

# O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO ESPECIAL DIRIGIDO AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A SUPERAÇÃO DE UM PARADOXO SISTÊMICO

*The diffuse control of constitutionality in Special Appeal addressed to the Superior Court of Justice: overcoming a systemic paradox*

**Fabio Almeida Lima**

*Procurador da Fazenda Nacional em Salvador (BA). Bacharel em Direito pela UFBA e Especialista em Direito da Regulação e Defesa da Concorrência pelo UNICEUB (DF)*

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A posição do STJ sobre o controle de constitucionalidade difuso e incidental em recurso especial; 3 Obstáculos ao controle de constitucionalidade no recurso especial pelo STJ - o diagnóstico e a superação do paradoxo - a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 4 Conclusão; Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** Este trabalho pretende identificar algumas causas e conseqüências relacionadas ao fato de que tantas decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ deixam de ser confirmadas pelo Supremo Tribunal Federal - STF, além de apontar eventuais soluções para tal assimetria. De fato, o recurso especial é de fundamentação vinculada e só se mostra cabível quando a decisão recorrida de única ou última instância, proferida pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais do Estados contrariar a tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar como válido ato de governo local contestado em face de lei federal. Por outro lado, no direito brasileiro, qualquer juiz ou Tribunal pode recusar a aplicação de uma lei, no caso concreto, por considerá-la inconstitucional. É o controle difuso pela via da exceção, que vigora no Brasil desde a Constituição de 1891, adotado em nosso país por influência do Direito Constitucional Norte-Americano. A ausência de um efetivo e sistemático controle de constitucionalidade, já na instância recursal especial, revela-se como uma das principais causas para a reiterada discrepância de entendimentos entre o STF e o STJ. No presente artigo, procurou-se demonstrar que o STJ tem o poder-dever de exercer o

controle difuso de constitucionalidade no recurso especial fundamentado no art. 105, III, da Constituição Federal, independentemente do fato da declaração de inconstitucionalidade beneficiar a parte recorrente ou a parte recorrida, como já está a ocorrer na praxis judiciária daquela Corte Superior de maneira errática e não sistemática.

**PALAVRAS-CHAVE** - Direito. Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Sociologia Jurídica. Jurisdição Constitucional.

**ABSTRACT** - This paper aims to identifying some causes and consequences related to the fact that many decisions of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) are not upheld by the Brazilian Supreme Court (STF), besides pointing out possible solutions to such asymmetry. In fact, the Special Appeal to be addressed to the Superior Court of Justice has particular requirements only being admitted when a contested decision of sole or last instance, is rendered by a Regional Federal Court of Appeals or by a State Court of the Appeals is contrary to a treaty or federal law or denies effectiveness to them, declares as valid an act of local government vis-à-vis a federal law. On the other hand, under the Brazilian Law, any court or tribunal may refuse to apply a determined law in a particular case, if they hold this law as unconstitutional. It is the diffuse control of constitutionality, in force in Brazil since the 1891 Constitution, following the influence of the American Constitutional Law. The absence of an effective and systematic control of constitutionality within the Superior Court of Justice, constitutes one of the major reasons for the repeated discrepancy of understanding between the STJ and the STF. In this paper, one tries to demonstrate that the Superior Court of Justice has the power and the duty to exercise the diffuse control of constitutionality when considering the Special Appeal provided for in Art. 105, III, of the Brazilian Federal Constitution, regardless the fact that a declaration of unconstitutionality benefits one of the parties in the dispute, as it already occurs in the praxis of that Superior Court, although in an erratically way.

**KEYWORDS:** Law. Constitutional Law. Civil Procedure Law. Judicial Sociology. Constitutional Jurisdiction.

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil qualquer juiz ou Tribunal pode recusar a aplicação de uma lei, no caso concreto, por considerá-la inconstitucional (MENDES, 2004). Entretanto, no recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, este órgão do Poder Judiciário, sem exarar um juízo de mérito acerca da constitucionalidade da Lei de regência à espécie, vem aplicando em seus julgamentos legislação federal que, não raro, é tida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A postura do Superior Tribunal de Justiça frente ao texto constitucional no julgamento de recursos especiais bem como a identificação das causas, conseqüências e possíveis soluções acerca da ausência de controle de constitucionalidade na instância especial serão objeto de análise no presente estudo.

Neste trabalho, pretende-se identificar algumas das causas e conseqüências relacionadas ao fato de que tantas decisões do Superior Tribunal de Justiça deixam de ser confirmadas pelo Supremo Tribunal Federal, além de apontar eventuais soluções para tal assimetria. De fato, o recurso especial é de fundamentação vinculada (art. 105 da Constituição Federal) e só se mostra cabível quando a decisão recorrida de única ou última instância, proferida pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados contrariar a tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar como válido ato de governo local contestado em face de lei federal; der a lei federal interpretação divergente da que lhe seja haja atribuído outro tribunal.

No direito brasileiro, qualquer juiz ou Tribunal pode recusar a aplicação de uma lei, no caso concreto, por considerá-la inconstitucional. É o controle difuso pela via da exceção, que vigora no Brasil desde a Constituição de 1891 e da Lei nº 221 de 1894, adotado em nosso país por influência do Direito Constitucional Norte-Americano<sup>1</sup>.

Entretanto, no recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, este órgão do Poder Judiciário, sem exarar um juízo de mérito acerca da constitucionalidade da Lei de regência à espécie, vem aplicando em seus julgamentos legislação federal que, não raro, é declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Um órgão do Poder Judiciário, ao aplicar uma Lei Federal inconstitucional, acaba por relativizar a rigidez e a supremacia da Constituição. Tal fenômeno é ainda mais grave quando ocorre de forma reiterada e sem qualquer fundamentação de mérito acerca da

<sup>1</sup> Nelson Sampaio afirma em sua obra o Poder de Reforma Constitucional que o controle de constitucionalidade vingou nos Estados Unidos, através de uma conquista da jurisprudência, que se concretizou na famosa sentença do juiz John Marshal, no caso *Malbury versus Madison* (1803), na qual sustentou que essa faculdade do poder judiciário estava implícita na constituição como um corolário de sua rigidez, ou, em outras palavras, como uma garantia do respeito da lei magna pelo legislador ordinário (p. 72-73).

constitucionalidade da Legislação Federal invocada na espécie como razão de decidir.

Para exemplificar, convém citar o *leading case* *PETTENATI S/A INDÚSTRIA TÊXTIL* x União (Recurso Extraordinário nº 577.302/RS) acerca do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI mediante compensação tributária. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal-STF<sup>2</sup> decidiu uma controvérsia que durava mais de duas décadas, com inúmeras decisões do STJ favoráveis aos contribuintes<sup>3</sup>, pronunciando a inconstitucionalidade de tal benefício fiscal setorial por afrontar o art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, para reconhecer a improcedência do pedido das empresas.

Em sessão do pleno do pretório excelso, o Ministro Eros Grau chegou a afirmar que aquele seria um dos recursos extraordinários de julgamento mais fácil já realizado pelo STF, tendo em conta que bastaria verificar, simploriamente, se o crédito-prêmio seria ou não um incentivo fiscal setorial, circunstância esta que atraiu a incidência do art. 41, § 1º, do ADCT para o caso *sub judice*.

## 2 A POSIÇÃO DO STJ SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E INCIDENTAL EM RECURSO ESPECIAL

Antes de tratarmos do Controle Difuso de Constitucionalidade, convém trazer à lume a posição de um de seus maiores críticos. Para KELSEN (2007) a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição. O jurista austríaco, ao discorrer sobre a reforma constitucional da Áustria de 1920, informa que não se considerou desejável garantir a toda corte judiciária o poder ilimitado de se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis, ante o risco de falta de uniformidade em questões constitucionais. Por tal razão, KELSEN reputa como altamente recomendável uma centralização da revisão judicial da legislação no interesse da autoridade da Constituição.

De outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil adota, expressamente, o controle difuso de constitucionalidade atribuído a todo órgão do Poder Judiciário. No caso do Superior Tribunal de Justiça,

2 EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO. RE NÃO CONHECIDO. I – A jurisprudência da Corte é no sentido de que a apreciação das questões relativas à prescrição de pretensão à compensação de crédito decorrente de incentivo fiscal depende da análise de normas infraconstitucionais. II - Precedentes. III – Recurso não conhecido.

3 Cf. REsp 449.471/RS, Relator o Min. João Otávio de Noronha, no qual o STJ positivou o entendimento de que o crédito-prêmio teria vigência por prazo indeterminado.

não é diferente. Conforme o art. 97 da Constituição Federal, pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte Especial do STJ, poderia esta Corte Superior pronunciar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Segundo a jurisprudência pacífica do próprio STF, abrandou-se os rigores do art. 97 da *Lex Legum*, pois com o julgamento pelo STF ou pelo pleno do Tribunal ou do órgão especial sobre a matéria, poderá o órgão fracionário (no caso do STJ seriam as Turmas e as Seções) pronunciar, desde logo, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público<sup>4</sup>.

Além disso, pode o magistrado decidir incidentalmente acerca da inconstitucionalidade da norma jurídica de ofício, ainda que não haja provocação, e deixar de aplicar a norma infraconstitucional no caso concreto (ANJOS FILHO, 2003).

Entretanto, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 105 da Constituição Federal, positivou na sessão de julgamento realizada em 18/04/2001, por maioria, o entendimento de que “não dispõe do contencioso constitucional” quando julga recurso especial. Pela importância deste precedente, trazemos abaixo o inteiro teor da ementa deste julgado da Corte Especial do STJ:

Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Arguição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr. Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a arguição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.
2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.
3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltará cabimento.
4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.
5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).

<sup>4</sup> Cf. RE 516814 ED / SP - SÃO PAULO; EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 14/09/2010; Órgão Julgador: Segunda Turma.

6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.

7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.

8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese.

9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos.<sup>5</sup>

Mais recentemente, verifica-se uma mudança de entendimento jurisprudencial na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Em dois recursos da Relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, o órgão especial do STJ exerceu o controle de constitucionalidade da Lei Federal em julgamento de recurso especial<sup>6</sup>.

Do acórdão exarado na Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 616.348/MG, merece destaque o voto do Ministro Pádua Ribeiro, que sinaliza para uma mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao controle de constitucionalidade na instância especial:

Sr. Ministro Relator, alega-se, no recurso especial, ofensa ao dispositivo da lei federal. A Turma julgará e verificará: se o texto não for inconstitucional, ocorrerá ofensa. Será, então, caso de conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Mas, se o texto for inconstitucional, evidentemente, o recurso será desprovido. Não é verdade? Por isso, há esta dificuldade: como deixar de examinar a questão constitucional? Ao julgar o recurso especial, pelo mérito, pode-se, até mesmo, dele conhecer para proclamar a nulidade de ofício. Isso vale para matéria constitucional. É da nossa competência, de todo Tribunal do País declarar a inconstitucionalidade

5 Processo AI no REsp 215881 / PR; ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO ESPECIAL; 1999/0045345-0; Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO; Relator(a) p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES; Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL; Data do Julgamento 18/04/2001; Data da Publicação/Fonte DJ 08/04/2002, p. 111.

6 Confram-se os precedentes exarados nas Arguições de Inconstitucionalidade nos Recursos Especiais de n. 616348/MG e 644736/PE.

por maioria absoluta dos votos. Declarar a inconstitucionalidade significa declarar a nulidade da lei. *Não tem sentido declarar a inconstitucionalidade se for a favor do recorrido, e não do recorrente. Isso é difícil de se aceitar. Se há uma viabilidade à inconstitucionalidade e ela é suscitada quando do julgamento da Turma, penso que pode beneficiar uma ou outra parte. Não me parece lógico que a declaração de nulidade da lei fique jungida apenas ao recorrente ou ao recorrido. Este é o meu posicionamento: argüida a inconstitucionalidade, ela há de ser examinada aqui pela Corte Especial, sem essa preocupação se a declaração, uma vez proclamada, beneficiará ao recorrente ou ao recorrido.*

Rejeito a preliminar” (grifo nosso).

O Ministro Pádua Ribeiro já houvera manifestado publicamente a sua preocupação quanto ao fato do Superior Tribunal de Justiça está se convertendo numa “Corte de Passagem”. Em matéria jornalística publicada em 10/04/2007 no portal do STF mantido na rede mundial de computadores - Internet -, o magistrado do STJ afirmou o seguinte:

Mas há outra questão que deve ser levada em consideração, na opinião de Pádua Ribeiro: uma melhor definição das competências dos Tribunais da Federação. ‘Penso que o Supremo Tribunal Federal deveria ficar com sua competência adstrita à matéria constitucional, porque senão haverá sempre uma perda de tempo, porque o Superior Tribunal de Justiça, na verdade, está se convertendo em uma Corte de Passagem. Salvo as matérias de Direito Privado, toda matéria de Direito Público e Criminal, em princípio, sobe para o Supremo, o que contribui para desvirtuar o sentido da criação constitucional do Superior Tribunal de Justiça.’

O ministro defende uma reflexão sobre o tema. Cada tribunal responsável pelos seus temas de forma que o STJ jamais se converta em uma Corte de Passagem para o Supremo Tribunal, com a instauração inconstitucional e ilegal de uma quarta instância, o que já está ocorrendo na prática.

Em que pese esta nova tendência jurisprudencial, ainda mostra-se incipiente o controle de constitucionalidade em recurso especial no âmbito da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para decidir acerca da argüição incidental de inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do STF<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Súmula Vinculante 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 a sua incidência no todo ou em parte.

## 2 PARALELISMO E DIFERENÇAS ENTRE O RECURSO ESPECIAL PARA O STJ COM O RECURSO ESPECIAL ELEITORAL

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

Tal diferença de tratamento entre o recurso especial eleitoral e o recurso especial para o STJ não teria o condão de obstar que o Superior Tribunal de Justiça negue vigência a uma Lei Federal inconstitucional. Numa interpretação sistemática da Constituição, observa-se que todo o Tribunal Judiciário possui o poder-dever de pronunciar a inconstitucionalidade de Lei ou Ato normativo contrário à *Lex Legum*, nos termos do art. 97 da *Lex Legum*. Entendimento contrário prejudicaria a rigidez e a supremacia da Constituição Federal, tuteladas pelos instrumentos de controle de constitucionalidade confiados aos diversos órgãos do Poder Judiciário.

## 3 OBSTÁCULOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO ESPECIAL PELO STJ – O DIAGNÓSTICO E A SUPERAÇÃO DO PARADOXO – A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Para se traçar um diagnóstico sobre a existência de um paradoxo no sistema de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, impende investigar acerca das seguintes questões:

- a) é possível ao Superior Tribunal de Justiça exercer o controle difuso de constitucionalidade no recurso especial fundamentado no art. 105, III, da Constituição Federal, independentemente do fato da declaração de inconstitucionalidade beneficiar a parte recorrente ou a parte recorrida?
- b) quais as conseqüências jurídicas e políticas decorrentes da ausência de controle de constitucionalidade na instância especial por parte do STJ?
- c) a teoria sobre a evolução dos sistemas, de LUHMANN, explica o fato de que o STJ, contrariando a pretensa vontade do Constituinte, em diversos precedentes jurisprudenciais vem exercendo o Controle de Constitucionalidade da legislação federal por vias transversas, sem observar o disposto no art. 97 da Constituição Federal?



A despeito da ausência de maior aprofundamento doutrinário e científico acerca do controle de constitucionalidade que já está a ocorrer no recurso especial dirigido ao STJ, pretende-se aqui, tão-somente, despertar o leitor para uma reflexão acerca do tema tratado neste breve arrazoado.

Malgrado a existência de inequívocos sinais na jurisprudência do STJ pela possibilidade de controle de constitucionalidade de lei federal no âmbito do recurso especial, inclusive em órgãos fracionários diversos da Corte Especial<sup>8</sup>, verifica-se, por outro lado, uma vastidão de precedentes em sentido contrário que refutam a competência do STJ para conhecer e aplicar o texto constitucional na instância recursal especial<sup>9</sup>.

Este aparente conflito que se verifica no interior da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça deve ser analisado à luz da Teoria dos Sistemas elaborada pelo Advogado, Filósofo e Sociólogo alemão Niklas Luhmann.

Para LUHMANN (2009), não há nenhum observador externo ao sistema social que possa analisá-lo com distância e imparcialidade. A razão do sistema evoluir é o imperativo de sobrevivência à complexidade do ambiente que cria constantemente novas possibilidades de forma inesperada. A nova estrutura é impulsionada por essa contingência imprevisível. LUHMANN lembra que, na sociedade, muitas coisas são planejadas, como, por exemplo, currículos escolares, sistemas de tráfego e campanhas eleitorais, mas isso não garante que os efeitos ocorram conforme pretendidos, o que o leva a concluir que o sistema evolui quando desvia do planejamento, quando não reage da mesma forma, quando não se repete. A evolução não pode ser planejada, ela se nutre dos desvios da reprodução normal (PEDRON, 2005).

Ainda que se possa afirmar que o desígnio do Poder Constituinte, seja originário (manifestado na Assembléia Constituinte de 1988, quando fora criado o Superior Tribunal de Justiça), seja reformador, tenha sido o de não conferir a esta Corte Judiciária o controle de constitucionalidade da Lei Federal, tem se verificado, na práxis judiciária, ser inviável o exercício da jurisdição, no Estado Democrático de Direito, sem se recorrer ao controle de constitucionalidade ainda que difuso das leis e atos normativos infralegais.

8 A Primeira Seção do STJ, na assentada de 27.6.2007, em julgamento do EREsp 738.689/PR, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, pacificou o entendimento no sentido de que o referido benefício fiscal foi extinto em 4.10.1990, por força do art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, segundo o qual considerar-se-ão “revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos fiscais que não forem confirmados por lei”. Assim, por constituir-se o crédito-prêmio de IPI em benefício de natureza setorial (já que destinado apenas ao setor exportador), e não tendo sido confirmado por lei, fora extinto no prazo a que alude o ADCT

9 Cf. AgRg no REsp 1125615 / RS, Rel. o Ministro Arnaldo Esteves Lima, onde se firmou o entendimento de que “não compete a este Superior Tribunal apreciar, em sede de recurso especial, violação a princípios ou dispositivos constitucionais, sequer para fins de prequestionamento, por implicar usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal”.

Veja-se que o Poder Constituinte reformador, na Emenda Constitucional nº 42/2003, resolveu suprimir uma das hipóteses de cabimento do recurso especial, originariamente estabelecida no art. 105, III, 'b', da Constituição Federal. Calha trazer à colação o magistério de AFONSO DA SILVA (2005) acerca deste episódio:

A questão suscitada no art. 105, III, b, não se limita a proteger a incolumidade da lei federal. Também o é, talvez, principalmente o seja. Contudo, na base dela está uma questão constitucional, já que se tem que decidir a respeito da competência constitucional para legislar sobre a matéria da lei ou ato local, pos ser matéria que a Constituição atribuiu aos Estados, Distrito Federal ou Municípios. Significa isso que a questão é suscetível de apreciação pelo STF, mediante recurso extraordinário.

Ora, a alteração no texto constitucional é a confirmação de que o Superior Tribunal de Justiça deveria, ao menos até a entrada em vigor da emenda constitucional nº 42/2003, enfrentar a matéria constitucional que lhe fosse submetida nos termos do art. 105, III, b, da Carta de Outubro de 1988. Tal reforma constitucional apenas assevera o quanto é problemático impedir que um Tribunal Superior aplique o direito à espécie, julgando as causas que lhe são submetidas, sem aferir a constitucionalidade da legislação federal e de atos legislativos dos demais entes federados.

Por outro lado, a casuística judiciária tem impelido o Superior Tribunal de Justiça a exarar decisões sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos federais. LUHMANN chamaria tal fenômeno de irritações do sistema provocadas pelo ambiente. Para o pensador alemão, a evolução do sistema não ocorre de forma isolada, ela depende das irritações do ambiente. E, conforme a tolerância do sistema, tais irritações podem levá-lo a mudar suas estruturas. Essa característica de produzir-se a si mesmo é chamada por MATURANA de autopoiese, responsável por um aumento constante de possibilidades até que a complexidade atinja limites não tolerados pela estrutura do sistema, levando-o a mudar sua forma de diferenciação. A evolução do sistema ocorre quando ele se autodiferencia e ainda quando há uma passagem de um tipo de diferenciação para outro.

Assim, para que o Subsistema de Controle de Constitucionalidade continue a evoluir, em prol de valores como segurança jurídica, supremacia e rigidez da Constituição Federal, economia e celeridade processual, será indispensável que o Superior Tribunal de Justiça permita-se a si próprio o exercício da jurisdição constitucional nos recursos especiais que lhe são endereçados, pondo fim ao paradoxo sistêmico pelo qual um órgão do Poder Judiciário nega-se, de forma reiterada, a exarar decisão de mérito, a partir do código direito/não direito, sobre a aplicabilidade, no caso concreto, dos dispositivos constitucionais insculpidos na carta magna.

A postura do STJ acaba por enfraquecer o sistema político que dá alicerce ao direito constitucional. Segundo CORSI, a constituição seria o “acoplamento estrutural de direito e política”, entendendo-se esses como dois diferentes subsistemas da sociedade atual. Com essa formulação, pretende-se descrever a situação na qual dois sistemas são completamente autônomos e, mediante uma estrutura comum (no caso, a Constituição), especificam, de modo extremamente circunscrito e seletivo, as possibilidades de “se irritarem” reciprocamente. A legislação, por exemplo, é um constante fator de irritação do Direito por parte da Política. Diversamente do que pode parecer à primeira vista, portanto, a invenção da Constituição é, sobretudo, uma reação à diferenciação entre Direito e Política e uma tentativa de resolver os seus problemas: o problema da soberania popular e o problema da positivação (autodeterminação) do Direito (apud PEDRON, 2005).

#### 4 CONCLUSÃO

Sem a ambição de esgotar as causas, conseqüências e possíveis soluções para o controle de constitucionalidade por parte do Superior Tribunal de Justiça na instância recursal especial, o presente estudo visa a trazer a lume uma constatação inquietante para os observadores do sistema jurídico e do subsistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

É de fundamental importância que o controle de constitucionalidade difuso e incidental passe a ser exercido pelo STJ na instância recursal especial, como forma de melhor assegurar a supremacia e a rigidez do texto constitucional, em prol da segurança jurídica, da economia e celeridade processual. Esta Corte Superior, ao se permitir exercer a jurisdição constitucional nos recursos especiais que lhe são endereçados, passará a ocupar lugar de destaque na sociedade aberta dos intérpretes constitucionais, sendo possível vislumbrar-se, assim, um horizonte em que poderá findar o paradoxo sistêmico por meio do qual um órgão de cume do Poder Judiciário nega-se, de forma reiterada, a exarar decisão de mérito, a partir do código direito/não direito, sobre os diversos dispositivos constitucionais insculpidos na carta magna.

Como bem assinalado por HABERLE (1997), no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Vejamos o seguinte trecho da obra *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassunginterpretation diese offene Gesellschaft immer Von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Assim, como resposta às indagações acima formuladas, propõe-se as seguintes assertivas:

- a) o STJ é um Tribunal Judiciário cujo poder-dever jurisdicional decorre diretamente da Constituição Federal, sendo competente, portanto, como qualquer outro órgão do Poder Judiciário, para declarar, em controle de constitucionalidade difuso e incidental, inclusive de ofício, a inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal nos Recursos Especiais que lhe são endereçados (art. 97), independentemente da declaração de inconstitucionalidade vir a beneficiar o recorrente ou recorrido;
- b) a casuística judiciária como motor da evolução do Sistema Jurídico Constitucional, conforme a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, tem impelido o STJ a exercer o controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional por vias alternativas, sem a necessária observância ao disposto no art. 97 da Constituição Federal (competência reservada à Corte Especial);
- c) é de fundamental importância que o STJ sistematize o Controle de Constitucionalidade a ser desempenhado no âmbito da instância recursal especial, de forma a melhor assegurar a supremacia e a rigidez do texto constitucional em prol da segurança jurídica, da isonomia, da economia e celeridade processual, passando assim a exercer jurisdição constitucional nos recursos especiais que lhe são endereçados, cessando o paradoxo sistêmico por meio do qual um órgão de cúpula do Poder Judiciário nega-se, de forma reiterada, a exarar decisão de mérito nos casos em que a solução jurídica depende, necessariamente, da interpretação dos diversos dispositivos e princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2003.

AVRITZER, Leonardo. *A Moralidade da Democracia: Ensaio em teoria habermasiana e teoria democrática*. 1. ed. Belo Horizonte: Perspectiva, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 35. p. 169-189, jan./jun. 2001.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Speiber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 1. ed. São Paulo: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. (La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). *et alli. Il Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.).

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEDRON, Flávio Quinaud. *A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 591, 19 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6309>>. Acesso em: 2 nov. 2010.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.