UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB

FACULDADE DE DIREITO - FD

GABRIEL RAMIRES COSTA MATOS

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO REALIZADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENQUANTO CORTE SUPREMA

BRASÍLIA - DF

2021

GABRIEL RAMIRES COSTA MATOS

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO REALIZADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENQUANTO CORTE SUPREMA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Me. Marcus Flávio Horta Caldeira

BRASÍLIA - DF

2021

Ficha catalográfica elaborada automaticamente, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

MM433c

Matos, Gabriel Ramires Costa
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO REALIZADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENQUANTO CORTE SUPREMA / Gabriel Ramires Costa Matos; orientador Marcus Flávio Horta Caldeira. -- Brasília, 2021.
68 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2021.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Constituição Federal. 3. Interpretação conforme a Constituição. 4. Superior Tribunal de Justiça. 5. Cortes Supremas. I. Caldeira, Marcus Flávio Horta, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL RAMIRES COSTA MATOS

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO REALIZADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENQUANTO CORTE SUPREMA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 28/10/2021.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Me. Marcus Flávio Horta Caldeira

(Orientador – Presidente)

_____

Prof. Me. Fernando Natal Batista

(Membro)

_____

Prof. Dr. Bruno Corrêa Burini

(Membro)

Dedico esta monografia a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para o alcance deste êxito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao querido professor Marcus Caldeira, pelos importantes ensinamentos e, em especial, por ter se disponibilizado a orientar-me neste trabalho.

Aos meus pais, que sempre me acompanharam de perto nesta breve e intensa trajetória acadêmica, e ao meu irmão, Davi.

Aos colegas de turma e de estágio, aos professores e aos servidores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

E agradeço ao bom Deus, pela saúde, pelo amor e pelas dádivas diárias, sem os quais não teria chegado até aqui.

RESUMO

Este trabalho acadêmico está dividido em três partes e busca compreender como o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, conceituado como um sistema misto, opera em um cenário institucional complexo, dado que, após o advento da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se no Brasil um sistema com duas Cortes Supremas, mediante o qual ao Supremo Tribunal Federal coube o julgamento das matérias constitucionais e ao Superior Tribunal de Justiça o das questões ligadas à legislação federal. Esses fatores em conjunto trazem implicações teóricas e práticas para a jurisdição constitucional no país, dentre elas o problema de indefinição na competência jurisdicional entre essas duas Cortes, como a qual delas compete a interpretação da lei à luz da Constituição Federal, por exemplo, ou em que momento o Superior Tribunal de Justiça poderá realizar o controle difuso de constitucionalidade. Por último, este trabalho também se volta ao problema da crise numérica das Cortes Supremas e traz, em seu terceiro capítulo, propostas de solução para a crise recursal que acomete o Superior Tribunal de Justiça, a fim de que, enquanto Corte Suprema, possa exercer seu papel com maior protagonismo.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Constituição Federal. Interpretação conforme a Constituição. Superior Tribunal de Justiça. Cortes Supremas.

ABSTRACT

This academic work is divided into three parts and aims to understand how the Brazilian model of judicial review, which is conceptualized as a hybrid model, operates in a complex institutional scenario, since, after the advent of the Federal Constitution of 1988, a system formed by two Supreme Courts was inaugurated in Brazil, with the Federal Supreme Court being responsible for adjudicating constitutional matters and the Superior Court of Justice being responsible for deciding federal legislation matters. These factors together bring theoretical and practical implications for the constitutional jurisdiction in the country, among them the problem of jurisdictional competence between these two Courts, such as which one is responsible for interpreting the law in the light of the Federal Constitution or when the Superior Court of Justice will be able to perform judicial review of legislation. Finally, this work also considers the problem of the crisis of the Supreme Courts and presents, in its third chapter, some proposals for solutions to the appeal crisis that affects the Superior Court of Justice, in order that this Supreme Court could fulfill its role with greater prominence.

Keywords: Judicial review. Federal Constitution. Interpretation according to the Constitution. Superior Court of Justice. Supreme Courts.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF ou CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC ou CPC/15 ou Novo CPC – Código de Processo Civil de 2015

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TFR – Tribunal Federal de Recursos

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12
2 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL 16
2.1 A ausência de controle judicial de constitucionalidade na Constituição Imperial de 1824 16
2.2 O controle de constitucionalidade no início do regime republicano e após a Constituição de 1891 17
2.3 A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade 18
2.4 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937 19
2.5 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1946 e a Emenda nº 16/65 20
2.6 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969 21
2.7 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988 23
2.8 A criação do Superior Tribunal de Justiça 24
3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E O PROCEDIMENTO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS, COM DESTAQUE PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 27
3.1 A operacionalização do sistema de controle de constitucionalidade no modelo misto brasileiro com duas Cortes Supremas 29
3.2 A jurisprudência "defensiva" do STJ no controle de constitucionalidade 32
3.3 A "zona de penumbra" existente entre o STF e o STJ 35
3.4 As diferenças entre interpretação da lei conforme a Constituição e controle de constitucionalidade 37
3.5 A quem compete a interpretação da lei federal conforme a Constituição 40
3.6 A competência do STJ na interpretação da lei conforme a Constituição e a competência do STF no controle de constitucionalidade posterior 42
3.7 A (im)possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça realizar controle de constitucionalidade da lei federal via recurso especial 46
4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE

JUSTIÇA EM UM CENÁRIO DE CRISE NUMÉRICA DAS CORTES SUPREMAS BRASILEIRAS 51
4.1 Cortes Superiores e Cortes Supremas: distintas implicações ao sistema recursal extraordinário e à jurisdição das Cortes de vértice 52
4.2 Os recursos excepcionais e as causas da crise numérica que acomete as Cortes Supremas 55
4.3 Alterações legislativas, administrativas e jurisprudenciais já observadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça 56
4.4 As propostas de solução para a crise do Superior Tribunal de Justiça: da objetivação ao filtro de relevância nos recursos especiais 58
4.5 A objetivação como viabilizadora da atuação mais proativa do STJ em seu papel constitucional 61
5 CONCLUSÃO 63
REFERÊNCIAS 64

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, combina tanto o modelo tradicional de controle difuso-incidental das normas, existente desde 1891, quanto o modelo concentrado-abstrato. Com isso, tem-se que, sob a perspectiva orgânica, o modelo brasileiro é misto, haja vista a adoção dos modelos americano e austríaco.

Além do modelo híbrido de controle de constitucionalidade, a Constituição estabelece um sistema com duas Cortes Supremas, uma em matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF), e outra em matéria infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça (STJ).[1]

Devido à coexistência dessas duas Cortes Supremas, observam-se dificuldades teóricas em se compatibilizar as atribuições do Superior Tribunal de Justiça e o controle de constitucionalidade difuso-incidental, o qual foi confiado pelo art. 97 da Constituição Federal a todos os juízes e tribunais do país.

A hipótese a ser verificada nesta pesquisa é a seguinte: considerando a adoção do modelo difuso de controle de constitucionalidade, embora coexistam duas Cortes Supremas, afirma-se que ao STJ cumpre também atuar no controle de constitucionalidade e na interpretação constitucional, inclusive no julgamento do recurso especial.

Definir o escopo da jurisdição constitucional a ser feita pelo STJ não é tarefa simples. Isso porque, por ser o STJ instância recursal extraordinária, cujo recurso especial possui requisitos de admissibilidade próprios dos recursos extraordinários *lato sensu*, o papel do Tribunal da Cidadania no controle de constitucionalidade difuso tende a ficar subestimado, por existir outra instância extraordinária à qual compete precipuamente a guarda da Constituição Federal.

Por meio da análise jurisprudencial, tem-se que, atualmente, o Superior Tribunal de Justiça possui um entendimento mais restritivo, de que a ele compete a análise da conformidade de decisões, atos e normas à legislação federal. Sendo assim, recursos especiais que questionem determinada interpretação constitucional costumam, no âmbito do STJ, ter negada a sua admissibilidade.

---

[1] No presente trabalho, consideraremos a existência de duas Cortes Supremas (STJ e STF), haja vista que, em razão do recorte metodológico e do referencial teórico empregado, abordaremos apenas o que tange à justiça comum civil. Entretanto, não se exclui a existência de outros Tribunais Superiores de mesma hierarquia do STJ no âmbito da justiça especializada (TST, TSE e o STM).

Nessa linha, observou-se, em certos casos, um conflito negativo de prestação jurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, gerando uma zona de indefinição entre as Cortes Supremas. Isso se dá quando a questão recursal é tanto constitucional (o que, em tese, afastaria o conhecimento do STJ) como uma ofensa reflexa à Constituição (impedindo, em princípio, a análise perante o Supremo).

Há situações, por outro lado, em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça conhecem da mesma questão simultaneamente, numa sobreposição de competências.

A esse fenômeno de entraves e indefinições das atribuições das duas Cortes o professor Luiz Guilherme Marinoni (2019a) chama de "zona de penumbra entre o STF e o STJ", uma vez que não se permite delimitar com segurança as competências judicantes desses órgãos recursais quando os recursos a eles dirigidos versem sobre questões constitucionais.

Chega-se, então, ao problema específico que se pretende compreender, qual seja, de quais formas a coexistência de duas Cortes Supremas afeta o controle de constitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça e, a partir disso, descrever em que situações a jurisdição constitucional do STJ pode ser provocada, a fim de que seja o Tribunal da Cidadania instado a interpretar a lei federal nos termos da Constituição ou, se necessário, a declarar a inconstitucionalidade incidental de lei.

O assunto ora abordado encontra-se inscrito na linha de pesquisa ligada ao processo e jurisdição constitucional e sua importância e relevância podem ser aferidas tendo em mente que a conceituação dos limites objetivos da jurisdição constitucional do STJ ainda carece de estudos acadêmicos, sobretudo em relação às disfuncionalidades do modelo atual.

Cumpre salientar, por outro lado, que esta pesquisa somente se tornou possível pela contribuição doutrinária e jurisprudencial já existente sobre o assunto, de modo que, para fins de organização, esta monografia encontra-se dividida em três partes.

O primeiro capítulo trata da evolução histórica do controle de constitucionalidade difuso e concentrado no Brasil, assim como a criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Cidadã de 1988, a qual inaugurou um sistema *sui generis*, a saber, um modelo misto de controle de constitucionalidade coexistindo com duas Cortes Supremas.[2]

[2] Importante ressaltar que o modelo misto de controle de constitucionalidade é também observado em outros países latino-americanos, sendo a junção dos modelos americano e austríaco considerada, por alguns autores, uma contribuição peculiar da América Latina (CALDEIRA, 2014, p. 301). Todavia, no Brasil temos um sistema *sui generis*, qual seja, além do modelo misto de controle de constitucionalidade, um modelo com duas Cortes Supremas (STJ e STF).

No segundo capítulo, por sua vez, explora-se a operacionalização desse sistema de controle de constitucionalidade difuso no Brasil, abordando-se o problema da zona de penumbra entre o STF e o STJ, bem como a forma que a jurisprudência defensiva das Cortes influencia no não conhecimento das questões de constitucionalidade, no âmbito especialmente do STJ.

O terceiro capítulo, por fim, expõe o quanto a crise numérica das Cortes Supremas pode dificultar uma mudança de postura do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de impedir uma atuação mais proativa na jurisdição constitucional, além do capítulo apresentar algumas das soluções trazidas para o problema da crise numérica dessas Cortes.

Em se tratando da metodologia empregada na presente pesquisa, cuida-se da preconizada pela vertente jurídico-dogmática, porquanto são objeto de análise elementos internos do ordenamento jurídico e a relação entre diferentes institutos jurídicos ligados ao controle de constitucionalidade difuso-incidental.

Outrossim, a análise de dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição Federal de 1988, bem como dos principais argumentos da jurisprudência serão basilares para a identificação da situação atual do controle de constitucionalidade difuso no âmbito do STJ e os seus limites.

Juntamente com esses, será dado destaque a obras doutrinárias e acadêmicas que tratem da temática, em especial os trabalhos dos professores Luiz Guilherme Marinoni (2019a) e Fernando Natal Batista (2018). Este trabalho buscará trazer tanto os pontos convergentes quanto os pontos dissonantes entre os autores, com vistas ao enriquecimento da questão.

Nesse sentido, os marcos teóricos desta pesquisa são a afirmação, por parte de Luiz Guilherme Marinoni (2019a), da existência de uma “zona de penumbra” entre o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), bem como, por outro lado, a necessidade de o STJ atuar com maior protagonismo no controle difuso de constitucionalidade, defesa presente na obra de Fernando Natal Batista (2018).

A forma de pensamento do fenômeno jurídico abordado corresponde a de um raciocínio dedutivo, eis que serão conceituadas, primeiramente, duas premissas jurídicas gerais: a primeira será composta por axiomas do controle de constitucionalidade brasileiro, cujas regras e princípios sejam pressupostos aceitos pela doutrina e jurisprudência majoritárias.

A segunda premissa é relativa ao desenho institucional do Superior Tribunal de Justiça dado pela Constituição Federal de 1988 e, mais recentemente, pelo CPC/15, ao qual, embora seja-lhe atribuída a guarda da legislação infraconstitucional, não está alijado do exercício da proteção à supremacia da Constituição via controle de constitucionalidade.

A partir desses dois conceitos gerais, constata-se que, conquanto o STJ tenha atribuições para o desempenho de função mais ativa no controle de constitucionalidade brasileiro, não o faz por razão de sua jurisprudência defensiva. Essa jurisprudência é, muitas vezes, amparada, não sem justificativas, em interpretações mais restritivas dos papeis dessa Corte Superior, baseadas, por exemplo, nos artigos 1.032 e 1.033 do CPC/15, Súmula 126/STJ e requisitos de admissibilidade próprios dos recursos excepcionais (como a mitigação do efeito translativo pela exigência de prequestionamento).

Considerando os marcos teóricos supracitados, para os quais ao Superior Tribunal de Justiça compete o exercício proativo da jurisdição constitucional, não apenas a interpretação e uniformização do direito federal, afirma-se ser, então, imprescindível a tentativa de construção de um modelo racional objetivo que exponha e delimite qual deve ser o escopo e objeto de controle do STJ ao interpretar a lei federal à luz da Constituição, proporcionando ao jurisdicionado maior clareza acerca do devido processo constitucional nas cortes superiores.

O diálogo com estudiosos do tema terá também como finalidade apresentar modelos que definam, dentro de certas balizas, quais os casos em que caberá o recurso especial e em quais, recurso extraordinário, nos processos cuja interpretação constitucional das leis faça-se necessária.

Por fim, esta pesquisa, ciente de que as relações normativas teóricas devem também ser pensadas de forma externa, sob a ótica não só da eficiência, mas da eficácia, traz algumas das possibilidades e consequências processuais e fáticas da ampliação da competência jurisdicional constitucional do STJ, tendo como base o cenário da crise vigente pela qual passa o Tribunal da Cidadania.

2 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A partir do século XIX, o controle de constitucionalidade das leis via jurisdição constitucional mostrou-se um dos instrumentos mais importantes no dinamismo evolutivo da teoria da separação dos poderes. Foi outorgada à jurisdição, sobretudo pelas ideias federalistas, a proteção dos direitos fundamentais e a verificação da validade das normas ordinárias em face das constituições escritas e rígidas (BATISTA, 2018, p. 31).

Embora tenha ocorrido em 1803 o reconhecimento histórico do controle judicial pela via difusa nos Estados Unidos, por ocasião do emblemático caso *Marbury vs. Madison*, no Brasil o controle de constitucionalidade feito por órgãos judiciais só foi adotado na Carta Republicana de 1891.

2.1 A ausência de controle judicial de constitucionalidade na Constituição Imperial de 1824

A compreensão da separação dos poderes logo após a independência era ainda permeada pela visão monarquista, a qual, segundo Marcelo Casseb Continentino, predominava entre os membros da Assembleia Constituinte de 1823 e, por consequência, influíram na criação da Constituição Imperial de 1824 (CONTINENTINO, 2015, p. 88).

Não se concebia o Poder Judiciário como revestido de independência institucional equivalente à dos demais poderes, mas como sendo uma espécie de ramificação do Poder Executivo ou uma atividade que era delegada excepcionalmente por aquele, entendimento dogmático o qual é característico de constituições de reinados (BATISTA, 2018, p. 32).

Sendo assim, a Carta Imperial, por influência francesa, outorgou exclusivamente ao Poder Legislativo a atribuição de "fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las" (art. 15, VIII), bem como a atribuição de "velar na guarda da Constituição" (art. 15, IX) (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1173).

Outrossim, por força do Poder Moderador, a Constituição de 1824, em seu art. 98, delegava privativamente ao Chefe de Estado o ofício de zelar sobre "a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos", isto é, permitia-se a sua intervenção nos demais poderes para a garantia do bem-estar geral da nação.

Nesse sistema, portanto, não havia qualquer lugar ao incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1173). Nesse sentido, tem-se que naquela época os juízes eram tidos como "adversários potenciais da Revolução" e o Judiciário era visto como órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei, não podendo interpretá-la "segundo a sua própria vontade". Constatava-se, assim, uma "subordinação do Judiciário ao Parlamento" (BRANCO, 2009, p. 25).

2.2 O controle de constitucionalidade no início do regime republicano e após a Constituição de 1891

Logo nos primeiros anos do regime republicano, porém, o país se preparava para uma nova ordem constitucional. Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, surge no Brasil um importante instrumento de controle judicial de constitucionalidade — o recurso extraordinário.

O recurso extraordinário, fundado no modelo norte-americano do *Judiciary Act*, adentrou o ordenamento brasileiro, de fato, através do Decreto nº 848, de 11-10-1890. O mencionado Decreto tratava, em seu art. 9º, das competências gerais do Supremo Tribunal Federal e, em seu parágrafo único, inciso II, dispunha sobre o cabimento de um determinado recurso em face das "sentenças definitivas proferidas por tribunais e juízes dos estados", nos seguintes casos:

> a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;
> b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;
> c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula. (redação original)

Esse instrumento jurídico era apenas denominado "recurso" pelo Decreto nº 848 de 1890, vindo a ser chamado extraordinário posteriormente, para fins de diferenciação dos outros recursos ordinários julgados pelo STF.

O Decreto nº 848/1890, em seu art. 3º, previa ainda que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura somente interviria em espécie e por provocação

da parte pela via de exceção (i.e. difusa). “Estabelecia-se, assim, o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes” (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1174).

Além disso, Gilmar Mendes (2017, p. 1175) lembra que a Lei nº 221, de 20-11-1894, veio aclarar, ainda mais, o sistema de controle de constitucionalidade que se estava adotando a partir de então, consagrando-se, no art. 13, § 10, a seguinte disposição de forma expressa: “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Diante disso, destaca Marcus Caldeira (2014, p. 273) que “restou, portanto, consolidado o modelo de controle difuso e judicial de constitucionalidade entre nós” e, no que toca ao recurso extraordinário, esse passou a “desempenhar um relevante papel no controle de constitucionalidade brasileiro”.

2.3 A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade

Com a promulgação da Constituição de 1934, mantiveram-se as disposições trazidas pela Constituição de 1891 acerca do controle de constitucionalidade das leis, mas foram introduzidas significativas alterações no sistema difuso de controle vigente até então.

Estabeleceu-se a denominada cláusula de reserva de plenário (art. 179), a qual previa que a declaração de inconstitucionalidade das leis ou ato do poder público demandava maioria absoluta dos membros do tribunal *(full bench*), evitando-se a indesejada falta de segurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (MANGABEIRA, 1980, p. 159-165).

Além disso, conferiu-se ao Senado Federal a competência para dar efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, podendo “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento” (arts. 91, IV, e 96), de modo a fazer com que a decisão não se limitasse às partes envolvidas no processo.

Dentre as inovações advindas com a Carta de 1937, talvez a principal delas seja a criação da representação interventiva, considerada a mais antiga das ações do controle concentrado no Brasil, cujo legitimado para a sua propositura era e permanece até os dias atuais sendo o Procurador-Geral da República.

Essa ação direta do controle concentrado diferencia-se das demais, visto que cuida da preservação do pacto federativo e não realiza análise em abstrato de normas. É, portanto, uma ação, proposta pelo PGR, em que se julga determinado caso concreto de possível violação aos princípios constitucionais sensíveis.

Como explica Luís Roberto Barroso (2011, p. 85),

> Com a Constituição de 1934 foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada representação interventiva. A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observação obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais sensíveis, constantes do art. 7º da Carta) precisava ser previamente submetida à mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade.

Percebe-se, portanto, que a Constituição de 1934, embora tenha tido breve vigência, em razão das vicissitudes que marcaram aquele período histórico, possui especial valor para a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. Aperfeiçoou-se o sistema difuso, com a introdução de novos institutos, ao tempo em que se criou a primeira ação direta do controle concentrado brasileiro, a representação interventiva.

2.4 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, marcou o início do regime ditatorial chamado de “Estado Novo”. Essa Constituição, conquanto não tenha introduzido grandes alterações formais no modelo difuso de controle, haja vista a manutenção do recurso extraordinário, trouxe dispositivos que rompiam com a tradição jurídica brasileira.

Um deles foi o art. 96, parágrafo único, da Constituição, segundo o qual, em caso de declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, o Presidente da República, caso entendesse pela necessidade da norma em nome do bem-estar da nação, dentre outras hipóteses, poderia submetê-la novamente ao Parlamento. Se cada uma das Câmaras confirmasse a validade da lei por 2/3 dos votos, a decisão do Tribunal ficaria sem efeito.

Na visão de Gilmar Mendes, “a Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade” (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1179), além de todo o seu viés antidemocrático e não-garantista.

De mais a mais, a Constituição de 1937 vedou, expressamente, em seu art. 94, “o Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, bem como o mandado de segurança

perdeu sua característica de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1181).

2.5 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1946 e a Emenda nº 16/65

Com a redemocratização em 1945, a Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle de constitucionalidade no direito brasileiro (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1181).

Pela primeira vez, a Constituição elencou, expressamente, como uma das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário "a contrariedade a dispositivo desta Constituição", juntamente com a contrariedade "à letra de tratado ou lei federal", que já constavam das Cartas anteriores (CALDEIRA, 2014, p. 278).

Esclarece Caldeira que, com a Carta de 1946, "inaugurou-se de forma expressa na Constituição a bivalência de controle de constitucionalidade e de legalidade, que já ocorria, inclusive por construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal" (CALDEIRA, 2014, p. 278).

Consoante relembra Caldeira (2014, p. 279) ao citar Buzaid, àquela época, já havia uma crise, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, referente ao grande volume de processos sob sua responsabilidade decisória:

> (...) tal como anota Alfredo BUZAID, o Supremo Tribunal Federal já enfrentava uma crise, caracterizada pelo "desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por ele proferidos; sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão".

Noutro giro, no que toca ao sistema do controle concentrado, a Constituição de 1946 conferiu nova conformação à representação interventiva, introduzida inicialmente no Texto Magno de 1934, a qual teve ampla utilização nos anos subsequentes.

O Procurador-Geral da República detinha a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação aos princípios constitucionais sensíveis (art. 8º, parágrafo único, c/c art. 7º, VII).

Após o golpe militar de 1964, ainda sob a vigência da Constituição Democrática de 1946, a Emenda nº 16, de 26.11.1965 instituiu no Brasil, pela primeira vez, o controle abstrato de normas estaduais e federais.

Ao lado da representação interventiva, criou-se a representação de inconstitucionalidade de lei federal. Seu objetivo era a verificação da lei "em tese", como se depreende da Exposição

de Motivos encaminhada pelo Dr. Juracy Magalhães, Ministro da Justiça, sugerindo a criação de:

> a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal) (...). (*Apud* BRANCO; MENDES, 2017, p. 1183).

Nos termos do Projeto de Emenda à Constituição, o art. 101, I, k, da Constituição de 1946 passava a ter a seguinte redação: "a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".

Em parecer aprovado pela Comissão Mista, de autoria do deputado Tarso Dutra, entendeu-se o referido instituto como aquele que traria maior celeridade aos julgamentos e uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis:

> A letra "k", propondo a representação a cargo da Procuradoria-Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constituiu uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8º, para tornar igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação aviltrada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis (...). (*Apud* MENDES; BRANCO, 2017, p. 1184).

Leciona Barroso que, por meio dessa representação de inconstitucionalidade, introduzia-se, no direito brasileiro, "mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal" (2011, p. 86).

Caracterizava-se, então, um instrumento "destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo", consagrando o modelo abstrato de controle de constitucionalidade (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1185), no qual se visava a preservação do ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes (BASTOS, 2001, p. 413).

2.6 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969

De modo geral, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 não trouxeram grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade, eis que se manteve intacto o controle de difuso, ao mesmo tempo em que a ação direta de inconstitucionalidade

(representação de inconstitucionalidade) e o controle *in abstracto* subsistiram como previstos na EC 16/65.

Noutro enfoque, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal, já sob a Constituição de 1967/69, enfrentava uma grande crise de proliferação de recursos extraordinários, que dominavam quase toda a pauta, decidindo, caso a caso, matérias repetitivas, muitas delas não condizentes com a estatura da Corte (CALDEIRA, 2014, p. 283).

Como destaca Rodrigo Kaufmann (2001, p. 8), as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário foram gradativamente sendo ampliadas ao longo de nossa história constitucional, fato que seguramente contribuiu para o acúmulo de processos no STF.

Para Kaufmann, o ápice dessa tendência ampliativa provavelmente tenha se dado na Constituição de 1967, em que foram criadas "a avocatória de processos judiciais e a representação de interpretação de leis e de atos normativos federais ou estaduais", contribuindo para que o Tribunal sofresse "em níveis insuportáveis, os efeitos da vulgarização de sua competência com o aumento indiscriminado de processos a serem analisados e julgados" (KAUFMANN, 2001, p. 9).

Em razão disso, pensaram-se diversas formas de redução do número de processos no Tribunal, como a ideia do ministro Victor Nunes Leal de edição de enunciados da súmula de jurisprudência dominante do STF, a fim de restringir o cabimento do recurso extraordinário, sendo o primeiro instrumento a ser posto em prática para solucionar o problema da crise numérica.

Porém, sustenta Caldeira que "esses enunciados, ao contrário da 'abolição de formalidades' desejada por Victor Nunes, no afã de restringir o cabimento dos recursos extraordinários, acabaram tornando-se instrumentos de uma verdadeira jurisprudência defensiva", fazendo com que, até os dias atuais, as partes preocupem-se, mais das vezes, "em evitar a incidência de enunciado jurisprudencial obstativo que, até mesmo, com a matéria constitucional de fundo" (CALDEIRA, 2014, p. 287).

O autor prossegue na defesa de que o modelo de enunciados sumulares, de forma isolada, não se mostrava apto para resgatar ao Supremo o papel de Tribunal Constitucional e de órgão de cúpula (CALDEIRA, 2014, p. 287).

Mostrou-se necessária, então, a criação de um outro mecanismo, a arguição de relevância, segundo o qual apenas matérias julgadas relevantes pelos E. Ministros do STF

poderiam ser conhecidas pela Corte, cuja análise era realizada em sessão secreta e irrecorrível (CALDEIRA, 2014, p. 288). O juízo prévio da relevância passou, assim, a ser um requisito de admissibilidade de todos os recursos extraordinários antes da análise do mérito propriamente dito (KAUFMANN, 2001, p. 13-14).

Para Caldeira (2014, p. 288),

> A arguição de relevância mostrava-se uma forma mais evoluída de filtro para a jurisdição constitucional exercida pelo STF em comparação às súmulas restritivas, eis que possibilitava a análise dos temas considerados relevantes pelo Tribunal para o País, ao contrário dos instrumentos relacionados à mera "jurisprudência defensiva", em que se buscava, basicamente, a análise (quase sempre tendente à rejeição) não de temas jurídicos, mas sim, de processos individuais.

Contudo, o instituto da arguição de relevância foi mal visto pela falta de transparência das decisões quanto à relevância ou não dos temas recursais, o que o fez ser associado ao regime ditatorial então em curso (CALDEIRA, 2014, p. 288).

Apesar dessa má imagem, a arguição de relevância teve um papel fundamental para a evolução do controle de constitucionalidade no país, sendo o primeiro filtro racionalizador dos trabalhos da Corte Suprema, ressaltando sua função de corte constitucional e órgão de cúpula da jurisdição brasileira (CALDEIRA, 2014, p. 289).

2.7 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

Com a redemocratização, surge a Constituição Federal de 1988, a qual amplia tanto os mecanismos jurídicos de proteção judicial de direitos subjetivos quanto o controle objetivo de constitucionalidade das leis. É na Carta de 1988 que há a criação do Superior Tribunal de Justiça, do qual passou a ser responsabilidade a interpretação e uniformização do direito federal.

A Constituição de 1988 confiou ao Poder Judiciário um papel de extremo destaque, até então não outorgado por outra Constituição (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1004). Foram-lhe conferidas autonomia institucional, administrativa e financeira, bem como autonomia funcional aos magistrados.

Foram concebidas novas garantias judiciais de proteção à ordem constitucional objetiva e dos direitos subjetivos dos cidadãos, como novas ações do controle concentrado (ADC, ADO e ADPF), além de novos remédios constitucionais (mandado de injunção, *habeas data,* mandado de segurança coletivo).

Gilmar Mendes (2017, p. 1004) destaca que o modelo vigente consagra, assim, o livre acesso ao Judiciário, sobretudo por meio de princípios e garantias fundamentais como da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LII) e do devido processo legal (art. 5º, LV).

Observa-se que a Constituição de 1988 preservou a representação interventiva com fim de aferição da compatibilidade do direito estadual com os denominados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, c/c o art. 36, III), processo no âmbito do STF que é pressuposto para a intervenção federal.

Porém, a grande mudança constitucional trazida pela Constituição de 1988, no que tange ao controle de constitucionalidade, deu-se precisamente no controle concentrado, mediante a criação de diversas ações do controle abstrato de normas e a ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento, retirando-se o monopólio da ação das mãos do Procurador-Geral da República.

O art. 103 da Constituição, por sua vez, estendeu a diversos setores da sociedade a legitimidade para a propositura das ações do controle concentrado. Com base nisso, Gilmar Mendes (2017, p. 1194) afirma que

> (...) pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento 'de correção' do sistema geral incidente. (...) A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato das normas.

No que diz respeito ao recurso extraordinário, apesar de continuar sendo um instrumento do controle incidental, observa-se que a CF/88 restringiu as suas hipóteses de cabimento, diante da criação do Superior Tribunal de Justiça e da cisão de competências.

2.8 A criação do Superior Tribunal de Justiça

A criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988 dá-se em resposta a um cenário de diversas mudanças no Brasil. Desde a organização embrionária da Justiça Federal, pelo Decreto nº 848/1890, a república brasileira modificou-se profundamente, ao longo dos séculos dezenove e vinte, e o Judiciário, enquanto poder estatal, precisou acompanhá-la (BATISTA, 2018, p. 48).

Numa perspectiva geográfica, houve a interiorização da ocupação do território brasileiro e o crescimento populacional. Mercadologicamente, viu-se a industrialização e o desenvolvimento econômico do país. No campo social, eclodiram complexos problemas coletivos, em decorrência da massificação dos contratos e da expansão dos meios de comunicação (BATISTA, 2018, p. 48).

Nesse contexto, para garantir o funcionamento e a eficácia do provimento jurisdicional no país, dada a crise do Supremo Tribunal Federal, mostrou-se necessária a separação e diminuição das competências do STF, ao qual, até então, cabia a guarda da Constituição e a uniformização do direito federal.

Com a promulgação da Constituição de 1946, foi criado o Tribunal Federal de Recursos (TFR), o qual se constituía em uma Corte de segunda instância da Justiça Federal, projetada para diminuir as atribuições e tarefas da Suprema Corte (BATISTA, 2018, p. 48).

Contudo, como explica Fernando Natal Batista (2018, p. 48), essa primeira mudança estrutural no Poder Judiciário "foi tímida e não atingiu o fim esperado, remanescendo a necessidade de criação de uma nova Corte de sobreposição nacional que, de fato, exercesse parte da competência funcional do Supremo Tribunal Federal".

No ano de 1965, ainda sob a vigência da Constituição de 1946, a questão da criação de uma nova Corte superior nacional foi analisada por eminentes juristas,[3] convidados pela Fundação Getúlio Vargas, cuja missão era a de apresentar, ao Poder Legislativo, uma proposta de Reforma do Judiciário.[4]

Natal Batista (2018, p. 50) descreve que, além da reestruturação judiciária, a moção também recomendava a revisão da competência do Supremo Tribunal Federal[5], de forma a repassar ao Superior Tribunal de Justiça o dever de uniformizar o direito federal, reservando à Excelsa Corte o seu papel de intérprete da Constituição.[6]

---

[3] Dentre os quais estavam: Themistocles Cavalcanti, Caio Tácito, Seabra Fagundes, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques e Miguel Reale.

[4] BRASIL. **Mesa redonda sobre reforma do poder judiciário**. Revista De Direito Público e Ciência Política – Rio de Janeiro – Vol. VIII, n.º 2 – Maio/Agosto, 1965, p. 139.

[5] "6 - Orientou-se o debate nitidamente, por uma solução, que teve aceitação unânime, partindo da revisão da competência do Supremo Tribunal Federal, para colocar esta alta Côrte em seu grande papel de instância constitucional, aliviando-a de encargos que poderíamos qualificar de secundários, se considerarmos o papel que deve desempenhar no sistema judiciário e constitucional" (BRASIL. **Mesa redonda sobre reforma do poder judiciário**. Revista De Direito Público E Ciência Política – Rio de Janeiro – Vol. VIII, n.º 2 – Maio/Agosto, 1965, p. 136).

[6] Entretanto, muito embora o referido estudo tenha sido apresentado ao Poder Legislativo, a Constituição de 1967 não o considerou em seu texto de vigência.

Mais de uma década depois do projeto desenvolvido pelos juristas, o Tribunal Federal de Recursos (TFR) encaminhou ao Congresso Nacional, no ano de 1976, um anteprojeto[7] de reforma do judiciário, propondo, em suma, a descentralização da justiça federal mediante a criação de tribunais regionais e a de um tribunal com jurisdição nacional, cujo encargo seria interpretar e pacificar o direito pátrio infraconstitucional (BATISTA, 2018, p. 50).

Anos mais tarde, com a reabertura democrática, o Presidente da República José Sarney, por meio do Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985, criou a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais,[8] composta por cinquenta membros e presidida por Afonso Arinos de Melo Franco, encarregada de elaborar[9] o Anteprojeto da Constituição Brasileira de 1988.[10]

Apesar das muitas nuances na história do Judiciário brasileiro, esses são alguns dos fatos que precederam a criação da nova Corte de sobreposição nacional, a qual apenas se tornou realidade com a Constituição Federal de 1988.

Desse modo, cumpre pontuar que, para além do objetivo inicial de desassoberbar o Supremo Tribunal Federal e minorar sua crise, o Superior Tribunal de Justiça foi concebido para franquear o acesso da sociedade à jurisdição de instância superior (BATISTA, 2018, p. 54).

Conforme argumenta Cândido Rangel Dinamarco (1991, p. 252), a criação do Superior Tribunal de Justiça trouxe consigo "o mérito de alargar a via de acesso à instância de superposição", uma vez que "ampliar o acesso à alta esfera do Poder Judiciário constitui valor muito precioso que (...) abre novas perspectivas e esperanças de maior acesso à população brasileira à alcandorada fruição dos bens da justiça substancial" (1991, p. 258).

---

[7] Natal Batista (2018, p. 50) narra que o mencionado texto, apesar de incorporado à Proposta de Emenda à Constituição n.º 29, de 1976, foi preterido pela proposição apresentada pelo Poder Executivo que culminou na Emenda Constitucional n.º 07/1977, a qual apenas aumentou o quadro de membros efetivos do TFR e ampliou a sua competência.

[8] BRASIL. **Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Anteprojeto Constitucional.** Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf. Acesso em: 13/09/2021.

[9] Paralelamente à Comissão Arinos, foi instalada a Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, em 1º de abril de 1987, pela Assembleia Nacional Constituinte, tendo sido apresentado um projeto substitutivo que continha, em essência, a mesma ideia: a repartição da competência do Supremo Tribunal Federal, a partir da criação de um novo tribunal de sobreposição. (BRASIL. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. Relatório sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-114.pdf. Acesso em: 13/09/2021).

[10] Após concluído o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, em que pese não tenha sido formalmente adotado pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987, aquele exerceu profunda influência sobre os trabalhos dos congressistas (BATISTA, 2018, p. 51)

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E O PROCEDIMENTO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS, COM DESTAQUE PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antes de se analisar a operacionalização do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro com duas Cortes Supremas, faz-se oportuno descrever em quais premissas se assenta hoje o modelo difuso brasileiro e como se dá o rito e o procedimento de verificação incidental da constitucionalidade das leis.

O controle de constitucionalidade difuso no Brasil encontra-se firmado em dois dispositivos constitucionais. O primeiro deles é o art. 5º, XXXV, da CF,[11] que traz o conceito da inafastabilidade da jurisdição ou da proteção judicial efetiva,[12] uma garantia constitucional assegurada na Carta de 1988.

O segundo dispositivo consiste no art. 97 da CF,[13] em que se prevê a necessidade de observância, nos tribunais, da cláusula de reserva de plenário (*full bench*) para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.[14]

É dos princípios da inafastabilidade da jurisdição ou da proteção judicial efetiva que se extraem o escopo de atuação e o papel institucional do Poder Judiciário, ao qual foram conferidas a salvaguarda da Constituição e a aplicação do direito material em concreto (BATISTA, 2018, p. 40).

---

[11] "Art. 5º [...] XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 set. 2021.

[12] "A ordem constitucional brasileira assegura, de forma expressa, desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF/88, art. 5º, XXXV). Tem-se aqui, pois, de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito" (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série IDP). 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219).

[13] "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." (BRASIL. Constituição (1988). Ob. cit. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2021)

[14] "A exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais, introduzida pela Carta de 1934 (art. 179) e reproduzida nas subsequentes (...), ensejou polêmica sobre a possibilidade de o juiz singular pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade. Prevaleceu, todavia, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional." (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1207)

Ensina Pontes de Miranda (2013) que a eficácia e o êxito da norma constitucional só ocorrem com a conferência e a verificação da inconstitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, sob pena de haver contradições normativas dentro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, para Batista, a fiscalização difusa de constitucionalidade das leis acha-se protegida pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição, sendo cláusula pétrea, eis que não pode sequer sofrer limitação pelo legislador ordinário via reforma ou alteração legislativa,[15] nem mesmo ser objeto de restrições interpretativas (WAMBIER, 2016, p. 74).

Paulo Roberto Lyrio Pimenta (2010, p. 79) ressalta que "a amplitude no seu exercício [do acesso à jurisdição] significa que as partes litigantes poderão levantar qualquer tipo de argumento, inclusive a arguição de inconstitucionalidade de lei, como questão incidental". A questão de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo pode ser suscitada, ainda, pelo Ministério Público ou terceiro prejudicado, ou mesmo *ex officio* pelos julgadores.

Por força do art. 97 da CF/88, que preconiza a cláusula de reserva de plenário ou *full bench*, tem-se um procedimento específico para a análise da questão constitucional em órgãos colegiados,[16] qual seja, o incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 948 do CPC).

A respeito do procedimento em tribunais, Barbosa Moreira (2010, p. 37) leciona que

> A arguição [de inconstitucionalidade] pode ser feita a propósito de qualquer recurso que o órgão fracionário tenha de julgar, ou de qualquer causa da sua competência originária, ou ainda de matéria obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição. Pouco importa que ela se relacione, ou não com o mérito. O que interessa, e basta, é que a decisão a ser tomada pelo órgão, seja qual for, dependa logicamente de considerar-se ou não constitucional a lei ou o outro ato objeto de arguição.

Sendo assim, ao ser arguida a inconstitucionalidade de forma incidental no processo, o órgão fracionário deverá primeiramente verificar, em juízo prévio, se realmente é caso de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (art. 949 do CPC).

---

[15] "Com efeito, a fiscalização difusa de constitucionalidade das leis, nos termos que foi insculpida, enquanto cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988), não pode ser sequer limitada pelo legislador ordinário, por reforma ou alteração legislativa, podendo, por conseguinte, ser arguida, em regra, em qualquer tipo de procedimento jurisdicional (de cognição ou recursal)." (BATISTA, 2018, p. 41).

[16] Especialmente no âmbito do STJ, o julgamento do incidente é competência da Corte Especial, composta pelos quinze ministros mais antigos, cabendo-lhe, por força do art. 11, IX, do RISTJ, apreciar "as arguições de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitadas nos processos submetidos ao julgamento do Tribunal" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ, 2021).

Caso entendam os julgadores, no âmbito do órgão fracionário, que se trata de hipótese de inconstitucionalidade da norma, há, então, uma divisão da competência recursal entre o órgão fracionário e o órgão pleno, também denominada cisão funcional.

Como explica Barbosa Moreira (2010, p. 35),

> (...) a competência fica cindida, segundo critério *funcional*, entre o órgão julgador do recurso ou da causa e o órgão a que vai caber o exame da questão suscitada como premissa da decisão. Em última análise, será julgado por *dois órgãos* distintos o recurso ou a causa, pronunciando-se cada qual sobre um aspecto da matéria. A decisão final resultará da integração de ambos os pronunciamentos: exemplo típico de decisão subjetivamente complexa.

Caso o órgão fracionário rejeite a alegação de inconstitucionalidade (art. 949, I, do CPC), ou mesmo consiga realizar interpretação da lei conforme à Constituição[17], não se faz necessária a remessa dos autos ao plenário ou órgão especial, ante a presunção de constitucionalidade das leis.[18]

3.1 A operacionalização do sistema de controle de constitucionalidade no modelo misto brasileiro com duas Cortes Supremas

Com o advento da Constituição de 1988, inaugurou-se no Brasil um sistema com duas Cortes Supremas, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Nesse desenho, o primeiro órgão ficou responsável por dar a última palavra nas questões constitucionais, ao passo que o segundo recebeu a função de fixar a interpretação definitiva da legislação federal.

Ademais, considera-se que no Brasil, desde a Emenda Constitucional nº 16/65, há um modelo misto de controle de constitucionalidade,[19] em vista da adoção tanto do modelo

---

[17] Segundo ensina Luiz Guilherme Marinoni, "(...) antes de remeter a questão ao plenário ou órgão especial, incumbe ao colegiado tentar interpretar a lei conforme a Constituição. Portanto, só há racionalidade na remessa da questão quando o órgão fracionário se dá por vencido diante da possibilidade de interpretar o dispositivo nos termos da Constituição." (MARINONI, 2019a, p. 28).

[18] Há outras duas hipóteses em que o órgão fracionário está dispensado de remeter o incidente ao órgão especial ou pleno. A primeira, em questões que já foram decididas pelo plenário ou órgão especial do tribunal ou pelo plenário do STF, sendo dispensada a instauração de novo incidente (art. 949, parágrafo único, do CPC). A segunda, nas situações em que a causa já esteja em trâmite no pleno ou no órgão especial, em virtude de competência originária ou ordinária, sendo ocioso instaurar incidente de inconstitucionalidade, visto ser possível ao órgão pleno julgar a questão desde logo (DIDIER JR., 2016, p. 677-678).

[19] Alguns autores, a exemplo de Elival da Silva Ramos e Luiz Guilherme Marinoni, discordam dessa classificação, assumindo que existem somente dois sistemas: difuso e concentrado. Veja-se: "E, sob o aspecto orgânico ou da distribuição da competência de controle, não se deveria titubear em sua caracterização como um sistema difuso, isto é, em que a todos os juízes ou tribunais (...) é deferido o poder de controlar a constitucionalidade das leis, seja pelo método incidental (mais frequentemente), seja pelo método principal. Importa reconhecer, entretanto, que a doutrina pátria, quase que de maneira uniforme, insiste em afirmar que o sistema de controle jurisdicional

americano difuso, o qual permite que todos os juízes e tribunais controlem a constitucionalidade das leis, quanto do modelo concentrado austríaco, que prevê o controle abstrato das normas sendo feito por uma corte constitucional.[20]

Conforme ensina Barbosa Moreira (2010, p. 33),

> No direito brasileiro vigente continuam a coexistir o controle *incidental* e o controle *direto* da constitucionalidade. O primeiro é exercitável por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da posição que ocupe na respectiva hierarquia, inclusive o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (sistema *difuso*), no julgamento de causa que lhe incumba, originariamente ou em grau de recurso, desde que a decisão do litígio reclame, como premissa lógica, o exame da questão de constitucionalidade, assim configurada como *prejudicial*. O segundo compete exclusivamente (sistema *concentrado*): a) ao Supremo Tribunal Federal (...).

Esses dois fatores trouxeram uma complexidade ímpar à operacionalização do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, especialmente pela via incidental e difusa, sobretudo quando o Superior Tribunal de Justiça é provocado a realizar a interpretação constitucional ou, mais do que isso, o controle de constitucionalidade.

Em um cenário hipotético, à guisa de exemplo, caso no Brasil tivéssemos um modelo concentrado de controle de constitucionalidade (ou eclético como nos sistemas alemão e italiano), não competiria ao STJ, ou mesmo a qualquer outro órgão judicial, a verificação da constitucionalidade, senão somente à Corte Constitucional.

Nesse contexto, a situação estaria bem definida: caso arguida a inconstitucionalidade no bojo de determinado processo, o STJ suspenderia o feito e remeteria o incidente à Corte Constitucional para o devido julgamento.

É o que explica Barbosa Moreira (2010, p. 30) quanto ao controle na Alemanha e Itália:

> Características ecléticas apresentam os sistemas atuais de controle na Itália e na República Federal da Alemanha, que reconhecem a um único órgão judicial competência para apreciar a questão da constitucionalidade, mas lhe deferem o exercício dessa competência quer por via *principal* (mediante provocação de algum legitimado), quer por via *incidental*, a propósito de caso concreto, sujeito à cognição de qualquer outro órgão judicial, que submete a questão à Corte Constitucional, a fim de que esta a resolva com força vinculativa, ficando suspenso, nesse meio-tempo, o processo em que se suscitou a questão.

---

brasileiro, ao menos a partir da introdução da ação direta genérica de inconstitucionalidade, apresenta caráter misto (...)" (RAMOS, 2010, p. 245).

[20] Cumpre pontuar que a representação interventiva, introduzida pela Constituição de 1934 como um procedimento prévio à intervenção federal (art. 12), foi a primeira ação direta do controle concentrado. Porém, cuidava da preservação do pacto federativo e não realizava análise em abstrato de normas.

Acontece que, no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, quando o STJ é instado a controlar a constitucionalidade, como todos os órgãos do Poder Judiciário, possui a permissão constitucional para julgá-la, na forma disposta no art. 97 da CF.

Nessa perspectiva, não obstante, por um lado, caiba precipuamente ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação e uniformização da aplicação do direito federal, por outro, "não lhe é vedado, e tampouco inibido, pelo poder constituinte originário, que exerça sua atividade judicante" de apreciação e ponderação da norma legal "à luz dos preceitos diretivos consagrados na Constituição Federal" (BATISTA, 2018, p. 67).

Por tal razão, percebem-se problemas em algumas leituras doutrinárias e jurisprudenciais mais restritivas do Código de Processo Civil de 2015, especialmente dos artigos 1.032 e 1.033.[21] É que essas leituras sugerem haver uma separação hermética entre a competência para julgar a questão constitucional, conferida exclusivamente ao STF via recurso extraordinário, e a competência do STJ, ao qual restaria a apreciação da questão de direito federal mediante recurso especial.

É o que vários doutrinadores, a exemplo de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2018, p. 2317), demonstram entender acerca das atribuições das Cortes no julgamento do recurso especial e extraordinário. Nessa visão,

> O recurso especial não comporta o exame de preceitos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (STJ, Corte Especial, EDclEmbDivREsp 1164224-PR, rel. Min. Og Fernandes, j. 13.3.2014, DJUE 21.3.2014). Em casos como este, o STJ se limitava a rejeitar a apreciação do recurso sob esse fundamento, de forma correta, pois não pode usurpar a competência do STF para tanto.

Contudo, ressalta Natal Batista (2018, p. 45), em postura crítica a esse entendimento:

> Não são incomuns classificações e afirmações doutrinárias e jurisprudenciais (fruto de decisões elaboradas massivamente) peremptórias que estabelecem um divisor hermético e insuperável entre questões constitucionais (as quais são suscitáveis apenas em recurso extraordinário de competência do STF) e questões de direito federal (estas limitadas à apreciação do STJ, no julgamento dos recursos especiais), de modo que,

[21] 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. (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 set. 2021.)

> nessa visão obtusa, estaria, de fato, o STJ definitivamente impedido de exercer a jurisdição constitucional.
> Essa afirmação, frisa-se, é falsa!

Desse modo, embora na prática judiciária, conforme será desenvolvido, o Superior Tribunal de Justiça "por vezes se esquive [do seu dever], encontra-se legitimado, por preceitos inderrogáveis contidos na Carta Política de 1988, ao desempenho, em sede de controle difuso, da jurisdição constitucional" (BATISTA, 2018, p. 67).

Nesse sentido, aparenta-se equivocado, a nosso ver, impedir a análise de preceito constitucional pelo STJ, ao se tomar como base o modelo difuso brasileiro, bem como parece haver nessa empreitada afronta direta ao texto constitucional, já que a Constituição não o excepciona da missão de realizar o controle de constitucionalidade (ou interpretação conforme à Constituição).

3.2 A jurisprudência "defensiva" do STJ no controle de constitucionalidade

Muito embora sustente-se a possibilidade, em tese, do desempenho da jurisdição constitucional, pela via difusa, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, identificam-se diversos óbices para a concretização, no plano fático, do papel institucional confiado ao Tribunal da Cidadania.

Um desses óbices diz respeito à jurisprudência defensiva da qual se utiliza o Superior Tribunal de Justiça, a fim de diminuir o número dos recursos que deva julgar, mediante a qual há um "apego formal e rigidez excessiva em relação aos pressupostos de admissibilidade recursal, impondo a supervalorização dos requisitos formais para admissão dos recursos" (MEDINA, 2016).

Explica José Miguel Garcia Medina (2016) que

> O grande problema na aplicação da jurisprudência defensiva é justamente a criação de critérios formais que prezam pelo rigorismo em excesso, além dos previstos em lei, para o conhecimento de recursos. Essa prática viola acintosamente a garantia constitucional do acesso à justiça, na medida em que a inadmissão de recurso obsta o direito do litigante de ver o mérito recursal apreciado e devidamente julgado.

Sendo assim, extraem-se da jurisprudência do STJ alguns dificultadores ao devido enfrentamento da questão constitucional. O intuito não é criticar a legitimidade desses

instrumentos, apenas apresentá-los como pontos que dificultam o conhecimento da questão constitucional em sede de recurso especial[22].

Dito isso, percebe-se que um importante óbice recursal se refere à mitigação do efeito translativo em recursos especiais. Em geral, como se sabe, o efeito translativo dos recursos permite que a questão de ordem pública seja conhecida de ofício pelo julgador, independentemente de manifestação das partes, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Acontece que o STJ possui entendimento de que, na instância extraordinária, a matéria de ordem pública deve estar prequestionada nos autos, por força de sua Súmula nº 211.[23] Nesse sentido, o Tribunal não poderá conhecer da questão de inconstitucionalidade, ainda que de ofício, se essa não houver sido debatida nos autos, devido à ausência do requisito do prequestionamento[24].

Além disso, uma segunda manifestação obstativa se dá por meio da Súmula 126/STJ, segundo a qual "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".[25]

Dessa forma, a Súmula 126/STJ preconiza que, caso o acórdão recorrido tenha se assentado em questão federal e questão constitucional, o recorrente deverá interpor ambos os recursos, especial e extraordinário, sob pena de não conhecimento do especial.

Desse modo, Batista conclui que a questão de inconstitucionalidade somente poderá ser conhecida no Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o entendimento sumulado do STJ, em situações excepcionais, quando a questão constitucional não foi apreciada pelo acórdão recorrido. Se houve debate constitucional, ao recorrente restaria a interposição do recurso extraordinário, por força da Súmula 126/STJ (BATISTA, 2018, p. 69-70).

---

[22] Sabe-se que a jurisprudência defensiva do STJ (manifestada em súmulas, decisões, etc.) vem sendo duramente criticada pela doutrina. Entretanto, devido ao recorte metodológico escolhido para o presente trabalho, o seu escopo não é debater a legitimidade ou não do emprego desses instrumentos, mas apenas apresentar o modo como, no plano fático, esses óbices têm impedido o conhecimento da questão constitucional em recursos especiais.

[23] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 211. ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo") Corte Especial, julgado em 01/07/1998, DJ 03/08/1998, p. 366.

[24] Entendemos que o tratamento da matéria de ordem pública em instância extraordinária seria uma saída para que o Superior Tribunal de Justiça pudesse conhecer, seja de ofício, seja pela provocação das partes, da questão de inconstitucionalidade, haja vista que, em teoria, a questão poderia ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição.

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 126. Corte Especial, julgada em 09 mar. 1995 e publicada no DJ de 21 mar. 1995, p. 6.369.

De fato, da forma como estão desenhadas as Súmulas 126/STJ e 211/STJ é até difícil imaginar as hipóteses de conhecimento da questão constitucional no STJ[26], senão vejamos: por força da Súmula 211/STJ, a questão de inconstitucionalidade deverá estar prequestionada nos autos. Ocorre que, se a questão constitucional estiver prequestionada no acórdão, significa que o Tribunal de origem a debateu, o que faria incidir a Súmula 126/STJ, obrigando o recorrente a interpor o recurso extraordinário.

A não ser que o STJ afaste a incidência de alguma das súmulas, a fim de conhecer a questão constitucional, praticamente não há chances de que a arguição de inconstitucionalidade seja devidamente suscitada em recursos especiais.[27]

Alguns doutrinadores defendem a existência de uma cautela, por assim dizer, por parte das Cortes, sobretudo Cortes de instância extraordinária, em não usurpar as competências umas das outras, o que justificaria uma autocontenção no exercício da jurisdição.

É o que descreve Araken de Assis (2016, p. 910), para o qual "a repartição da competência entre dois tribunais diferentes gera problemas de ordem prática", dentre eles, a questão da usurpação de competência,[28] capaz de inibir a atuação judicial, devido ao sentimento de cautela do julgador, receoso de invadir a área de atuação reservada a outro órgão jurisdicional (BATISTA, 2018, p. 63).

Em crítica a esse posicionamento, Natal Batista (2018, p. 63) pontua que, a partir de uma autocontenção inadequada, criou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça uma jurisprudência defensiva calcada em um enunciado reproduzido de forma indistinta nos processos, a qual consiste no "mantra" de que "é incabível a apreciação de matéria constitucional em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal".

---

[26] É possível considerar, também, que, a depender do caso concreto, as Súmulas 126/STJ e 211/STJ podem não colidir entre si. Porém, devido ao recorte metodológico da presente pesquisa, não nos ateremos nesse ponto, em razão do escopo escolhido, qual seja, apresentá-las como possíveis óbices ao conhecimento da matéria constitucional.

[27] Há de se considerar a possibilidade de a violação constitucional ter surgido no próprio Superior Tribunal de Justiça, o que ensejaria, já no âmbito do STJ, a possibilidade de conhecimento da questão constitucional (por meio de agravo interno ou embargos de divergência, por exemplo). Porém, também se trata de situação rara.

[28] "A análise de suposta violação a dispositivos e princípios da Lei Maior é vedada em sede especial, sob pena de usurpação da competência atribuída pelo constituinte ao Supremo Tribunal Federal" (BRASIL. STJ. EDcl no REsp 1.369.571/PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017).

Dessa feita, o mantra citado "prolifera uma ideia por vezes equivocada, dada a sua imprecisão técnica" que acaba por ilidir "a possibilidade de o julgador no âmbito daquela Corte realizar o controle incidental de constitucionalidade" (BATISTA, 2018, p. 64).

No entendimento de Batista (2018, p. 64), a aplicação da tese constitui "uma das mais nefastas e prejudiciais consequências ao acesso à justiça", a qual, "provocada pela falta de cuidado na replicação dessa jurisprudência defensiva, motivada pelo assoberbamento dos escaninhos e pela rotineira luta pela baixa de processos, acaba, por vezes, derruindo por completo a capacidade cognitiva do relator".

3.3 A "zona de penumbra" existente entre o STF e o STJ

Dentre outros fatores que podem comprometer a tutela judicial efetiva e o acesso à jurisdição constitucional no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que um importante deles consiste na existência de uma espécie de "zona de penumbra" entre as competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (MARINONI, 2019a, p. 101).

Segundo o art. 1.033 do CPC/15, a ofensa à Constituição será reflexa quando pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, o que impedirá o Supremo Tribunal Federal de conhecer o recurso extraordinário nesses casos.[29] Nesse cenário, *a contrario sensu*, caberia ao Superior Tribunal de Justiça, ao menos em tese, examinar tanto a questão federal quanto eventual questão constitucional.

Por outro lado, o Código também exprime como regra que, se o ministro relator do recurso especial entender que o aresto cuida de questão constitucional, deverá remetê-lo ao Supremo Tribunal Federal, para ser julgado como recurso extraordinário, em virtude da fungibilidade recursal inaugurada pelo novo código (art. 1032 do CPC).[30]

Dessa forma, a operacionalização desses dois institutos ("questão constitucional" e "ofensa reflexa à Constituição") acaba por gerar, em certos casos, uma zona de indefinição entre as duas Cortes Supremas. Isso ocorre ao longo da história do direito processual brasileiro,

[29] 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. (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Ob. Cit.)

[30] 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. (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Ob. Cit.)

eis que os conceitos de questão constitucional e ofensa reflexa já eram adotados pela jurisprudência do STJ e STF antes mesmo da positivação legal via CPC.

Tendo em mente esses dois conceitos, Marinoni (2019a, p. 32) traz um caso paradigma, originado antes do advento do Novo CPC, que exemplifica o problema de competência existente entre as duas Cortes. Trata-se da interpretação do art. 1.790, III, do Código Civil, e seu possível conflito com o art. 226, § 3º, da Constituição, em razão da qual diversos processos chegaram a ambas as Cortes Supremas de forma concomitante.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, tanto por meio de sua Corte Especial[31] quanto de suas Turmas, recusou-se a julgar a arguição de inconstitucionalidade que cuidava da controvérsia, ao argumentar que não poderia analisar alegação de que a interpretação de dispositivo do Código Civil estava em desconformidade com a Constituição, por não ser o recurso especial o meio cabível à apreciação de questão constitucional.

Por sua vez, no âmbito do STF, diversas decisões[32] deixaram de admitir recursos extraordinários, sob o fundamento de que a alegação de violação do art. 226, § 3º, da Constituição era tão somente indireta ou reflexa, por exigir a análise de interpretação dada à legislação federal infraconstitucional (Código Civil).

O pano de fundo da controvérsia consistia em saber se seria constitucional o tratamento sucessório diferenciado que o art. 1.790, III, do Código Civil dava a cônjuges e companheiros, o qual previa regras de partilha distintas à herança deixada pelo *de cujus*.

Em que pese o conflito negativo de competência entre o STJ e o STF, a inconstitucionalidade do dispositivo foi reconhecida, anos mais tarde, pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, havendo, desde então, a equiparação sucessória entre cônjuges e companheiros.[33]

---

[31] "1. O manifesto descabimento do recurso especial – que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição – contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido. 2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido." (BRASIL. STF, AI no REsp 1135354/PB, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 28.02.2013.)

[32] "O acórdão recorrido decidiu a questão com base em normas infraconstitucionais, no caso, o Código Civil. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta". (BRASIL. STF, AI 699561 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 23.03.2011, DJe de 07.04.2011).

[33] "Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formado por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988" (BRASIL. STF, RE 878.694/MG, Plenário, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10.05.2017, DJe de 06.02.2018.).

Ocorre que, como visto, diversos recursos extraordinários e especiais que versavam sobre o tema sequer foram conhecidos, dado o conflito negativo de competência entre STF e STJ, que se abstinham de decidir as causas por argumentos distintos, embasados em suas respectivas jurisprudências defensivas.

Por outro lado, um caso mais recente expõe a sobreposição de atribuições das Cortes sob a ótica do conflito positivo, o que explicita ainda mais a natureza do problema.

O STF, em repercussão geral no RE nº 1.140.005/RJ,[34] juntamente com o STJ, ao julgar recursos especiais, reconheceram, simultaneamente, a competência para conhecer de questão idêntica, qual seja, a possibilidade de recebimento de honorários pela Defensoria Pública quando litiga contra pessoa jurídica à qual pertença.[35]

Esse fenômeno de indefinição nas competências e atribuições das Cortes Supremas, denominado zona de penumbra, ocorre mormente quando se está diante de um juízo sobre a interpretação que um tribunal ordinário deu a uma lei federal nos termos da Constituição. O impasse surge porque não há como separar a interpretação da lei e a sua interpretação nos termos da Constituição (MARINONI, 2019a, p. 105).

Isso porque, quando o Superior Tribunal de Justiça interpreta "a lei nos termos da Constituição, obviamente também atribui significado à Constituição", ao passo que o Supremo Tribunal Federal, ao "analisar a compatibilidade da interpretação dada à lei com a Constituição, não apenas confere sentido à Constituição, mas também tem que interpretar a lei" (MARINONI, 2019a, p. 107).

Daí, então, surge a necessidade de se conceituar doutrinariamente e delimitar no que consiste a interpretação conforme a Constituição, bem como a qual Corte Suprema compete, no sistema brasileiro, dar a interpretação da lei federal à luz da Constituição.

3.4 As diferenças entre interpretação da lei conforme a Constituição e controle de constitucionalidade

[34] BRASIL. STF, RE nº 1140005 RG, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2018, DJe de 10/08/2018.
[35] BRASIL. STJ, AgInt no REsp nº 1821663/AL, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/10/2019, DJe de 14/10/2019.

Em razão da instituição da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade recomenda que seja feita a distinção entre o controle difuso e a interpretação da lei conforme à Constituição, visto que a interpretação conforme ocorre em uma fase pré-controle de constitucionalidade.[36]

Nesse sentido, mostra-se fundamental definir até que ponto o julgador estará efetuando a interpretação conforme à Constituição e a partir de que momento passa a realizar controle de constitucionalidade, para se determinar quando deverá ser instaurada a cisão funcional de competências, remetendo-se o incidente de arguição de inconstitucionalidade ao órgão especial ou pleno.

Inicialmente, vê-se que o surgimento da interpretação conforme enquanto técnica decisória é contemporâneo ao aparecimento das cortes constitucionais europeias. A técnica da interpretação conforme consagrou-se, desde então, como a melhor alternativa a fim de se evitar a declaração de nulidade da lei, ou seja, para salvar-se a norma de eventual extinção (MARINONI, 2019a, p. 22).

Gilmar Mendes (2017, p. 1411) atribui a natureza da técnica ao postulado vindo do direito americano segundo o qual, se em dúvida, o juiz deve reconhecer a constitucionalidade da lei e, no caso de duas interpretações possíveis, deve preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. Além disso, os tribunais devem sempre partir do princípio de que o legislador buscou criar uma norma que respeite o texto constitucional (BITTENCOURT, 1968, p. 93).

Observa-se, então, que a interpretação conforme ou nos termos da Constituição está situada dentro das interpretações possíveis extraídas do dispositivo legal, que façam com que a lei não precise ser declarada inconstitucional, por ser capaz de se encontrar nela uma interpretação constitucional.

Dessa forma, a técnica de interpretação conforme possui limitações, sendo admissível apenas se não configurar violação à literalidade do texto legal e não modificar o significado da norma através de uma mudança radical da intenção do legislador (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1415).

---

[36] A distinção é importante, pois, caso o órgão fracionário do tribunal consiga realizar a interpretação da lei conforme à Constituição, não haverá a cisão funcional de competências (MARINONI, 2019, p. 28). Isso porque, ante a presunção de constitucionalidade das leis, não se mostra necessária a reserva de plenário para que o órgão fracionário declare a constitucionalidade da norma, somente nos casos em que a lei necessita ser declarada inconstitucional (DIDIER JR., 2016, p. 672).

Acontece que, logicamente, nem sempre o julgador conseguirá extrair da norma uma interpretação que esteja em conformidade com a Constituição. Nesse caso, haverá controle de constitucionalidade da norma, o que exigirá observância da cláusula de reserva de plenário.

Isso significa dizer que o órgão fracionário, "ao se deparar com questão de constitucionalidade, *deve* submetê-la ao controle de constitucionalidade quando *não consegue* demonstrar que a lei pode ser interpretada nos termos da Constituição" (MARINONI, 2019a, p. 36).

Uma outra limitação à técnica da interpretação conforme se dá em face às decisões manipulativas. Nas palavras de Gilmar Mendes (2017, p. 1416), "A doutrina italiana considera manipulativa a decisão mediante a qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação", a fim de que saiam com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, "mas concordante com a Constituição".

Ao se valer de decisões manipulativas, o intérprete realiza verdadeiro controle de constitucionalidade, eis que declara a inconstitucionalidade da norma, em razão do que ela omite ou expressa, criando nova disciplina normativa.

Assim, dividem-se as decisões manipulativas em duas principais espécies, as manipulativas de efeitos aditivos e as manipulativas de efeitos substitutivos. Quanto à primeira espécie, mais comum, declara-se a inconstitucionalidade do dispositivo pelo que ele omite, ou seja, alarga-se o texto da lei, para torná-la constitucional (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1417).

Já as decisões manipulativas de efeitos substitutivos são aquelas em que o julgador declara a inconstitucionalidade da norma pelo que ela exprime, substituindo a disciplina dada pelo legislador por outra que seja consentânea ao parâmetro constitucional (2017, p. 1417).

Uma outra situação em que há controle de constitucionalidade se dá com o afastamento da incidência da norma ao caso litigioso, por parte do juiz, sem a declaração expressa e formal da sua inconstitucionalidade.

A fim de evitar que esse procedimento seja utilizado como burla à cláusula de reserva de plenário, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 10, segundo a qual "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".[37]

Desse modo, é possível resumir que:

I) a interpretação conforme a Constituição se dá sempre que o julgador, singular ou colegiado, consegue extrair da norma uma interpretação compatível com o texto constitucional, sem, todavia, que haja a necessidade de emprego de decisões manipulativas;

II) o controle de constitucionalidade tem início com a remessa da questão constitucional ao órgão especial ou pleno e constitui o encerramento da fase interpretativa da lei e início da fase do controle difuso, o qual exige que o órgão fracionário demonstre a impossibilidade de extração de uma interpretação constitucional do dispositivo legal.

3.5 A quem compete a interpretação da lei federal conforme a Constituição

A partir das considerações feitas sobre controle de constitucionalidade e interpretação conforme a Constituição, cumpre responder a qual das Cortes Supremas compete, no sistema brasileiro, a interpretação da lei conforme a Constituição, se ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal.

A questão aparenta-se tormentosa, dado o fato de, em nosso sistema, uma Corte Suprema ser responsável pela uniformização constitucional e a outra pela uniformização do direito federal. Não bastasse, os conceitos de questão federal e questão constitucional foram expressamente incorporados pelos arts. 1.029, § 4º, 1.032 e 1.033 do CPC/15, delimitando, à primeira vista, as esferas de atuação das Cortes.

Osmar Mendes Paixão Côrtes (2017, p. 168) explica que há, nesse tipo de recurso (especial e extraordinário), uma quebra do princípio da unirrecorribilidade, visto que "devem ser impugnados, simultaneamente, os fundamentos infraconstitucionais e constitucionais da mesma questão controvertida apreciada pela decisão recorrida".

Dessa forma, os dois recursos deverão ser interpostos de forma simultânea, "se o acórdão recorrido assentar em fundamentos constitucional e infraconstitucional por si só suficientes para sustentar a decisão" (CÔRTES, 2017, p. 169). Esse, aliás, é o teor do disposto

[37] BRASIL. STF. Súmula Vinculante 10. Sessão Plenária de 18/06/2008, DJe n.º 117 de 27/6/2008, p. 1 e DOU de 27/6/2008, p. 1.

na Súmula nº 126/STJ, que condiciona o conhecimento do recurso especial à interposição do recurso extraordinário.[38]

A propósito, oportuno trazer a crítica de Barbosa Moreira (2010, p. 586) quanto ao tratamento processual conferido aos recursos extraordinário e especial:

> A bipartição do antigo recurso extraordinário, perfeitamente explicável à luz da reestruturação da cúpula do Poder Judiciário, não deixou de causar problemas de ordem prática. Temos agora dois recursos em vez de um só, interponíveis ambos, em larga medida, contra as mesmas decisões. Daí a necessidade de articulá-los; e o sistema resultante teria de ficar, como na verdade ficou, bastante complicado em mais de um ponto. É inegável que o novo regime acarreta, muitas vezes, aumento considerável da duração do processo.
>
> Não parece muito feliz, por outro lado, a opção do legislador de disciplinar sempre em conjunto o recurso extraordinário e o especial – primeiro na Lei nº 8.038 (arts. 26 e segs.), agora no Código (arts. 541 e segs.) –, como se assim fossem ambos necessariamente interpostos. Aqui e ali, a disciplina resultou mais difícil de compreender do que se poderia conseguir com tratamento diferenciado.

Sendo assim, a existência de duas Cortes Supremas e a distinção feita pelo novo Código de Processo Civil entre questão federal e questão constitucional sugerem haver uma rígida separação de competências recursais entre as Cortes.

É como se coubesse somente ao Supremo Tribunal Federal conhecer da matéria constitucional em recurso extraordinário, o que, ao mesmo tempo, restringiria o Superior Tribunal de Justiça à análise apenas do direito federal em recurso especial.

O Superior Tribunal de Justiça tem seguido, em geral, um entendimento mais restritivo, limitando-se a analisar a conformidade das decisões apenas à legislação federal, sob a justificativa de não usurpação da competência do STF.[39] Essa leitura mais estrita, ressaltada anteriormente, não parece fazer muito sentido se consideramos a função constitucional do STJ em dar a última palavra acerca da interpretação da lei federal.

Indevidamente, frise-se, o Superior Tribunal de Justiça não tem exercido seu mister constitucional em vários casos,[40] omitindo-se em definir a interpretação da lei federal, quando

---

[38] "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". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 126. Corte Especial, julgada em 09/03/1995 e publicada no DJ de 21/03/1995, p. 6.369).

[39] BRASIL. STJ, REsp nº 1939930/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/08/2021, DJe de 16/08/2021;
BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1539640/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/09/2015, DJe de 28/09/2015.

[40] BRASIL. STJ, AgInt no AREsp 1739782/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/05/2021, DJe de 01/07/2021.

há a necessidade de cotejo da legislação federal com normas constitucionais. Isto é, nos casos que exijam a análise de preceitos constitucionais, o Tribunal tem negado conhecimento à questão, sustentando a impossibilidade de usurpar a rígida separação de atribuições entre as Cortes.

Sendo assim, vê-se que o posicionamento do STJ implica uma série de dificuldades às partes recorrentes, sobretudo em saber se estão ou não autorizadas a se valer de uma argumentação voltada à interpretação constitucional dada à lei federal, ou se deveriam se limitar a impugnar a questão puramente sobre a ótica do direito federal.

Como ressalta Marinoni (2019a, p. 81),

> *A identificação da Corte incumbida da tarefa de interpretar a lei é indispensável para outorgar racionalidade à distribuição da justiça no Brasil, já que ao advogado, atualmente, falta critério para escolher o recurso destinado a impugnar as decisões dos tribunais e as duas Cortes Supremas estão perdidas em meio de decisões que nada dizem quando não admitem ou admitem recursos.*

3.6 A competência do STJ na interpretação da lei conforme a Constituição e a competência do STF no controle de constitucionalidade posterior

A fim de solucionar o impasse, há que se ter claro que, no sistema brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça é uma corte de vértice, tendo em vista que ocupa posição diferenciada em relação aos demais tribunais, "nada existindo acima dela no que diz respeito ao direito federal" (MARINONI, 2019b, p. 149).

Pode-se dizer, assim, que a interpretação acerca do sentido da legislação federal deverá ser dada pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sempre em mente que "interpretar significa ao fim e ao cabo *decidir* a respeito da melhor interpretação possível que deve ser dada à legislação em um determinado contexto" (MITIDIERO, 2017, p. 94).

Por conseguinte, conclui-se que a interpretação da lei federal à luz da Constituição deverá ser fornecida igualmente pelo Superior Tribunal de Justiça, visto que, ao definir a correta interpretação da lei federal, poderá eleger a mais adequada nos termos da Constituição, ou seja, estará se valendo exatamente da técnica de interpretação conforme.

Isso porque, todas as normas legais retiram fundamento de validade da Constituição Federal, devendo os juízes interpretá-las utilizando uma lente constitucional. Em decorrência

disso, o Superior Tribunal de Justiça deverá concentrar o significado final da norma federal, inclusive tendo a Carta Política como parâmetro interpretativo.[41]

Dessa forma, o STJ poderá (diz-se que até deverá) analisar a questão de direito federal sob todas as óticas, inclusive sobre a conformidade da lei federal com a Constituição Federal, conferindo-lhe sentido normativo, sem que isso implique usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, Marinoni (2019a, p. 107) é incisivo ao dizer que

> O Superior Tribunal de Justiça deve definir a intepretação da lei, inclusive, se for o caso, a única compatível com a Constituição. *A função de interpretar a lei não pode se separar da função de interpretar a lei nos termos da Constituição*. Não há como dizer que uma Corte tem poder para atribuir sentido a um dispositivo legal, mas não tem poder para atribuir ao mesmo dispositivo sentido conforme à Constituição. Chega a ser absurdo imaginar que o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a lei, deve parar nos critérios tradicionais de interpretação, não podendo invocar a Constituição como parâmetro ou critério interpretativo. Na verdade, como nenhum juiz pode deixar de ter a Constituição como parâmetro para a interpretação, inevitavelmente cabe ao Superior Tribunal de Justiça definir a interpretação mais adequada à Constituição ou a única interpretação em conformidade com a Constituição.

No entanto, muito embora seja Corte Suprema, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça dar a última palavra acerca da interpretação da Constituição, o que obriga dizer que resta ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de apreciar a constitucionalidade da interpretação dada pelo STJ. Não obstante, tem-se o fim da discussão sobre a interpretação da lei, bem como o início da verificação da constitucionalidade da interpretação.[42]

Como expõe Marinoni (2019a, p. 108), nesse caso, "ao Supremo Tribunal Federal deve caber apenas a análise da constitucionalidade da interpretação *instituída em precedente* do Superior Tribunal de Justiça", e não de qualquer decisão de tribunal ou mesmo órgão fracionário do STJ que supostamente, ao interpretar a lei federal, viole a Constituição.

---

[41] Importante frisar que não se está ainda a falar sobre controle de constitucionalidade, visto que só há razão para tal quando não há mais como se interpretar a lei nos termos da Constituição. A discussão acerca do controle de constitucionalidade será tratada no próximo tópico.

[42] "Note-se que, após a formação de precedente no Superior Tribunal de Justiça, a permissão da impugnação da 'interpretação definida' obviamente não serve à continuação da discussão da interpretação da lei, mas se destina a verificar a sua constitucionalidade" (MARINONI, 2019, p. 122).

Isso porque, seria precipitado que, enquanto não houvesse ainda pronunciamento do STJ em precedente sobre o sentido final da lei federal[43], o Supremo Tribunal Federal analisasse determinada alegação de que houve violação à Constituição pela interpretação dada à lei.[44]

Ou seja, "quando várias interpretações constitucionais ainda são possíveis, falta ao Superior Tribunal de Justiça cumprir a sua função, conferindo *sentido* à lei" (MARINONI, 2019a, p. 197). Nessa linha, devido à pluralidade de possíveis interpretações a serem conferidas pelos tribunais do país (TJs e TRFs), inclusive dentro do próprio STJ (turmas e seções), não caberia ao STF interpretar a lei conforme a Constituição, antes do STJ assim fazê-lo em precedente.

Ao agir de forma prematura, há grande probabilidade de o STF apreciar questão federal que não teve o necessário debate e amadurecimento, ou ainda privilegiar a posição de determinado tribunal sem conhecer a interpretação de outro.[45]

Conforme ensina Barbosa Moreira (2010, p. 4), a existência, "no aparelho estatal, de uma *pluralidade* de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídica em idêntica matéria" faz com que haja a possibilidade de "num mesmo instante histórico - *sem* variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância -, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas".

Sendo assim, a unidade do direito é posta em xeque, o que não aconteceria com a "evolução *homogênea* da jurisprudência dos vários tribunais" (MOREIRA, 2010, p. 5).

Em razão disso, Marinoni defende a ideia de que, para uma melhor racionalização[46] do papel das Cortes Supremas, o STF deveria aguardar o pronunciamento do STJ sobre a

---

[43] "Se existem duas Cortes de Precedentes, uma para a atribuição de sentido à lei e outra para a tutela da Constituição, a Corte Constitucional certamente não pode servir para resolver casos em que se alega a inconstitucionalidade da intepretação dos tribunais. (...) Se o Supremo Tribunal Federal pudesse atuar antes da definição da interpretação da lei, conhecendo de recurso contra decisão interpretativa de tribunal, a interpretação da lei estaria sendo feita *antes de o debate interpretativo ter frutificado* e de a Corte constitucionalmente incumbida de atribuir sentido à lei *ter tido oportunidade de se pronunciar*" (MARINONI, 2019, p. 197).

[44] Marinoni explica que "(...) não há racionalidade em admitir que o Supremo Tribunal Federal possa decidir diante da justificativa da interpretação firmada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul sem ter em conta as razões interpretativas do Tribunal do Rio Grande do Norte ou vice-versa" (2019, p. 167).

[45] Nessas hipóteses, "o Supremo Tribunal Federal estaria decidindo antes do devido percurso do debate interpretativo nos tribunais e no Superior Tribunal de Justiça" (MARINONI, 2019, p. 169).

[46] "Demonstrando-se que o Supremo Tribunal Federal deve apenas controlar a constitucionalidade do sentido atribuído à lei pelo Superior Tribunal de Justiça, delineia-se o devido lugar de participação das Cortes Supremas no processo de desenvolvimento do direito, preservando-se os ambientes de interpretação da lei e de tutela à

interpretação da legislação federal, exercendo uma autocontenção (*self-restraint*), a fim de que a corte responsável por dar a homogeneidade ao direito federal exerça seu mister constitucional.

Caso, por exemplo, seja hipótese de grave violação à segurança jurídica, a qual não permita a espera da posição do STJ, Marinoni explica que há outros meios para acessar a jurisdição do STF, como as ações diretas do controle concentrado, com a possibilidade de suspensão liminar dos efeitos da lei.[47]

Desse modo, seriam respeitadas as competências constitucionais conferidas ao STJ em relação à interpretação do direito federal, sem, contudo, prejudicar a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, importante mencionar que diferente situação ocorrerá nos casos em que a norma constitucional não for regulamentada por lei federal e, assim, tiver que ser aplicada diretamente pelo juiz, ou quando o próprio tribunal local realizar o controle difuso, situações em que há o afastamento da competência do STJ.[48]

A propósito, esta é a interpretação dada por Marinoni (2019a, p. 81, 135) quanto ao cabimento do recurso extraordinário em face das decisões dos tribunais ordinários que realizem controle de constitucionalidade difuso ou que apliquem diretamente a Constituição. Veja-se:

> (...)[dada] a distinção entre interpretar a lei nos termos da Constituição e controlar a constitucionalidade da lei, inclusive mediante a correção da norma incompatível com a Constituição, não há dúvida de que só cabe recurso extraordinário contra decisão de tribunal quando o órgão fracionário, ao completar o julgamento depois de proferida decisão no incidente de arguição de inconstitucionalidade, declara a inconstitucionalidade da lei ou altera o seu significado para fazer valer a Constituição. (...)
> Por fim, cabe deixar claro que, além dos casos de falta ou insuficiência da tutela normativa a direito fundamental, todas as vezes que uma norma constitucional não for regulamentada por lei e, assim, tiver que ser aplicada diretamente pelo juiz, há oportunidade para recurso extraordinário com base em contrariedade a dispositivo da Constituição (art. 102, III, a, CF).

Constituição, com grande perspectiva de racionalização e de eficiência do sistema judicial." (MARINONI, 2019a, p. 198).

[47] "O aguardo do encontro da solução interpretativa adequada por parte da Corte voltada à definição da interpretação da lei tem ainda maior razão de ser quando o sistema de controle de constitucionalidade conta, ao lado do controle incidental, com a possibilidade de ação de inconstitucionalidade. Aliás, o Supremo Tribunal Federal pode conceder liminar nessa ação para suspender os efeitos da lei, o que atenua sobremaneira o perigo de aplicação de lei inconstitucional nos casos concretos." (MARINONI, 2019a, p. 169)

[48] Nos casos em que o tribunal local realizar controle de constitucionalidade de lei ou tratado federal, o recurso extraordinário possui cabimento expresso no art. 102, III, b, da CF/88 (CÔRTES, 2017, p. 100). Já naqueles casos em que o juiz aplicar diretamente a Constituição, o recurso deverá ser fundado no art. 102, III, a, da CF/88 (MARINONI, 2019a, p. 135).

Nesses dois casos, o exame da questão competirá somente ao STF, por força, respectivamente, do art. 102, III, alíneas a e b, da Constituição Federal, a fim de que seja aferida eventual ofensa direta à Constituição.[49]

3.7 A (im)possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça realizar controle de constitucionalidade da lei federal via recurso especial

No modelo de constitucionalidade difuso-incidental adotado pelo Brasil, todos os juízes e tribunais do país possuem a competência para afastar a incidência de norma que entendam inconstitucional quando na resolução de casos concretos.

Entretanto, alguns doutrinadores, a exemplo de Daniel Mitidiero (2017), impõem ressalvas à amplitude desse controle, especialmente no controle incidental-difuso realizado pelo Superior Tribunal de Justiça quando funciona como Corte Suprema, a saber, no momento em que atua no julgamento do recurso especial.

Como se sabe, à luz da Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça possui competências jurisdicionais de natureza originária (art. 105, I), de natureza recursal ordinária (art. 105, II) e de natureza recursal extraordinária *lato sensu* (art. 105, III).

Em razão disso, surge o questionamento se, ao atuar enquanto instância extraordinária, no julgamento do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça teria competência para realizar o controle de constitucionalidade, posto haver outra Corte Suprema com atribuição precípua de realizar a guarda da Constituição Federal.

Assim, na visão de Mitidiero (2017, p. 107), a repartição de competências entre as Cortes Supremas significa duas coisas:

> (...) a primeira, que *o Supremo Tribunal Federal deve acatar a intepretação dada à legislação infraconstitucional federal pelo Superior Tribunal de Justiça*, ressalvadas as hipóteses em que a legislação infraconstitucional federal se encontre sob controle de constitucionalidade. (...) A segunda, é que *o Superior Tribunal de Justiça deve não só acatar a interpretação dada à Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, mas também não deve realizar controle de constitucionalidade da legislação.*

[49] Quanto ao cabimento do extraordinário pela alínea b do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, ensina Osmar Côrtes (2017, p. 100): "A alínea 'b' regula o cabimento do recurso extraordinário no caso de a decisão do Tribunal *a quo* declarar inconstitucional tratado ou lei federal. Trata-se de hipótese de controle difuso de constitucionalidade das leis, que pode ser exercido por todos os juízes do país."

Desse modo, para Mitidiero, apenas o Supremo Tribunal Federal, dentre as Cortes Supremas, teria jurisdição constitucional propriamente dita.[50] A impossibilidade de o Superior Tribunal de Justiça exercer o controle de constitucionalidade decorreria da posição que ocupa na organização judiciária brasileira (MITIDIERO, 2017, p. 107).

Nessa linha, quando atua no julgamento do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça não seria uma Corte de Justiça, às quais a Constituição Federal deferiu o controle difuso de constitucionalidade, mas na verdade funcionaria como Corte Suprema (MITIDIERO, 2017, p. 107). Logo, "não há sentido algum em termos duas Cortes Supremas realizando jurisdição constitucional – isto é, tendo como *fim* interpretar a legislação visando à realização de um juízo de constitucionalidade". (MITIDIERO, 2017, p. 108).

Contudo, para Mitidiero, o empecilho quanto ao controle de constitucionalidade não ocorreria nos casos em que STJ atua na sua competência originária (art. 105, I, da CF/88) ou recursal ordinária (art. 105, II, da CF/88). Nessas hipóteses, "funciona como uma Corte de Justiça e está, portanto, plenamente legitimado ao exercício da jurisdição constitucional" (MITIDIERO, 2017, p. 107).

Observa-se que grande parte dos incidentes de inconstitucionalidade julgados pela Corte Especial do STJ até 2018[51] procederam de ações originárias ou recursos ordinários (cerca de

---

[50] É que a Corte Suprema de guarda da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, sendo o *Supremo Tribunal Federal a corte responsável por formar precedente a respeito do sentido que deve ser outorgada à Constituição e, muito especialmente, a respeito da constitucionalidade da legislação federal*. Dito claramente, dentre as Cortes Supremas brasileiras, *apenas o Supremo Tribunal Federal tem competência para realizar jurisdição constitucional*." (MITIDIERO, 2017, p. 107).

[51] "Colaciona-se, aqui, após a pesquisa na base de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, todos os incidentes de inconstitucionalidade já julgados pelo STJ, resgatados pelo critério especializado utilizado na colheita das informações mediante o auxílio da Secretaria de Jurisprudência do STJ: **Recurso Especial (8)**: **AI no REsp 1.419.104/SP**, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 21/06/2017, DJe 15/08/2017; **AI no REsp 1.266.318/RN**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 06/11/2013, DJe 17/03/2014; **AI no REsp 1.291.636/DF**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 21/11/2013; **AI no REsp 1.318.249/GO**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/06/2013, DJE 10/12/2103; **AI no REsp 1.135.354/PB**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 02/06/2011; **AI no REsp 616.348/MG**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 15/08/2007, DJ 15/10/2007; **AI no REsp 215.881/PR**, Rel. Ministro Franciulli Netto, Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/04/2001, DJ 08/04/2002; **REsp 12.005/RS**, Rel. Ministro Athos Carneiro, Quarta Turma, julgado em 20/04/1993, DJ 28/06/1993; **Agravo de Instrumento (1)**: **AI no Ag 1.037.765/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 02/03/2011, DJe 17/10/2011; **Embargos de Divergência em Recurso Especial (4)**: **AgRg nos EREsp 1159427/RN**, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 15/05/2013, DJe 28/05/2013; **AI nos EREsp 727.716/CE**, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 16/02/2011, DJe 23/05/2011; **AgRg no AgRg nos EREsp 305.900/DF**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 06/10/2010, DJe 09/11/2010; **AI nos EREsp 644.736/PE**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 06/06/2007, DJ 27/08/2007; **Mandado de Segurança (1)**: **AI nos MS 4.993/DF**, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Corte Especial, julgado em 21/10/1998, DJ 19/02/2001; **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (12)**: **AI no RMS 41.885/MG**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte

2/3). Por outro lado, parcela significativa das arguições de inconstitucionalidade vieram de recursos especiais (aproximadamente 1/3).

Assim, Natal Batista (2018, p. 44), em posição oposta à de Mitidiero, defende a plena viabilidade de o Superior Tribunal de Justiça julgar arguições de inconstitucionalidade também ao atuar enquanto Corte Suprema.

Sustenta que a jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça está lastreada em valores e preceitos inderrogáveis encontrados na Constituição Federal e foi revigorada com o advento do Novo Código de Processo Civil ao conferir-se força vinculante aos seus precedentes (BATISTA, 2019, p. 99).

Em defesa à legitimidade do controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional do STJ, estas são as palavras de Teori Albino Zavascki (2012):

> Pois bem: qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário. Aí reside justamente a essência do que se denomina jurisdição constitucional: é a atividade jurisdicional do Poder Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição. Nessa seara, não há dúvida que ao STF cabe, precipuamente, a guarda da Constituição; todavia, também é certo que essa não é atribuição exclusivamente sua. Pelo contrário, se nos tocasse apontar um signo marcante e especial do Poder Judiciário brasileiro, esse certamente é o da competência difusa atribuída a todos os seus órgãos e a todos os seus agentes para, até mesmo de ofício, cumprir e fazer cumprir as normas constitucionais, anulando, se necessário, atos jurídicos, particulares ou administrativos, concretos ou normativos, com elas incompatíveis. Em outras palavras: todos os órgãos do Poder Judiciário estão

Especial, julgado em 17/06/2015, DJe 28/08/2015; **AI no RMS 31.170/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 18/04/2012, DJe 23/05/2012; **AI no RMS 28.910/RJ**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 21/03/2012, DJe 08/05/2012; **RMS 17.112/SC**, Rel. Ministra Denise Arruda, Corte Especial, julgado em 03/06/2009, DJe 04/08/2009; **AI no RMS 6.068/MT**, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 28/11/2002, DJ 04/08/2003; **AI no RMS 5.063/PE**, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 18/06/1997, DJ 24/11/1997; **AI no RMS 1.962/MS**, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Demócrito Reinaldo, Corte Especial, julgado em 07/05/1997, DJ 25/05/1998; **AI no RMS 1.203/MS**, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Américo Luz, Corte Especial, julgado em 11/05/1995, DJ 07/08/1995; **AI no RMS 988/PE**, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 12/08/1994, DJ 24/10/1994; **AI no RMS 1.178/RS**, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 23/09/1993, DJ 10/10/1994; **AI no RMS 307/SP**, Rel. Ministro Pedro Acioli, Rel. p/ Acórdão Ministro Américo Luz, Corte Especial, julgado em 08/08/1991, DJ 18/11/1991; **AI no RMS 462/MG**, Rel. Ministro Pedro Acioli, Rel. p/ Acórdão Ministro Américo Luz, Corte Especial, julgado em 01/07/1991, DJ 04/11/1991; ***Habeas Corpus*** **(2)**: **AI no HC 239.363/PR**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, julgado em 26/02/2015, DJe 10/04/2015; **AI no HC 120.353/SP**, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 04/11/2009, DJe 18/12/2009; **Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (1)**: **RHC 881/SP**, Rel. Ministro Assis Toledo, Rel. p/ Acórdão Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 11/04/1991, DJ 11/11/1991, p. 16128, DJ 16/03/1992; **Notícia-Crime (1)**: **AI na NC 195/PE**, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 24/06/2002, DJ 12/05/2003; **Sentença Estrangeira Contestada (1)**: **SEC 11.962/EX**, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 04/11/2015, DJe 25/11/2015; **Conflito de Competência (1)**: **AI no CC 1.987/MS**, Rel. Ministro Garcia Vieira, Rel. p/ Acórdão Ministro Athos Carneiro, Corte Especial, julgado em 11/02/1993, DJ 15/03/1993; **Ação Penal Originária (2)**: **APn 297/MG**, Rel. Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, julgado em 05/05/2004, DJ 16/05/2005; **AgRg na APn 27/BA**, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Corte Especial, julgado em 13/02/1992, DJ 20/04/1992." (BATISTA, 2018, p. 44-45).

> investidos da jurisdição constitucional, não se podendo imaginar que tal atribuição seja estranha ao plexo de competência de um dos principais tribunais da Federação, que é o STJ.

Outrossim, percebe-se que o próprio Supremo Tribunal Federal tem reafirmado, em diversos julgados,[52] a competência do Superior Tribunal de Justiça para a aferição difusa da constitucionalidade das leis e atos normativos, sem mencionar qualquer ressalva. A exemplo, cita-se o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no RE nº 298.694/SP:[53]

> (...) se o STJ, malgrado o reconhecimento de sua violação, entender que a norma ordinária é incompatível com a Constituição, ninguém lhe contesta a autoridade para declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei invocada e, por isso, manter a decisão recorrida.

Portanto, não nos parece que o constituinte originário tenha vislumbrado excluir a jurisdição constitucional do STJ enquanto Corte Suprema, sobretudo porque o arts. 97, 104 ou 105 da Constituição não inserem exceção à amplitude do controle difuso, tampouco restringem o escopo do recurso especial.

Por essas razões, entendemos que a posição defendida por Batista se mostra mais alinhada não só à atual jurisprudência das Cortes Supremas, uma vez que aproximadamente um terço das arguições de inconstitucionalidade no âmbito do STJ originaram-se de recursos especiais, como também corresponde ao modelo difuso de controle.

Como bem sintetiza Batista (2018, p. 54),

> (...) não se pode (...) olvidar que os valores constitucionais legitimam o Tribunal da Cidadania como órgão judicial apto a exercer a jurisdição constitucional em sede de recurso especial. Mesmo porque (...) o caminho de ascensão e legitimação do Poder Judiciário para o exercício do controle difuso de constitucionalidade foi lento e gradativo, tendo somente se consolidado após um árduo trabalho de persuasão racional e acontecimentos históricos que hoje não podem ser simplesmente ignorados em detrimento da justificativa rasa de crescimento[54] da demanda judicial, que, aliás,

---

[52] Nesse sentido, encontram-se, na jurisprudência do STF, os seguintes julgamentos: AgR na Rcl 8.163/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, DJe de 28/11/2011; RE 264.289/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ de 14/12/2001; AgR no AI n.º 223.494/MS, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ de 07/05/1999; AgR no AI n.° 217.753/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 01/12/1998, DJ de 23/04/1999.

[53] BRASIL. STF. RE n.º 298.694/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003, DJ de 23/04/2004.

[54] "O número de processos em tramitação não parou de crescer, e, novamente, houve aumento no estoque de processos que aguardam por alguma solução definitiva. Ao final do ano de 2009 tramitavam no judiciário 60,7 milhões de processos. Em sete anos o quantitativo cresceu para quase 80 milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano. (BRASIL. CNJ. Justiça em números. Disponível em https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros. Acesso em 20/10/2017)." (BATISTA, 2018, p. 54).

> sempre acompanhou[55] a justiça nacional, mormente em face do dinamismo social e da contínua mudança do *ethos vivendi*.

Logo, o acesso da sociedade à justiça substancial é indissociável do poder que a Constituição de 1988 conferiu ao Tribunal da Cidadania e a todos os juízes e tribunais do país de realizar o controle difuso de constitucionalidade.

[55] "Para corroborar a assertiva, reproduz-se parte do discurso proclamado pelo Ministro do STF Victor Nunes Leal, em 1964, no qual citava o volume de processos como um dos grandes problemas do judiciário: 'O Supremo Tribunal enfrentava dois problemas graves ao êxito ou à eficiência dos seus trabalhos. Primeiro, era o escasso conhecimento de suas decisões, em virtude de várias razões, sendo a principal delas a impossibilidade material de as divulgar em tempo oportuno e pelos meios apropriados. O segundo problema resultava do acúmulo de serviço. Estamos julgando, presentemente, cerca de 7.000 processos por ano. A maior parte refere-se a questões jurídicas que se repetem (LEAL, Victor Nunes. Problemas de direito público e outros problemas. vol. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 45)" (BATISTA, 2018, p. 54).

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM UM CENÁRIO DE CRISE NUMÉRICA DAS CORTES SUPREMAS BRASILEIRAS

As relações normativas teóricas devem também ser pensadas de forma externa, sob a ótica não somente da eficiência, mas da eficácia, de modo que sejam conhecidas as possibilidades concretas, por exemplo, do exercício mais proativo da jurisdição constitucional pelo Tribunal da Cidadania.

Assim, faz-se necessário reconhecer que tanto STF quanto STJ passam por uma profunda crise numérica de recursos, sobretudo pela via recursal extraordinária *lato sensu*, fazendo com que as Cortes não consigam exercer devidamente seus papeis enquanto Cortes de Interpretação.

É nesse sentido que se observa que a construção de um modelo racional e teórico sobre a jurisdição constitucional das Cortes Supremas é ineficaz, se, no cotidiano forense, a realidade processual não permitir que as Cortes de topo se concentrem na decisão de casos relevantes.

Para ter-se uma dimensão, dados do "Relatório Analítico" do "Justiça em Números" de 2021 apontam que, até o final de 2020, tramitavam em todo o Poder Judiciário cerca de 75,4 milhões de processos, dos quais boa parte chega às instâncias extraordinárias.[56]

Somente ao Superior Tribunal de Justiça foram distribuídos 354 mil novos processos, sendo a maior parte deles (71%) atinente à sua competência recursal, devendo-se considerar, além disso, o alto índice de recorribilidade interna no próprio Tribunal (embargos, agravos, etc.) nos feitos já em tramitação.[57]

Gilmar Mendes (2017, p. 1053) explica que

> O exercício da ampla competência, no âmbito do recurso especial, e a falta de qualquer instrumento de generalização de efeitos das decisões e de seleção de recursos levaram a que o Superior Tribunal de Justiça, em curto espaço de tempo, se defrontasse com crise numérica idêntica ou até mais grave do que aquela que acomete o Supremo Tribunal Federal.

[56] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021, p. 106. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf. Acesso em: 02 de out. de 2021.
[57] BRASIL. CNJ. Justiça em Números 2021, p. 137.

Conforme ensina Barbosa Moreira (2010, p. 616), em diversos países tem-se experienciado o problema de acúmulo de trabalho nas Cortes Supremas, sendo que a considerável variedade dos temas levantados pode desviar a atenção dos julgadores para assuntos menores, prejudicando o foco em questões de maior relevância.

No direito comparado, os exemplos de tribunais de vértice que conseguiram lidar de forma positiva com a sua carga processual são, em geral, aqueles que se aproximam do modelo de Cortes Supremas.

Isso porque, no modelo de Cortes Supremas, não se costuma haver grande acúmulo de recursos pendentes de julgamento, haja vista que os processos passam por filtros objetivantes, além de haver ampla discricionaridade na escolha dos recursos a serem apreciados.

Dessa forma, vê-se que as Cortes Supremas devem ser compreendidas enquanto Corte de Interpretação e de proteção do ordenamento jurídico objetivo, o que, todavia, não ocorre no modelo de Cortes Superiores, as quais são vistas como cortes de revisão das decisões de instâncias inferiores.

4.1 Cortes Superiores e Cortes Supremas: distintas implicações ao sistema recursal extraordinário e à jurisdição das Cortes de vértice

Inicialmente, pode-se compreender as Cortes de topo tanto como Cortes Superiores quanto Cortes Supremas. Ao se adotar um ou outro modelo, mudam-se substancialmente a quantidade e a qualidade dos recursos julgados, em virtude do entendimento da função da Corte no sistema processual recursal.

Do ponto de vista da tutela judicial, o modelo de Cortes Superiores entende o recurso excepcional como um direito subjetivo da parte à proteção contra decisões judiciais incorretas, bem como uma manifestação do *jus litigatoris* (MITIDIERO, 2017, p. 43). Dessa forma, a parte possui um direito subjetivo de que seu recurso seja apreciado pelo Tribunal Superior.

Dito isso, observa-se que, nesse primeiro sistema, as cortes de vértice são órgãos de controle da legalidade das decisões judiciais. Enquanto cortes de controle, sua jurisprudência não possui força vinculante, sendo empregada como simples parâmetro para aferição da legalidade, isto é, para verificação de erros e acertos cometidos pelos tribunais ordinários ao aplicarem o Direito (MITIDIERO, 2017, p. 17).

A Corte Superior, por estar preocupada com a correção das falhas cometidas pelas instâncias inferiores, tem uma função meramente reativa e voltada para o passado. Desse modo, "é uma Corte que apenas *reage* a uma violação ao Direito já ocorrida, perpetrada pela decisão objeto de recurso, cuja atuação é pensada tão somente para o *passado*" (MITIDIERO, 2017, p. 53).

Como ensina Mitidiero (2017, p. 53),

> (...) a função da Corte Superior é *defender a legislação* (...) *contra a atuação do próprio Poder Judiciário*, reagindo às violações ao seu texto mediante um *escrutínio pontual* da decisão recorrida. *É por essa razão que a Corte Superior é uma corte de tutela da legalidade diante das decisões judiciais.* A função da Corte Superior é vocacionada a consertar o passado, controlando a aplicação judicial da lei no caso concreto, sendo voltada para a aferição e controle dos *errores* judiciais.

Com isso, no modelo de Corte Superior, a interpretação da lei não consiste propriamente a finalidade da Corte Superior, mas, na verdade, é um meio para obtenção do fim, qual seja, um instrumento para o controle da legalidade das decisões recorridas (MITIDIERO, 2017, p. 55).

Ainda, lembra Mitidiero (2017, p. 54) que "(...) a Corte Superior tem o *dever de uniformizar a jurisprudência*, mas esse *dever é meramente instrumental* em relação ao seu efetivo escopo de controle da legalidade das decisões judiciais. É um dever *menor*."

O segundo modelo, por outro lado, conceitua as Cortes de vértice como Cortes Supremas. O objetivo principal da Corte Suprema é a outorga de sentido à norma constitucional ou federal, com fim de orientar a sociedade quanto à aplicação do Direito, e não servir de instância revisional das demais decisões do Poder Judiciário.

O modelo de Corte Supremas compreende o recurso a elas dirigido como um meio para tutela do *jus constitutionis* e desenvolvimento do Direito numa perspectiva objetiva (MITIDIERO, 2017, p. 65). Os litigantes não possuem um direito subjetivo a que seu recurso seja apreciado pela Corte Suprema, tendo em vista que os casos são julgados em *leading cases*, para formação de precedentes vinculantes.

Como afirma Daniel Mitidiero, a Corte Suprema "Não é uma corte de censura da magistratura ordinária e servil ao Poder Legislativo. É uma corte cuja tarefa é guiar a base a respeito do significado que deve ser adscrito ao Direito. É uma *Corte guia*." (2017, p. 75).

A interpretação do direito deixa de ter um papel periférico, como no modelo anterior, e passa a ter um papel central dentro do sistema jurídico. Já o controle da legalidade do caso

concreto e a verificação da correção da aplicação da lei, objetivo central da Corte Superior, aqui assume um papel secundário, já que a Corte Suprema atua por meio de precedentes vinculantes.

Como explica Mitidiero (2017, p. 18) quanto às Cortes Supremas, "A intepretação do Direito é o fim da corte de vértice, sendo o caso concreto apenas o meio a partir do qual a corte pode desempenhar a sua função".

Dessa forma, a atividade da Corte Suprema é proativa e encontra-se projetada para o futuro, uma vez que sua atuação é dirigida à orientação da sociedade e dos órgãos judiciais para os casos vindouros, dando unidade ao Direito, e não consiste somente em verificação da legalidade na aplicação das normas pelos órgãos judiciais.

Nessa linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, enquanto cortes incumbidas de dar a última palavra a respeito da interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal, devem ser vistos como Cortes Supremas, como "*cortes de interpretação* e não como *cortes de controle*, como *cortes de precedentes* e não como *cortes de jurisprudência*" (MITIDIERO, 2017, p. 93).

Deixa-se de lado a ideia de tutela da lei ou da legalidade, presente na concepção de Cortes Superiores, as quais atuam como cortes de revisão das decisões judiciais, e chega-se à ideia de Cortes Supremas, as quais atuam como cortes de precedentes e de interpretação.

No entanto, na prática, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no mais das vezes, têm atuado enquanto cortes de terceira ou quarta instâncias, revisoras dos julgados dos demais tribunais, e não como cortes de interpretação e de precedentes.[58]

Tal cenário provoca uma profunda crise numérica de recursos dirigidos àqueles Tribunais, sobretudo ao Superior Tribunal de Justiça, o qual possui significativa dificuldade em selecionar ou filtrar recursos especiais relevantes para a formação de precedentes.

[58] Mitidiero reconhece que "Quando encarados a partir desses modelos, é fácil perceber que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pendem mais para o modelo de Cortes Superiores do que para o de Cortes Supremas (2017, p. 18). Dessa forma, "É preciso, portanto, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam pensados como Cortes de Interpretação e de Precedentes – e não mais como Cortes de Controle e de Jurisprudência. Vale dizer: como verdadeiras Cortes Supremas e não mais como simples Cortes Superiores" (2017, p. 18).

4.2 Os recursos excepcionais e as causas da crise numérica que acomete as Cortes Supremas

A recorribilidade extraordinária é o principal ponto que leva ao acúmulo de processos e inviabiliza a atividade dos Tribunais Superiores.[59] Em artigo publicado, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Assusete Magalhães (2019, p. 880) analisa a evolução do número de processos no âmbito do STJ desde sua criação, em 1989, até o ano de 2018:

> O Superior Tribunal de Justiça, instalado em 07.04.1989, recebeu, no decorrer do ano de sua criação, a distribuição de 6.103 processos. Em 19.12.2018 contava com 292.757 processos em tramitação, não obstante o árduo trabalho de seus 33 Ministros e de seus servidores, o que tem usualmente ensejado o julgamento de processos, a cada ano, em quantitativo superior ao número dos que lhe são distribuídos.

Percebe-se, portanto, que a crise institucional que afetava o Supremo Tribunal Federal no século passado, a qual motivou a criação do já extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) e, posteriormente, do Superior Tribunal de Justiça, persiste em nossa organização judiciária e agora afeta o Tribunal da Cidadania.

É o que explica o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (2019, p. 82), em análise acerca dos trinta anos de criação do STJ, bem como sobre a crise numérica vivida pelo Tribunal:

> (...) permitam-me assim dizer, nesta oportunidade em que se comemoram os seus trinta anos, que vejo esta Corte à beira da crise que outrora afetou o Supremo Tribunal Federal e que veio a inspirar a sua criação. Sim, não se pode esquecer que o Superior Tribunal de Justiça veio para minorar o que se pode denominar de uma "Segunda Crise do Supremo Tribunal Federal", tendo a primeira tido como consequência a criação do hoje extinto Tribunal Federal de Recursos. Atingido por elevado número de processos, que aumenta, significativamente, segunda as estatísticas, há o Tribunal de se questionar sobre como bem solucioná-la. Mediante restrições legais, regimentais e outros paliativos, que têm visado infrutiferamente a redução de recursos?

Segundo expõe Osmar Côrtes (2017, p. 19), a crise dos Tribunais Superiores possui três principais razões: estruturais, culturais e imediatas.

Sob a perspectiva estrutural, toma-se como base o recurso extraordinário e a estrutura que o acompanha desde sua criação no Brasil em 1890. Como sabido, o recurso extraordinário é oriundo do *writ of error* norte-americano, o qual foi idealizado, na legislação dos Estados Unidos, como instrumento de revisão de erros judiciais relacionados à legislação federal, que poderiam colocar em risco a própria Federação.

---

[59] Segundo ensina Osmar Côrtes (2017, p. 19): "Anote-se que a recorribilidade extraordinária é um dos pontos (o maior, é certo) que leva ao acúmulo de processos e inviabiliza a atividade dos Tribunais, mas não é o único. Os Tribunais mantêm competências ordinárias e originárias significativas, que também merecem ser revistas".

Ocorre que, na divisão federativa brasileira, a União Federal possui competências legislativas em diversas matérias, bem mais amplas se comparadas ao modelo de federação norte-americano, em que os Estados-membros detêm grande parte das atribuições legiferantes.

Desse modo, dada a amplitude da competência legislativa federal, Côrtes conclui que "a maioria das questões levadas a Juízo passa pela análise da legislação federal. Assim, a chance de serem levantas hipóteses de possíveis ofensas à legislação interpretada é grande, levando quase que a maioria dos casos à apreciação das Cortes Superiores (...)" (CÔRTES, 2017, p. 19).

A segunda razão para a crise é cultural, eis que no Brasil existe o hábito, a cultura de se recorrer. A exemplo das legislações da Europa continental, a legislação processual brasileira sempre focou na criação de mecanismos recursais para corrigir erros de julgamento, e não de mecanismos que garantam a observância de teses definidas (CÔRTES, 2017, p. 20).

Assim, a legislação processual pátria criou uma cultura de cortes de revisão, e não de precedentes, o que acarreta um volume imenso de recursos dirigidos às Cortes de vértice. Dessa forma,

> (...) foi absorvida pela cultura judiciária a prática de recorrer sempre, por se vislumbrar, em geral, a chance de reforma de uma decisão equivocada – quer por estar em desconformidade com decisões de Cortes hierarquicamente superiores quer por se guardar menos credibilidade em decisões hierarquicamente inferiores." (CÔRTES, 2017, p. 20).

A terceira razão seria a imediata, relacionada aos recursos contra decisões provisórias, em antecipação de tutela ou em ações cautelares. Segundo Côrtes (2017, p. 20), com a previsão legislativa expressa da tutela antecipada a partir da entrada em vigor da Lei nº 8.952/1994, que alterou o CPC/73, criaram-se diversos meios para se chegar, em todos os casos, aos Tribunais Superiores, o que contribuiu para o aumento da crise.

4.3 Alterações legislativas, administrativas e jurisprudenciais já observadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

Com o fim de atenuar a crise numérica vivenciada pelas Cortes Supremas, surgiram importantes alterações legislativas, jurisprudenciais e administrativas, a fim de valorizar os precedentes das Cortes Supremas, bem como fornecer ferramentas para que os Tribunais, de modo geral, pudessem lidar com o grande volume de processos repetitivos.

Dentre as medidas de cunho legislativo, citam-se a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do Incidente de Assunção de Competência (IAC) pelo CPC/15, bem como a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672/2008) (RIBEIRO, 2019, p. 84).

Do ponto de vista administrativo, no STJ criou-se a Comissão Gestora de Precedentes, a qual deu início ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP e ao Núcleo de Admissibilidade e Recursos Repetitivos – NARER (VAZ, 2019, p. 465; MAGALHÃES, 2019, p. 888-895).

Já do ponto de vista jurisprudencial, recrudesceu-se uma jurisprudência defensiva bastante criticada pela doutrina. Isso porque, como o objetivo é o não conhecimento de recursos, há uma supervalorização dos requisitos formais, a partir de uma ótica manifestamente utilitarista (CRUZ E TUCCI, 2014), ditando às partes, o mais das vezes, a observância de exigências não previstas em qualquer norma jurídica (MEDINA, 2013).

Sobre o Superior Tribunal de Justiça, aponta a Ministra Laurita Vaz (2019, p. 466) que

> o número excessivo de recursos que aportam no STJ todos os dias é, sem dúvida, uma das maiores preocupações de todos os ministros, porque impede o tribunal de cumprir o seu papel constitucional, que é precipuamente o de uniformizar a interpretação da lei federal, e não servir de terceira instância revisora dos julgados dos tribunais estaduais e regionais.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça tem encontrado dificuldades em se consolidar como uma Corte de interpretação. Conforme a preocupação exarada pela Ministra Laurita Vaz (2019, p. 466), o STJ tem se aproximado de uma corte de terceira instância, revisora das decisões dos tribunais do país.

Por não contar com um filtro de admissibilidade como a repercussão geral, o Superior Tribunal de Justiça não consegue se autogovernar devidamente enquanto uma Corte de precedentes, tendo que, por uma via transversa, se valer de uma rígida jurisprudência defensiva como forma de autodefesa, face à avalanche de processos que lhe são direcionados.

Explica Caldeira (2014, p. 313) que, não possuindo filtros recursais objetivantes, as Cortes de topo costumam se valer de uma jurisprudência defensiva exacerbada e com excesso de rigorismo formal, para que, com isso, deixem de examinar uma pluralidade de recursos.

Assim, os processos são encarados com nítido *animus* de autodefesa, os quais quase sempre são rejeitados por esbarrarem em algum óbice sumular, caraterística típica da

jurisprudência defensiva. Era o que acontecia no Supremo Tribunal Federal antes da adoção do filtro da repercussão geral (CALDEIRA, 2014, p. 313).

Desse modo, é difícil imaginar o Superior Tribunal de Justiça alterando essa jurisprudência defensiva, a fim de exercer seu papel constitucional com mais amplitude, sem que haja profundas alterações no modelo que hoje o aproxima de uma corte de terceira instância, revisora dos julgados dos demais tribunais.

4.4 As propostas de solução para a crise do Superior Tribunal de Justiça: da objetivação ao filtro de relevância nos recursos especiais

Tendo em vista a saturação da capacidade decisória das Cortes de vértice, em especial do Superior Tribunal de Justiça, o qual vem se valendo de uma crescente jurisprudência defensiva, não se apresenta oportuno introduzir qualquer modificação na jurisdição que acarrete o aumento do número de recursos ou da carga de trabalho.[60]

Pelo contrário, mostra-se imprescindível que, à medida que o tempo avance, as Cortes Superiores se aproximem mais do modelo de Cortes Supremas, sob pena de, em curto ou médio prazo, ter-se inviabilizado o seu funcionamento enquanto tribunais incumbidos de gerar precedentes que orientem a sociedade e façam frutificar o Direito.

Como explica Caldeira (2014, p. 327),

> (...) não se pode negar que, tal como ocorre nas principais jurisdições constitucionais do mundo, os Tribunais Superiores e Cortes Constitucionais não podem ser órgãos revisores de todos os casos concretos a eles submetidos. Esse modelo do caso a caso, além de inviabilizar a atuação dos tribunais, prejudica o exame das grandes questões que, de fato, tem importância para os jurisdicionados, inviabilizando, ainda, a prestação jurisdicional célere e isonômica.

Nessa perspectiva, os recursos extraordinários *lato sensu* nas Cortes Supremas deixam de ter um caráter subjetivo-privado e passam a ter um caráter objetivo-público, com a ajuda de filtros de admissibilidade recursal. Isso permite que as Cortes selecionem casos relevantes e dispensem a análise de casos não relevantes.

[60] Sobre a crise no STJ, Gilmar Mendes (2017, p. 1053) entende que "O exercício da ampla competência, no âmbito do recurso especial, e a falta de qualquer instrumento de generalização de efeitos das decisões e de seleção de recursos levaram a que o Superior Tribunal de Justiça, em curto espaço de tempo, se defrontasse com crise numérica idêntica ou até mais grave do que aquela que acomete o Supremo Tribunal Federal."

É o que já se observa no direito alemão e estadunidense, uma vez que a objetivação deixa de tratar os casos como processos individuais, passando a encará-los como meios para a defesa da ordem jurídica objetiva (CALDEIRA, 2014, p. 269).

Portanto, "ao mesmo tempo em que desafoga a Suprema Corte norte-americana e a *Bundesverfassungsgericht* alemã", essa objetivação "permite a seleção dos casos realmente relevantes para os Estados Unidos e Alemanha, respectivamente, reforçando o papel desses Tribunais de topo" (CALDEIRA, 2014, p. 269).

Como explica Daniel Mitidiero (2017, p. 82),

> (...) o recurso à Corte Suprema *não tem nenhuma razão para ser encarado como um direito subjetivo da parte*. É por essa razão, a propósito, que a admissão do *writ of certiorari* para a *Supreme Court* estadunidense "*is not a matter of right, but of judicial discretion*" (Rule 10, Rules of the Supreme Court). A admissão do recurso aí é submetida à demonstração do interesse público no seu julgamento (...)

A objetivação altera de forma substancial a concepção dos recursos extraordinários *lato sensu*. Dá-se mais importância à substância do recurso (matéria de fundo) do que à regularidade formal. Os recursos selecionados para julgamento, por meio de uma filtragem recursal, são aqueles que contemplem matérias com relevância jurídica para o cenário nacional e que possuam transcendência aos interesses subjetivos dos recorrentes (VAUGHN, 2018).

Dessa forma, as formalidades recursais podem ser superadas, se necessário for à manifestação da Corte sobre a questão de direito, visto que "uma Corte de interpretação não julga propriamente o caso, mas julga a partir do caso" (MARINONI, 2019b, 179).

Como exemplo disso, a ausência de regularidade formal do recurso não pode, em princípio, impedir a Corte Suprema de atuar em um caso que se entenda necessário para a formação de precedentes. De igual modo, "eventual desistência do recurso interposto" pela parte "não veda a Corte Suprema de se pronunciar sobre a questão jurídica", porquanto a "Corte Suprema, por assim dizer, *autogoverna-se* (MITIDIERO, 2017, p. 84).

O próprio requisito do prequestionamento tende a ser atenuado, uma vez que a "função de desenvolvimento do direito não pode ser obstaculizada pela inação dos privados em previamente discutir ponto imprescindível à solução da questão federal" (MARINONI, 2019b, p. 178).

No direito comparado, Marinoni (2019b, p. 179) lembra o caso alemão, em que "o mesmo espírito tem levado à redução das exigências formais para a admissão da

Verfassungsbeschwerde ao *Bundesverfassungsgericht*", por se tratar de recurso excepcional cujo julgamento ocorre "menos em virtude do interesse do privado do que da função jurídico-objetiva do recurso constitucional".[61]

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, vê-se a importância da adoção do filtro da repercussão geral, além de outras formas de objetivação do recurso extraordinário, como a causa de pedir aberta[62] e os efeitos vinculantes e *erga omnes*, que estão na esteira de um modelo de Corte de Precedentes e não mais de cortes de revisão ou controle.

Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 368) lamenta o fato de o legislador constituinte não ter criado um filtro recursal para o STJ semelhante à repercussão geral, o que consubstancia uma incongruência:

> Lamenta-se que não tenha sido adotado também para selecionarem-se os recursos especiais que vão para o STJ. O fato de só haver repercussão geral para os recursos extraordinários reflete, de certo modo, uma incongruência, já que se poderia pensar que no que diz respeito a problemas ligados a Constituição Federal, deveriam ser selecionadas questões relevantes. Mas, paradoxalmente, se entenderia que todas as questões que envolvam ofensa a Lei Federal seriam relevantes a ponto de justificar ou de ensejar o julgamento dos recursos especiais.

Na mesma linha, Gustavo Fávero Vaughn (2016) aponta a necessidade de introdução de um filtro, nos recursos especiais, nos moldes da repercussão geral, que exija a comprovação da transcendência dos interesses subjetivos das partes, haja vista que, de modo injusto, somente o recurso extraordinário *stricto sensu* conta com esse filtro, muito embora o recurso especial seja uma ramificação do recurso extraordinário (MOREIRA, 2010, p. 585).

Para Vaughn (2016), uma vez que a função do STF, com relação ao recurso extraordinário, é a mesma exercida pelo STJ, no que toca ao recurso especial, qual seja, "-uniformização da jurisprudência e preservação da integridade do direito objetivo -, inexistem motivos para que se aplique a repercussão geral somente a um dos tribunais superiores."

---

[61] Importante ressaltar que, muito embora a construção teórica acerca da objetivação (CALDEIRA, 2014; CÔRTES, 2017) não se confunda com aquela relacionada aos precedentes (MARINONI, 2019b; MITIDIERO, 2017), é possível encontrar diversos pontos convergentes entre os dois ramos teóricos, em especial a orientação para seleção de casos relevantes, a fim de proteção do ordenamento jurídico-objetivo.

[62] Como aborda Caldeira (2014, p. 320): "A adoção da *causa petendi* aberta no controle difuso mostra-se como forte sinal de ampliação do escopo do recurso extraordinário, aproximando-o das ações de controle 'abstrato' de constitucionalidade. Essa técnica foi utilizada, por exemplo, nos autos do recurso extraordinário nº 298.694, em que o STF entendeu ser possível o conhecimento do Apelo Extremo, 'ainda que sob prisma diverso daquele em que hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário'.

Desse modo, uma solução para o problema da falta de objetivação recursal no Superior Tribunal de Justiça e, por consequência, para o imenso número de recursos julgados, seria a criação de um filtro de relevância, semelhante à repercussão geral do recurso extraordinário.

A medida tem potencial de aliviar a Corte Superior de Justiça e de permitir o desempenho do seu mister constitucional enquanto corte de uniformização e de interpretação do direito federal, visto que "o STJ passará a julgar, em recurso especial, questões que tenham efetivamente alguma relevância nacional, isto é, que transcendam os interesses subjetivos dos particulares", eliminando questões que sequer deveriam chegar a uma Corte Suprema (VAUGHN, 2016).

O filtro de relevância no recurso especial é tema da PEC nº 209/2012, que tramita no Congresso Nacional, sendo defendida inclusive por Ministros da Corte Superior de Justiça (VAZ, 2019, p. 466-467; RIBEIRO, 2019, p. 84).

A propósito, a ideia de um filtro de relevância surgiu do próprio Tribunal Pleno do Superior Tribunal de Justiça, o qual, "em sessão do dia 05.03.12, decidiu propor a elaboração de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 209/2012), a fim de instituir a repercussão geral também como pressuposto de admissibilidade para o recurso especial" (VAUGHN, 2016).

4.5 A objetivação como viabilizadora da atuação mais proativa do STJ em seu papel constitucional

Dada a crise numérica nos Tribunais de vértice, a objetivação dos recursos extraordinários *lato sensu* (especial e extraordinário) apresenta-se como uma chance de as Cortes de topo se consolidarem enquanto Cortes Supremas, de modo que, ao julgarem menos processos, possam exercer o seu mister constitucional de uniformização do Direito e orientação da sociedade para casos futuros.

Contudo, no cenário presente, sem a adoção de mecanismos que permitam ao Superior Tribunal de Justiça a seleção dos casos mais relevantes, como previsto na própria "PEC da relevância",[63] o que já ocorre nos recursos extraordinários com a repercussão geral, a crise numérica persistirá acometendo o Superior Tribunal de Justiça.

Em se mantendo a crise, dificilmente veremos o Tribunal da Cidadania buscar atuar com maior proatividade na interpretação da lei federal conforme a Constituição, ou mesmo no

[63] PEC nº 209/2012, a qual visa a criação de um filtro de relevância para os recursos especiais, nos moldes da repercussão geral dos recursos extraordinários.

controle de constitucionalidade da lei federal, uma vez que isso implicaria uma carga maior de trabalho ao tribunal, o que não existiria se formas de objetivação do recurso especial fossem adotadas.

Desse modo, tem-se que, em razão da ausência de instrumentos que permitam ao Superior Tribunal de Justiça se afastar do modelo de instância revisional e consolidar-se enquanto Corte de Interpretação do direito federal, a postura da Corte, lamentavelmente, tende a permanecer tímida em relação a matérias que demandem a interpretação legal nos termos da Constituição. Dessa forma, sem que haja alteração da situação atual, o STJ não terá condições de assumir o protagonismo interpretativo enquanto Corte Suprema.

O efetivo exercício dessas atribuições é essencial para a consolidação do STJ enquanto Corte Suprema em matéria federal, visto que a interpretação da lei federal presume a sua interpretação à luz da Constituição, ao mesmo tempo em que, noutro enfoque, o controle difuso de constitucionalidade é confiado, sem exceção, a todos os órgãos judiciais do país.

5 CONCLUSÃO

Observa-se que a operacionalização da jurisdição constitucional brasileira no âmbito das Cortes Supremas foi complexificada com o surgimento do Superior Tribunal de Justiça pós-Constituição de 1988. Agora, temos duas Cortes Supremas compondo a denominada instância extraordinária, o que muitas vezes acaba gerando conflitos negativos ou positivos de competências judicantes entre os Tribunais.

Além disso, percebe-se a ocorrência de dificuldades em se compatibilizar o modelo difuso de controle de constitucionalidade, a ser realizado por todos os órgãos judiciais do país, com a separação de competências entre as Cortes Supremas no que toca às questões constitucionais e as questões federais infraconstitucionais.

Ocorre que, sob o argumento de não invasão da competência do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça tem abdicado, recorrentemente, de exercer o seu papel enquanto uniformizador da legislação federal.

Há de se considerar, nesse cenário, que o Superior Tribunal de Justiça tem passado por uma profunda crise numérica em relação aos recursos especiais, o que o tem levado a empregar uma rígida jurisprudência defensiva, inclusive se abstendo de analisar questões constitucionais ligadas à legislação federal, a fim de reduzir o número de recursos os quais necessite apreciar e julgar.

Nesse sentido, é difícil imaginar o Superior Tribunal de Justiça alterando essa jurisprudência defensiva, a fim de exercer seu papel constitucional com mais amplitude, sem que haja profundas alterações no modelo recursal brasileiro, que hoje aproxima aquele Tribunal de uma corte de revisão das decisões tomadas em instâncias inferiores.

Logo, vê-se que a hipótese inicialmente suscitada neste trabalho, qual seja, de que ao STJ cumpre o exercício tanto da interpretação constitucional quanto do controle de constitucionalidade, foi confirmada parcialmente, no sentido de que, embora seja verdadeira, a crise pela qual passa a Corte faz com que o exercício dessa atribuição constitucional fique em segundo plano.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 910.

BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**, *in* Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-55.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 413.

BATISTA, Fernando Natal. **A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimação do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília. 2018.

_____. A **questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimação do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional**. 1. ed., Brasília: Ed. Juspodivm, 2018.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo**. **Relatório sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-114.pdf. Acesso em: 13/09/2021.

BRASIL. **Comissão Provisória de Estudos Constitucionais**. Anteprojeto Constitucional. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf. Acesso em: 13/09/2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021, p. 106. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf. Acesso em: 02 de out. de 2021.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 set. 2021.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Mesa redonda sobre reforma do poder judiciário**. Revista De Direito Público e Ciência Política – Rio de Janeiro – Vol. VIII, n.º 2 – Maio/Agosto, 1965, p. 139.

BRASIL. STF, AI 699561 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 23.03.2011, DJe de 07.04.2011.

BRASIL. STF, AI no REsp 1135354/PB, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 28.02.2013.

BRASIL. STF, RE 878.694/MG, Plenário, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10.05.2017, DJe de 06.02.2018.

BRASIL. STF, RE nº 1140005 RG, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2018, DJe de 10/08/2018.

BRASIL. STF. **Súmula Vinculante 10**. Sessão Plenária de 18/06/2008, DJe n.º 117 de 27/6/2008, p. 1 e DOU de 27/6/2008, p. 1.

BRASIL. STJ, AgInt no AREsp 1739782/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/05/2021, DJe de 01/07/2021.

BRASIL. STJ, AgInt no REsp nº 1821663/AL, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/10/2019, DJe de 14/10/2019.

BRASIL. STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 746.371/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/03/2018, DJe de 09/03/2018.

BRASIL. STJ. EDcl no REsp 1.369.571/PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 211**. ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo") Corte Especial, julgado em 01/07/1998, DJ 03/08/1998, p. 366.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 126**. Corte Especial, julgada em 09 mar. 1995 e publicada no DJ de 21 mar. 1995, p. 6.369.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. **O desenvolvimento dos modelos americano, alemão e brasileiro de controle de constitucionalidade e a "objetivação" processual**: com destaque para o *Writ* of certiorari norte-americano, a *Verfassungsbeschwerde* alemã e a "objetivação" do

recurso extraordinário brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília. 2014.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no Século XIX**. São Paulo: Almedina, 2015.

CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os tribunais superiores**: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 4ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva**. Consultor Jurídico. São Paulo, 24 jul. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudenciadefensiva . Acesso em: 03 out. 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. vol. 3. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa. Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 252.

FILHO, Cândido Motta. **A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil**, RF, 73/246-249.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **A arguição de relevância e o Supremo Tribunal Federal**. jul. 2001, Monografia apresentada no curso de Teoria Geral do Direito Público II (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p.8.

MAGALHÃES, Assusete. **O Superior Tribunal de Justiça e os 10 anos dos Recursos Repetitivos**: Gestão, Desafios e Perspectivas. In: Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 880.

MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. São Paulo: Ed. Nacional, 1934.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF**: A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019a.

_____. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019b.

_____. **Considerações sobre a zona de penumbra entre o STJ e o Supremo**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2019c. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-01/direito-civil-atual-zona-penumbra-entre-stj-stf. Acesso em: 19 set. 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Pelo fim da jurisprudência defensiva**: uma utopia? Consultor Jurídico. São Paulo, 29 jul. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fimjurisprudenciadefensiva-utopia . Acesso em: 03 out. 2021.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Teoria das Constituições rígidas**, 2. ed., São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série IDP). 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Defesa, guarda e rigidez das constituições**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial, dez/2013.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. Livro eletrônico. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **Superior Tribunal de Justiça: 30 Anos!** In: Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019.

VAUGHN, Gustavo Fávero. **A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual.** Revista de Processo, vol. 254. Abril de 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/ bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.17.PDF. Acesso em: 05 de out. 2021.

VAZ, Laurita. **Os 30 Anos da Constituição e da Criação do STJ**: Retrospecto, Avanços e Desafios. In: Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 466.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol I 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão geral**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. vol. 19. São Paulo: Ed. RT, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Jurisdição constitucional do STJ**. Revista de Processo: RePro, v. 37, n. 212, out. 2012.