eminente Ministro Celso de Mello transcreve lição de **Rubens Limongi França**, o qual situou a questão nestes termos:

“A Constituição vigente determina simplesmente o respeito ao direito

adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Não apresenta, como se deu com a Lei de Introdução ao Código Civil, bem assim a Lei nº 3.238, de 1957, uma definição de Direito Adquirido. De onde a questão: o conceito de Direito Adquirido constitui matéria constitucional ou de caráter ordinário?” (Direito Intertemporal Brasileiro, p. 403/404, 2ª ed., 1968, RT) RDA nº 200, p. 164.

“A compreensão dessa questão jurídica” – concluiu, então, o eminente Ministro Celso de Mello – “situa-se, pois, em nosso sistema de direito positivo, em sede meramente legislativa. Sendo assim, e tendo-se presente o contexto normativo que vigora no Brasil, é na lei, e nesta somente – enquanto **sedes materiaes** que é do tema ora em análise – que repousa o delineamento dos requisitos concernentes à caracterização do exato significado da expressão direito adquirido.

É ao legislador comum, portanto – sempre a partir de uma livre opção doutrinária feita entre as diversas correntes teóricas que buscam determinar o sentido conceitual desse instituto – que compete definir os elementos essenciais à configuração do perfil e da noção mesma do direito adquirido.

É de ter presente, por isso mesmo – e tal como enfatiza o magistério doutrinário (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I/129-156, 5ª ed., 3ª tir., 1980, Forense; Vicente Ráo, Direito e a Vida dos Direitos, vol. I, tomo II/440-441, nota nº 305, 1952, Max Limonad) – a ampla discussão que, travada entre os adeptos da teoria subjetiva e os seguidores da teoria objetiva, muito influenciou o legislador ordinário brasileiro, em momentos sucessivos, na elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), pois, como se sabe a LICC de 1916 (que entrou em vigor em 1917) consagrou em seu texto a doutrina sustentada pelos subjetivistas (art. 3º), enquanto a LICC de 1942 prestigiou a teoria formulada pelos objetivistas (art. 6º), muito embora o legislador, com a edição da Lei nº 3.328/57, que alterou a redação do art. 6º da LICC/42 houvesse retomado os cânones inspiradores da formulação doutrinária de índole subjetivista que prevaleceu, sob a égide dos princípios tradicionais, na vigência da primeira Lei de Introdução ao Código (1916).

Essa circunstância basta para evidenciar, a partir de dados concretos de nossa experiência jurídica, que a positivação do conceito normativo de direito adquirido, ainda que suscetível de ser veiculado em sede constitucional, submete-se, no entanto, de **lege lata**, ao plano estrito da atividade legislativa comum.

Desse modo, e ainda que a proteção ao direito adquirido assumira estatutura constitucional – consagrada que se acha em norma de sobredireito que disciplina os conflitos de leis no tempo (CF, art. 5º, XXXVI) – é irrecusável que a

definição dos **essencialia** que compõem o próprio núcleo conceitual de direito adquirido subsume-se, no delineamento de seus aspectos materiais e estruturais, ao exclusivo domínio normativo da lei comum.

Sendo assim, cumpre enfatizar que, no plano da dogmática jurídica brasileira pertinente ao conflito intertemporal de leis, a noção de direito adquirido sempre emergirá, no processo de reconhecimento de sua configuração conceitual, da análise, prévia e necessária, do preceito inscrito no art. 5º, § 2º, da LICC/42, que encerra, em seu conteúdo material, a própria definição do instituto em causa.

Conclui-se, portanto, que a alegada vulneração ao texto constitucional, acaso existente, apresentar-se-ia por via reflexa, eis que a sua constatação reclamaria – para que se configurasse – a formulação de juízo prévio de legalidade fundado na vulneração e infringência de dispositivos de ordem meramente legal (LICC/42, art. 6º, § 2º)” (RDA nº 200, p.164/165).

Nas causas situadas nesse grupo, ocorre fenômeno inverso àquele acima referido (o da cumulação do recurso especial e do recurso extraordinário), e as partes correm o risco de não ter instância extraordinária, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, negando-se a examiná-las.

3º grupo – em que se alega incompatibilidade entre leis ordinárias (federais, estaduais ou municipais) e normas gerais de Direito Tributário estabelecidas por lei complementar ou pelo Código Tributário Nacional, que é uma lei ordinária com força de Lei Complementar.

Como se resolve a eventual incompatibilidade de lei ordinária (federal, estadual ou municipal) com uma ou mais normas gerais de Direito Tributário?

Talvez o Tribunal que tenha debatido mais exaustivamente a questão tenha sido o Tribunal Federal de Recursos no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 89.825, RS (RTFR nº 129, p. 335/367).

Seguindo a doutrina mais moderna, o Relator, Ministro Carlos Mário Velloso, defendeu o ponto de vista de que a lei ordinária, nesse caso, é inconstitucional porque usurpa competência que a Constituição reservou para a lei complementar.

Votos-vencidos, no entanto, sustentaram se tratava de conflito que se resolvia pela prevalência da lei complementar, porque a lei ordinária não contrariava diretamente a Constituição Federal.

Na ocasião, disse o Ministro Bueno de Souza:

“À luz da orientação propugnada, até mesmo a sentença do juiz absolutamente incompetente seria, afinal de contas, inconstitucional ... (e, afinal, não deixa de ser, em tão amplos termos” (p. 350).

Já o Ministro Sebastião Reis aditou:

“... reportando-me aos subsídios trazidos pelo Ministro Bueno de Souza, embora, em princípio, todo conflito entre leis de hierarquia normativa diferente encerre uma infração ou ilegitimidade constitucional, o certo é que, no direito positivo brasileiro, **concessa venia**, só há de falar-se em controvérsia constitucional, quando a colisão da Lei menor com a Lei Magna se instaura direta e imediatamente, interpretação restritiva que se impõe, principalmente quando se considera nas cautelas constitucionais em torno da decretação do vício máximo e a tradição da nossa jurisprudência e doutrina no sentido de evitar-se o confronto com a Constituição, quando a discrepância pode ser dirimida num cotejo de normas infraconstitucionais” (p. 351).

O Supremo Tribunal Federal manteve o julgado no RE nº 101.084, PR, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 122, p. 394/398. De lá para cá nunca mais alterou tal entendimento, que é, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988.

No julgamento do RE nº 172.058-I, SC (DJU de 13.10.95), talvez na ocasião em que mais recentemente o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão, o Ministro Marco Aurélio assim se manifestou a respeito:

“Neste recurso extraordinário, a União, alicerçada em ensinamento de **José Afonso da Silva** e olvidando conflito de maior envergadura, sustenta que a espécie resolve-se no campo da ilegalidade – denominada pelo ilustre Professor como ‘ilegitimidade constitucional’. A norma do art. 35 da Lei nº 7.713/88 teria implicado, quando muito, ou seja, diante das premissas do acórdão atacado, a incompatibilidade com o artigo 43 do Código Tributário Nacional.” ... “O caso resolve-se não sob o ângulo da harmonia ou conflito do citado artigo 35 com o artigo 43 do Código Tributário Nacional, mas em face à regra inafastável da alínea a do inciso III do artigo 146 da Carta Política, segundo a qual cabe à lei complementar a definição de tributos e espécies, bem como em relação aos impostos discriminados na própria Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Não vinga, assim, o que articulado pela União, muito embora formalizado a partir de lição, a toda evidência inadequada à espécie, do inigualável **José Afonso da Silva**.”

À época em que essa jurisprudência se formou, isto é, antes da Constituição

Federal de 1988, decidir que a matéria encerrava inconstitucionalidade, e não ilegalidade, só tinha reflexos nos tribunais locais, que para reconhecer o conflito entre as normas estavam sujeitos ao princípio da reserva do Plenário, previsto no artigo 97 da Constituição Federal, a cujo teor só a maioria dos membros do Tribunal ou do Órgão Especial, onde houver, pode declarar a inconstitucionalidade de lei.

Agora, essa jurisprudência passou a definir o recurso cabível, se o extraordinário ou o especial, e por via de consequência qual o Tribunal competente, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça. E atribui ao Superior Tribunal de Justiça um papel muito pequeno em matéria tributária.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça não compreendeu ou preferiu ignorar o significado dessa jurisprudência, constando do seu acervo dezenas de casos diferentes em que a questão estava centrada exclusivamente na compatibilidade ou incompatibilidade entre leis ordinárias (federais, estaduais ou municipais) e normas gerais de Direito Tributário integradas no Código Tributário Nacional. Algumas decisões foram confirmadas pelo Supremo Tribunal Federal, outras não – em ambos os casos evidenciada a impropriedade do recurso especial e a incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Tudo porque, então, seu julgamento não foi de última instância, mas de uma terceira instância não prevista no texto básico.

Atualmente, o sintoma de que estão funcionando mal, porque não estão decidindo em última instância, já foi percebido pelas Turmas de Direito Público (a 1ª e a 2ª) – com reações diversas. A 1ª Turma tem sido casuísta; deixa de conhecer dos recursos especiais, tão logo a matéria neles versada tenha sido decidida em recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal. Já a 2ª Turma tem procurado se orientar pelos princípios; constatando que a matéria é de natureza constitucional, não conhece do recurso especial, tenha ou não sido objeto de decisão no Supremo Tribunal Federal.

Bem por isso, a 2ª Turma nunca examinou, por exemplo, a questão de saber se o artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.200, de 1991, é compatível com o artigo 43 do Código Tributário Nacional, enquanto aquela tem decidido a matéria, que já está em curso de julgamento no Supremo Tribunal Federal se pronuncie (RE nº 201.465-6, MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Por um ou por outro caminho, fica claro que, mantida a orientação do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, com maior ou menor prazo, não conhecerá de recursos especiais em que se discuta a compatibilidade de leis ordinárias com normas gerais de direito tributário.

Nem todos os artigos do Código Tributário Nacional encerram normas gerais de Direito Tributário, e mesmo algumas normas gerais de Direito Tributário

são aplicadas pelo juiz, sem o contraste com as leis ordinárias (v.g., arts. 108 e 109), de modo que, nesses casos, o respectivo exame se dá em recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. Mas a tendência é, realmente, a de que a aplicação das normas gerais de Direito Tributário, nisso se subsumindo grande parte do Código Tributário Nacional, seja decidida em recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já não conhece de recursos especiais em que se discute a Taxa de Limpeza Pública do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 11.152, de 1991) atende os requisitos de especificidade e divisibilidade previstos no artigo 77 do Código Tributário Nacional.

O efeito maior de tudo isso será o agravamento da crise por que passa o Supremo Tribunal Federal, às voltas com uma quantidade invencível de trabalho. De certo modo, um efeito que ao menos depois da Constituição Federal de 1988 ele poderia ter evitado se aplicasse à hipótese o critério que segue nas demais, isto é, o de que o recurso extraordinário só é cabível por ofensa direta à Constituição. Enquanto nos casos apontados a ofensa só é percebida após o confronto da lei ordinária com a lei complementar. Sem desmerecer a jurisprudência assentada ainda na vigência da Constituição Federal de 1988, fundada em doutrina da melhor qualidade, talvez fosse o caso, no novo regime, de fazer uma distinção irrelevante no anterior, entre *questão constitucional* e *questão constitucional sujeita a recurso extraordinário*; o conflito entre lei ordinária e lei complementar não seria, então, uma questão constitucional sujeita a recurso extraordinário.

A incompatibilidade de uma lei ordinária com uma lei complementar seria uma questão constitucional para os efeitos do artigo 97 da Constituição Federal, isto é, o juízo de inconstitucionalidade da lei ordinária só poderia ser pronunciado pela maioria do Tribunal ou de seu Órgão Especial, mas não seria uma questão constitucional para os efeitos do recurso extraordinário, porque, nesse caso, a lesão à Constituição Federal seria *indireta*.