
**O STJ E O CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DE LEI E ATO
NORMATIVO**

Nelson Nery Junior

*Professor Titular das Faculdades de Direito da
PUC-SP e da Universidade Estadual Paulista
"Júlio de Mesquita Filho" (UNESP)
Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela
PUC-SP
Procurador de Justiça do Ministério Público de
São Paulo, aposentado
Advogado*



O STJ E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI E ATO NORMATIVO

Nelson Nery Junior

Sumário: 1. Introdução. - 2. Ações da competência originária do STJ (CF 105 I). A competência do STJ para julgar o recurso ordinário (CF 105 II). - 3. O Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça (CF 105 III): 3.1 REsp e juízo de cassação; 3.2 REsp e juízo de revisão; 3.3 REsp. Juízos de cassação e de revisão, simultaneamente; 3.4 REsp. Conceito de causa; 3.5 REsp. Causas decididas; 3.6 REsp. Única ou última instância; 3.7 REsp. Tribunal. - 4. REsp. Controle da constitucionalidade das leis e atos normativos federais: 4.1 Juízo de cassação; 4.2 Juízo de revisão. - 5. O incidente de inconstitucionalidade no STJ.

1. INTRODUÇÃO.

Tem-se discutido acerca da competência do Superior Tribunal de Justiça para declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de lei e ato normativo nos processos e recursos de sua competência, tarefa essa que consiste no exercício do controle *concreto* e *difuso* da constitucionalidade das leis e atos normativos. O controle *abstrato* e *concentrado* da constitucionalidade das leis e atos normativos é exercido pelo STF por meio da ADIn (CF 102 I) e pelos Tribunais de Justiça, caso a norma seja contestada em face da Constituição do Estado e esta preveja e regule a ADIn estadual.

A partir do *leading case* de que foi Relator, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence¹, afirma-se que o STJ não teria competência para exercer o controle de constitucionalidade de lei e ato normativo, notadamente no âmbito do recurso especial, dada a dicotomia existente no sistema constitucional vigente, entre as matérias constitucionais e legais, aquelas submetidas à competência do STF e estas à do STJ.

Os fundamentos exteriorizados pelo STF no julgamento do referido AgRgAg n. 145.589-7-RJ para afirmar a incompetência do STJ para exercer o controle concreto de constitucionalidade são os seguintes: a) matéria constitucional é da competência recursal do STF, de modo que a parte deve apontar a inconstitucionalidade da decisão judicial impugnada, nas razões de seu recurso extraordinário; b) se não foi alegada a matéria constitucional e, por isso, não houve interposição de recurso extraordinário, a matéria se encontra preclusa e não deve ser conhecida pelo STJ por falta de prequestionamento.

Este é o problema que se nos apresenta e o estágio em que se encontra na jurisprudência do STF.

Acreditamos ser importante avançarmos e darmos a nossa contribuição no estudo da matéria, como forma de homenagear o Tribunal da Cidadania neste 20º aniversário de sua instalação, cumprimentando seus Ministros e funcionários pelo excepcional trabalho realizado nestes vinte anos e desejando-lhes felicidades e forças para que possam continuar a desempenhar a tarefa que foi outorgada pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça.

¹ Recurso extraordinário. Interposição de decisão do STJ em REsp. Inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa. 1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de RE e do REsp contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no REsp, só se admitirá RE se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. 2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício. O que não e dado àquela Corte, em REsp, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior. Se o faz, de duas uma: ou a) usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o RE ou, caso contrário, b) ressuscita matéria preclusa. 3. Ademais, na hipótese, que é a do caso - em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa e não foi impugnada mediante RE, antes que a preclusão da matéria, e a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial (STF, Pleno, AgRgAg n. 145.589-7-RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 02.09.1993, m.v., DJU 24.06.1994, p. 16652-RTJ 153/684).



2. AÇÕES DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ (CF 105 I). A COMPETÊNCIA DO STJ PARA JULGAR O RECURSO ORDINÁRIO (CF 105 II).

A CF 105 I estabelece as ações de competência originária do STJ. Nessas ações o STJ age como juízo de competência plena, de modo que pode decidir aplicando a CF e demais leis do País, tem o poder de colher provas e, atuando com seu livre convencimento motivado (CPC 131), decidir *secundum constitutionem e secundum legem*.

Como nessas causas (competência originária e recursal para julgar recurso ordinário) não há a dicotomia *matéria constitucional-matéria legal*, própria dos RE e REsp, o STJ tem ampla e irrestrita competência para processá-las e julgá-las, o que lhe permite aplicar a CF e controlar a constitucionalidade de lei e de ato normativo questionado em face da CF.

Caso essa competência originária e recursal para julgar o recurso ordinário seja de órgão fracionário do STJ – Seção ou Turma –, esse mesmo órgão pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mas sem natureza decisória para o caso concreto: lavra o acórdão e submete a matéria, como *incidente de inconstitucionalidade* (CPC 480), para o órgão competente do Tribunal, nos termos da CF 97.

No STJ o órgão competente para julgar o incidente de inconstitucionalidade é a Corte Especial, segundo expressa determinação da CF 97.

Veremos no item n. 5, abaixo, o procedimento para a Corte Especial julgar o incidente de inconstitucionalidade.

3. O RECURSO ESPECIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (CF 105 III).

Com o objetivo de preservar a autoridade da lei federal no País e uniformizar o seu entendimento, é admissível o REsp contra acórdãos de tribunais que, em decisão de única ou última instância, contrariarem ou negarem vigência a tratado ou lei federal; julgarem válida lei local contestada em face de lei federal; ou derem a esta interpretação diferente da que lhe tenha dado outro tribunal.

Trata-se de forma excepcional de recurso, não configurando terceiro ou quarto grau de jurisdição, tampouco instrumento processual para correção de injustiça. Daí não poder ser invocada, em grau de REsp, a ordem pública de que se revestem algumas questões, para que possam ser apreciadas *ex officio* e pela primeira vez pelo STJ, *no juízo de cassação*.

As questões de ordem pública devem ser decididas *ex officio* pelo juiz ou podem ser argüidas a qualquer tempo e grau *ordinário* de jurisdição (TJ, TRF, TRT ou TRE), conforme autorizam os CPC 267 § 3º e 301 § 4º, mas não, pela primeira vez, em REsp ou RE, que são mecanismos de *rejulgamento* da causa (matéria), pressupondo matéria *já decidida*, conforme clara disposição dos CF 105 III e 102 III.²

Verificada a procedência da alegação do recorrente, de que o tribunal *a quo* infringiu, por exemplo, a lei federal, o STJ, dando provimento ao REsp, cassará o acórdão recorrido e, numa segunda fase do julgamento (*juízo de revisão*), aplicará o direito à espécie, podendo ingressar no mérito do caso concreto, apreciar as provas e dar o direito a quem o tem (RISTJ 257 e STF 456).^{3 4}

3.1 *REsp e juízo de cassação*. Cassar significa desconstituir, anular. Há países - como, por exemplo, Itália e França - nos quais existem o recurso de cassação e o correspondente tribunal de cassação, constituindo sistema separado do recurso de revisão, com o seu correspondente tribunal de revisão.

Nesse caso, ao dar provimento ao recurso, o tribunal de cassação apenas cassa, *anula* a decisão recorrida, devolvendo os autos à instância inferior para que esta possa rejulgar a causa, aplicando necessariamente a interpretação e a conclusão dadas pelo tribunal de cassação. O juízo

² V. mais amplamente Nelson Nery Junior. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 346 e RISTJ 257), in José Miguel Garcia Medina, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira e Luiz Manoel Gomes Júnior (coordenadores). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais (Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, pp. 966/975.

³ RISTJ: “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.”

⁴ STF 456: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”



de cassação do REsp corresponde ao *iudicium rescindens* da ação rescisória.⁵

Este tribunal de cassação não tem o poder de rejulgar a causa (juízo de revisão). Nessa função de cassação, o tribunal superior apenas controla a higidez do acórdão ou decisão de última ou única instância recorrida: o que não estiver na decisão (o que não tiver sido decidido) não pode ser sindicado pelo tribunal superior, ainda que seja matéria de ordem pública, pois esse exame, pela primeira vez, sem decisão anterior do tribunal *a quo*, não está autorizado pela CF 105 III (REsp) nem pela CF 102 III (RE).

Ao exercer a função de tribunal de cassação o STF, STJ e TST só poderão analisar questões de direito que tiverem sido *efetivamente decididas* pelo órgão jurisdicional inferior (STF 282 e 356),^{6 7} protegendo a CF, o respeito à lei federal e uniformizando o entendimento dessa mesma lei federal no País, sendo-lhes vedado o simples reexame de prova (STJ 7 e STF 279).^{8 9}

O requisito de o recurso excepcional versar sobre *questão decidida* encontra-se no texto constitucional. Se a questão não tiver sido efetivamente decidida pela instância ordinária (*v.g.*, matéria de ordem pública ainda não decidida), não terá sido preenchido o requisito constitucional da *questão decidida* para que seja admissível o recurso excepcional (CF 105 III).

Verificado, *v.g.*, o desrespeito à CF ou à lei federal, o tribunal superior dará provimento ao recurso excepcional, cassando (anulando) a decisão incorreta. Somente se for provido o recurso excepcional é que o tribunal superior poderá passar ao segundo juízo: o de revisão.

⁵ Nelson Nery Junior. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial, cit., n. 2, p. 967.

⁶ STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

⁷ STF 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

⁸ STJ 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁹ STF 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

3.2 *REsp e juízo de revisão*. Revisar significa *rejulgar*, julgar de novo. É atributo típico da competência recursal de tribunal. O conteúdo e os limites do juízo de revisão são dados pelo sistema legal que disciplina o recurso.

Para que possa proferir adequada e corretamente o juízo de revisão, o tribunal superior deverá ingressar livremente no exame da prova constante dos autos, funcionando como verdadeiro tribunal de apelação, podendo, inclusive, corrigir injustiça. No juízo de revisão, porque exerce funções de tribunal de apelação (segundo grau de jurisdição), pode o STJ examinar pela primeira vez as questões de ordem pública, que devem ser examinadas em qualquer grau *ordinário* de jurisdição (CPC 267 § 3º e 301 § 4º), circunstância decorrente do *efeito translativo* dos recursos.¹⁰

Está correta a disposição do STF 456: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do [*rectius*: dando provimento ao] recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. Para aplicar o direito à espécie, na esteira do STF 456, vale dizer, para exercer o *juízo de revisão*, o tribunal superior deverá ultrapassar primeiro o *juízo de cassação*, vale dizer, deve *dar provimento* ao recurso excepcional, *cassando* a decisão recorrida. Esse verbete aplica-se também, por extensão, ao STJ quando do julgamento do REsp, conforme previsto no RISTJ 257. O juízo de revisão do REsp corresponde ao *iudicium rescissorium* da ação rescisória.¹¹

3.3 *REsp. Juízos de cassação e de revisão, simultaneamente*. O sistema brasileiro dos recursos excepcionais (RE, REsp e RR) confere dupla competência recursal ao tribunal *ad quem* (STF, STJ e TST), que tem *simultaneamente* competência para proferir os juízos de cassação e de revisão.

Isso significa que o tribunal superior analisará, num primeiro momento, a regularidade da decisão judicial recorrida, proferindo *juízo de cassação*. Caso a decisão recorrida esteja incorreta, o tribunal superior dará provimento ao recurso e *cassará* a referida decisão porque, *v.g.*, ofendeu a CF (RE e RR) ou negou vigência à lei federal (REsp e RR).

¹⁰ Nelson Nery Junior. Teoria Geral dos Recursos, 6ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, n. 3.5.4, p. 482 *et seq.*

¹¹ Nelson Nery Junior. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial, cit, n. 3, p. 968.



Somente depois de haver dado provimento ao recurso excepcional, cassando a decisão judicial recorrida, é que o tribunal superior analisará, num segundo momento, o direito posto em causa, proferindo *juízo de revisão*, rejuizando a causa.

Em nosso entendimento, a solução do problema da competência do STJ para reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei e ato normativo no julgamento do recurso especial está no domínio da *técnica processual dos juízos de cassação e de revisão do REsp*.

Com efeito, *no juízo de cassação* do REsp é absolutamente inadmissível o conhecimento de questão constitucional por duas razões expostas a seguir. Dois são os cenários possíveis: a) a matéria constitucional já *foi suscitada* na instância inferior e, nesse caso, essa matéria comporta impugnação pela via do RE ao STF (CF 102 III), vedado ao STJ sobre ela pronunciar-se; b) a matéria constitucional *não foi suscitada* na instância inferior e, portanto, está preclusa e não pode ser submetida nem ao STF nem ao STJ por faltar o requisito constitucional da *questão decidida* (CF 102 III, 105 III).

No *juízo de revisão* do REsp o STJ pode, sim, apreciar e decidir sobre inconstitucionalidade de lei e ato normativo. Isto porque, *cassado o acórdão* do tribunal federal ou estadual, vale dizer, *provido* o REsp porque o acórdão, *v.g.*, negou vigência a lei federal, o STJ *rejuizará* a causa, aplicando o direito à espécie (RISTJ 257, STF 456).

Em outras palavras, isso significa que o STJ, no *juízo de revisão* do REsp, atua como tribunal de apelação, isto é, pode tudo: rever prova, analisar documentos, decidir *ex officio* matéria de ordem pública e reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei e ato normativo. Este último incidente, a Turma ou Seção que reconhecer a inconstitucionalidade, suscitará incidente de inconstitucionalidade para que a Corte Especial decida. Ratificada a declaração de inconstitucionalidade pela Corte Especial, desse resultado será comunicado o órgão fracionário que continuará no julgamento do REsp.

3.4 *REsp. Conceito de causa.* Para efeito de impugnabilidade por REsp, causa é toda questão decidida por meio de atividade jurisdicional, em última ou única instância. Questões administrativas, ainda que decididas por órgão do Poder Judiciário, não se configuram como *causa* para fins de REsp.

3.5 *REsp. Causas decididas.* Por meio do REsp, o STJ somente revê julgamentos dos tribunais inferiores. A competência do STJ para julgar o REsp não é originária, mas sim recursal, o que significa que o STJ somente *rejulga* questões já julgadas na instância inferior. Assim, apenas quando tiver sido *decidida* a causa é que, em tese, cabe REsp ao STJ, se o recorrente alegar que o tribunal *a quo* proferiu julgamento com infringência ao texto legal federal.

Questão não decidida na instância inferior não enseja revisão por meio do REsp: o que não foi decidido não pode ser redecidido (revisto). Daí por que tem razão o STJ quando exige o *prequestionamento* da questão federal, para que possa conhecer do REsp (STF 282 e 356).

Prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se sobre a questão constitucional, previamente à interposição do REsp. Não havendo sido decidida a questão, se efetivamente alegada anteriormente, a parte terá de opor embargos de declaração (STF 356), para provocar o julgamento do tribunal inferior sobre a questão por ela argüida ou sobre questão que o tribunal deveria decidir *ex officio* (questão de ordem pública) e não o fez. Permanecendo o juízo inferior sem decidir a questão, mesmo depois de opostos EDcl, e, subsistindo o vício que autorizava a oposição dos embargos, o juízo local ofendeu, no mínimo, o CPC 535, cabendo REsp contra essa decisão, se presentes os demais requisitos do CF 105 III (STJ 211)¹², REsp esse destinado a *apenas* cassar o acórdão e determinar que o tribunal *a quo* julgue os EDcl.

3.6 *REsp. Única ou última instância.* O REsp é admissível quando já esgotadas todas as possibilidades *recursais* nas instâncias ordinárias. Se couber algum recurso contra a decisão judicial, terá de ser interposto antes da utilização da via excepcional do REsp (STF 281)¹³.

A eventual possibilidade de ataque à decisão, pela via de ação autônoma de impugnação (como, por exemplo, a ação rescisória), não impede de, no mesmo processo, recorrer-se por meio do REsp. Devem ser esgotadas somente as vias *recursais* (dentro da mesma relação processual) e não todas as formas de impugnação, para que seja admitido o REsp.

¹² STJ 211: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*".

¹³ STF 281: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada".



3.7 *REsp. Tribunal*. Somente das decisões *colegiadas* de tribunais regionais federais e tribunais de justiça é que caberá REsp, não se o admitindo contra decisões de juízes singulares. Decisões, ainda que finais, de tribunais trabalhistas, militares e eleitorais não são impugnáveis por REsp. Também não são recorríveis por REsp as decisões singulares de membros de tribunais e as proferidas por turmas de recursos nos juizados especiais cíveis (CF 98 I e LJE 41). Decisões *monocráticas* proferidas nos tribunais não são impugnáveis por REsp.

4. RESP. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS FEDERAIS.

4.1 *Juízo de cassação*. É possível ao STJ, no julgamento de ação de sua competência originária (CF 105 I) ou por meio de recurso ordinário (CF 105 II), controlar a constitucionalidade de lei federal e de ato normativo federal ou estadual contestado em face da CF (controle concreto ou difuso), observada a reserva de plenário (CF 97).

No entanto, não é possível, por meio de REsp, em regra, a realização desse controle de constitucionalidade no *juízo de cassação*. Como a CF dividiu a competência recursal do STF e do STJ, estabelecendo competir ao STF julgar RE em matéria constitucional (CF 102 III) e ao STJ julgar REsp em matéria infraconstitucional (CF 105 III), *cassando* a decisão judicial que tiver ofendido a CF ou a lei federal, o controle concreto da constitucionalidade será exercido, de regra, por meio do julgamento do RE no STF.

No *juízo de cassação*, não cabe ao STJ *rejulgar* matéria constitucional já resolvida pelo tribunal de origem, porque isso representaria ou a) usurpação da competência do STF (existe, sobrestado, RE interposto da parte do acórdão que julgou a matéria constitucional) ou b) ressuscitaria matéria preclusa (não houve interposição de RE).¹⁴

4.2. *Juízo de revisão*. Cassado o acórdão que tiver ofendido a lei federal (*juízo de cassação*), o STJ deverá *rejulgar* a causa (*juízo de revisão*), aplicando o direito à espécie (RISTJ 257; STF 456).

Para *rejulgar* a causa o STJ deverá utilizar-se de todos os meios que o direito permite para tanto, vale dizer, poderá analisar provas,

¹⁴ STF, Pleno, AgRgAg n. 145.589-7-RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 02.09.1993, m.v., DJU 24.06.1994, p. 16.652-RTJ 153/684.

corrigir injustiças e exercer o *controle de constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual, contestado em face da CF. Poderá, inclusive, aplicar o direito local (estadual ou municipal), se for o caso. Nesta última hipótese compete à parte provar o conteúdo e a vigência do direito local, porque a máxima *iura novit curia* somente se aplica ao direito federal.

Portanto, somente sobre matéria constitucional *ainda não decidida e não preclusa no processo*, vale dizer, somente se a questão tiver surgido no julgamento (juízo de *revisão*) do próprio REsp, é que o STJ pode exercer o controle concreto de constitucionalidade de lei ou de ato normativo contestado em face da CF.

Nessa hipótese, as Turmas ou Seções do STJ, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, submeterão a matéria à Corte Especial (CPC 480-482) para que esse órgão máximo decida a prejudicial de inconstitucionalidade.

Decidida a questão da inconstitucionalidade da lei pela Corte Especial, os órgãos fracionários continuarão o julgamento do REsp, devendo aplicar o que ficou decidido pela Corte Especial. As Turmas e Seções não podem, sozinhas, decidir definitivamente sobre a declaração incidental da inconstitucionalidade de lei no âmbito do STJ (CF 97).

Como os EDiv (CPC 546) são decorrentes do REsp, aplica-se a esse recurso o mesmo regime jurídico aqui descrito para o REsp.¹⁵

5. O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO STJ.

A CF 97 prevê a reserva de plenário para que qualquer tribunal possa declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Somente pela maioria absoluta do plenário ou órgão especial do tribunal é que a declaração de inconstitucionalidade poderá ser feita.

O RISTJ 11 IX estabelece a competência da Corte Especial para processar e julgar “as argüições de inconstitucionalidade de lei ou

¹⁵ Luís Roberto Barroso. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, Cap. II, n. 3.4, pp. 88/89; Dirley da Cunha Júnior. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Salvador: Podivm, 2006, Cap. V, n. 4, p. 139; João Paulo Castiglioni Helal. *Controle da constitucionalidade: teoria e evolução*, Curitiba: Juruá, 2006, n. 5.3.3.2, p. 248; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*, 10ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, coment. 4 CPC 543, p. 938.



ato normativo suscitadas nos processos submetidos ao julgamento do Tribunal”.

O Ministério Público intervém obrigatoriamente nas arguições de inconstitucionalidade que se processam perante a Corte Especial (RISTJ 64 I).

Formada por vinte e dois Ministros (Presidente, Vice-Presidente, Corregedor do Conselho Nacional de Justiça, Coordenador-Geral da Justiça Federal, seis Ministros mais antigos de cada uma das três Seções - RISTJ 2º § 2º), a declaração de inconstitucionalidade somente poderá produzir efeitos se proclamada pela maioria absoluta da Corte Especial, vale dizer, por pelo menos doze Ministros (metade mais um dos integrantes do órgão). Será, portanto, insuficiente, para os efeitos da CF 97, o julgamento que declarar inconstitucional a lei tomado pela maioria dos presentes à sessão da Corte Especial.

O incidente de arguição de inconstitucionalidade pode ser suscitado pela parte, pelo Ministério Público ou pelo órgão fracionário do STJ (Turma ou Seção) e deverá seguir o rito do CPC 480/482 e do RISTJ 199 e 200.

A parte e o MP podem suscitar o incidente em qualquer dos nos processos da competência originária ou recursal do STJ, que tramitarem perante Turma ou Seção, processo que ficará sobrestado até que o órgão fracionário decida preliminarmente o incidente. Negado pela Turma ou Seção, o julgamento da ação originária ou do recurso prosseguirá. Acolhida a alegação de inconstitucionalidade, o órgão deverá lavrar acórdão suspendendo o andamento da ação ou recurso e submetendo a questão prejudicial ao exame e julgamento da Corte Especial (RISTJ 16 I).

O STJ já decidiu arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, fazendo-o em incidente processual em ação de sua competência originária,¹⁶ o que se nos afigura normal e correto.

¹⁶ STJ, Corte Especial, Incid. de inconst. no RMS n. 988-PE, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. 12.08.1994, v.u., DJU 24.10.1994, p. 28678; STJ, Corte Especial, Incid. de inconst. no RMS n. 5.063-PE, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. 18.06.1997, m.v., DJU 24.11.1997, p. 61085; STJ, Corte Especial, Incid. de inconst. no RMS n. 4.993-DF, Relator Ministro Adhemar Maciel, j. 21.10.1998, m.v., DJU 19.02.2001, p. 128. Apiciando recurso em *habeas corpus*, a Corte Especial do STJ rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do art. 553, § 2º, da Lei Municipal de São Paulo (RHC n. 881-SP, Relator originário Ministro Assis Toledo, Relator para acórdão Ministro Edson Vidigal, j. 11.04.1991, m.v., DJU 11.11.1991, p. 16.128), devolvendo o feito à 5ª Turma, que prosseguiu no julgamento e negou

Em acórdão paradigmático, a Corte Especial do STJ julgou incidente de inconstitucionalidade argüido em recurso especial, cuja ementa encontra-se nos seguintes termos:

Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Argüição/procedimento (RISTJ 200 e CPC 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento). 1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a argüição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial. 2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade. 3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltará cabimento. 4. É que, no exercício da competência prevista na CF 105 III, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses. 5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum). 6. Já no exercício das competências previstas na CF 105 I e II, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional. 7. No exercício da competência da CF 105 III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim. 8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese. 9. Preliminar de não cabimento, acolhida por maioria de votos.¹⁷

Com esse julgamento o STJ posicionou-se a respeito do reconhecimento da inconstitucionalidade de lei e ato normativo no âmbito do julgamento do recurso especial.

provimento ao recurso (5ª T, Relator Ministro Edson Vidigal, j. 27.11.1991, m.v., DJU 16.03.1992, p. 3.102).

¹⁷ STJ, Corte Especial, Incidente de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881-PR, Relator originário Ministro Franciulli Netto (vencido), Relator para acórdão Ministro Nilson Naves, j. 18.04.2001, m.v., DJU 08.04.2002, p. 111.



A ressalva feita no respeitável julgamento, de que seria possível o reconhecimento da inconstitucionalidade se em desfavor do recorrente, parece não estar conformada com o texto constitucional nem com a sistemática do REsp.

Na hipótese de o acórdão impugnado pelo REsp ser *cassado*, isto é, de provimento do recurso especial por uma das causas autorizadas pela CF 105 III, o STJ passará ao julgamento do REsp em sua segunda etapa: o juízo de revisão.

Nesse juízo de revisão o STJ pode tudo, porque deverá aplicar o direito à espécie. Ao rever a causa, pode reapreciar provas, examinar *ex officio* matéria de ordem pública e declarar, pela Corte Especial, a inconstitucionalidade de lei e ato normativo.

Ao aplicar o direito à espécie, poderá decidir sobre inconstitucionalidade de lei e ato normativo, independentemente de essa declaração positiva beneficiar ou prejudicar qualquer das partes ou interessados. Condicionar o julgamento *secundum eventum litis* aapequenaria a magna função da Corte Especial de declarar a inconstitucionalidade, conforme autoriza a CF 97, bem como seria ofensivo à CF 5º *caput* e I, porque quebraria a garantia da isonomia que deve existir no tratamento judicial dado às partes. Isto porque, ao reabrir o julgamento da causa, tudo o que restou discutido e decidido nos autos fica devolvido ao reexame do STJ (efeito devolutivo do REsp) e as questões de ordem pública ficam trasladadas (efeito translativo do REsp).

