CONSTITUIÇÃO NOVA — LEI ANTERIOR — INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

I — o reconhecimento da revogação de lei, por incompatibilidade com dispositivo constitucional novo, pressupõe a verificação da compatibilidade entre a lei velha e a constituição nova;

II — o Tribunal, quando verifica a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, exercita evidente controle de constitucionalidade;

III — acórdão que examina a revogação por inconstitucionalidade expõe-se, tão-somente, a recurso extraordinário. O Recurso especial é instrumento impróprio para o enfrentar.

IV — Compete ao relator negar seguimento a recurso manifestamente incabível (Lei 8.038/90 — Art. 38).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Recurso Especial 63.824

Recorrente: Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de Minas Gerais — SINEPE/MG
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Relator: Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros

DESPACHO DO RELATOR

DECISÃO

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais promoveu ação civil pública, contra o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de Minas Gerais.

A pretensão deduzida pelo MP finca-se no Art. 24 do Decreto-lei 3.200/41 e tem como escopo forçar os estabelecimentos de ensino vinculados ao Sindicato demandado a concederem, em favor de famílias numerosas, descontos nos valores das mensalidades. Tais descontos são previstos no Art. 24.

O Sindicato defendeu-se, afirmando a derrogação do Art. 20, por incompatibilidade com os Artigos 205, 206, 208 e 209 da Constituição Federal de 1988.

O E. Tribunal de Alçada de Minas Gerais repeliu a tese da derrogação, declarando procedente o pedido (fls. 456 e segts). Nela não houve qualquer referência a preceitos de natureza infraconstitucional.

O Sindicato demandado valeu-se de embargos declaratórios, para questionar vários dispositivos de leis infraconstitucionais. Os Embargos foram rejeitados.

O Recurso Especial desafia o Acórdão, dizendo que foram desconsiderados vários preceitos, sediados em leis e decretos-leis.

Esta a controvérsia que nos traz o Recurso especial.

DECIDO:

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido, fundamentalmente, para dirimir em instância derradeira questões relacionadas com hermenêutica e aplicação da lei federal; ou, como se convencionou chamar: "questões de direito infraconstitucional".

Os temas de natureza constitucional foram reservados à competência do Supremo Tribunal Federal.

Costuma-se dizer, simplificando, que o STF faz o controle da constitucionalidade, enquanto o STJ exerce o controle da legalidade.

Controlar a legalidade é dizer se determinado ato normativo, ou decisão coincide com os preceitos do ordenamento infraconstitucional.

Controlar constitucionalidade é verificar se o dispositivo sob exame é compatível com a Lei Maior.

A repartição de competências, entre as duas Cortes fez-se de modo a que as decisões do STJ, em recursos especiais, não se exponham a revisão, pelo Supremo Tribunal Federal.

Há uma hipótese, em que Acórdão produ-

zido em recurso especial fica exposto ao extraordinário.

Ela ocorre quando o STJ examina, incidentemente, a constitucionalidade de alguma Lei Federal, supostamente violada.

Melhor explicando: há oportunidades em que se leva ao Superior Tribunal de Justiça, decisão cujo dispositivo não se afina com o texto de lei federal.

Em tal situação, o STJ percebendo que a lei supostamente violada é incompatível com a Lei Maior, logicamente, não proclamará sua supremacia. O Tribunal, emitirá declaração incidente, afirmando a inconstitucionalidade do dispositivo legal.

O Acórdão que resultar desta declaração incidente expõe-se a recurso extraordinário.

Vale, aqui, deixar bem claro: quando se trata de recurso especial, apenas em declaração incidente, é lícito ao STJ controlar constitucionalidade.

É bom lembrar que a declaração incidente é admissível somente, quando o acórdão recorrido houver aplicado a lei federal. Nesta circunstância a questão constitucional surge no próprio âmbito de competência do STJ.

Se o confronto entre lei e Constituição já ocorreu no Tribunal *a quo*, seu reexame haverá de ser efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário.

Existem, contudo, situações limítrofes, onde é difícil afirmar qual o Tribunal competente para o recurso.

Uma delas relaciona-se com a chamada "inconstitucionalidade superveniente".

II — INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

O fenômeno da inconstitucionalidade superveniente ocorre quando uma reforma constitucional insere no Direito Positivo preceitos incompatíveis com norma contida em lei federal já existente.

Quando isto ocorre, a lei velha é derrogada.

Ao contrário do que acontece com as leis posteriores à nova Carta, Ela não se torna inconstitucional. Simplesmente, desaparece do Ordenamento jurídico.

Surge, aí, a dificuldade:

o acórdão que declara a inconstitucionalidade superveniente expõe-se a recurso extraordinário;

ou somente o recurso especial pode desafiá-lo?

Acredito que o remédio apropriado, na hipótese é o recurso extraordinário.

Imaginemos que um de nossos Tribunais estaduais tenha recusado aplicação ao Art. 5º da Lei federal 7.347/85, sob o argumento de que este dispositivo — por incompatível com o Art. 225 da Constituição Federal de 1988 — está revogado.

Tenho para mim, que na hipótese figurada, o Tribunal de Justiça — quando declarou a revogação — exercitou o controle da constitucionalidade do Art. 5º.

Para melhor argumentar, isolemos três momentos, na formação deste suposto acórdão:

I — de início, o Tribunal após examinar se o preceito legal é compatível com o atual Sistema Constitucional, chegou à conclusão de que tal compatibilidade não existe.

II — A partir desta constatação, incursionou pelo Direito intertemporal, apurando que o dispositivo de lei ordinária era anterior à nova Carta.

III — por último, afirmou que se operara revogação; ou — como é mais elegante dizer, atualmente — asseverou que o Art. 5º não foi recebido pela nova ordem constitucional.

Se o estudo efetuado pela Corte houvesse concluído pela compatibilidade entre a Lei a Constituição, seria despiciendo o mergulho no direito intertemporal.

O Acórdão, simplesmente, diria: "o Art. 5º é constitucional." (ou silenciaria — porque a constitucionalidade se presume).

Aliás, toda vez que um juiz ou tribunal aplica uma lei, ele está fazendo uma declaração, implícita, de que o dispositivo é constitucional.

Na situação imaginada, o Acórdão recorrido não se limitou a um exercício de direito temporal. Ele declarou que um preceito legal foi revogado — *revogado por inconstitucionalidade*.

Sabemos todos que revogação de uma norma jurídica se dá quando uma outra norma de hierarquia igual ou superior ingressa no Ordenamento Jurídico. Uma Lei ordinária

pode ser revogada por dispositivo constitucional.

Quando declaramos revogação pelo advento de lei ordinária ou complementar, estamos fazendo controle de legalidade, no plano infraconstitucional.

No entanto, quando se declara a revogação, pela superveniência de regra constitucional, pratica-se o controle de constitucionalidade.

Na situação imaginada acima, o Tribunal, deixando de aplicar o Art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, não se limitou em negar vigência àquele dispositivo. Em verdade, ele declarou a inconstitucionalidade de lei federal.

Por efeito da inconstitucionalidade, é que afirmou a derrogação.

O Ministro Célio Borja, em Estudo que publicou, sob o Título de "O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade", lembra ensinamento de Castro Nunes, nestas palavras:

"Não contesto que a incompatibilidade se resolve numa revogação, o que resulta de anterioridade da norma. Mas perde-se de vista o outro elemento, a diversidade hierárquica das normas. A teoria de ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando da mesma se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível.

Mas se a questão está em saber se uma norma pode continuar a viger em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade, mas tem uma designação peculiar a esse nível das normas, chama-se declaração de inconstitucionalidade (Teoria e Prática do Poder Judiciário, Ed. Rev. Forense, 1943, p. 603, grifos do original)" — (apud "A Nova Ordem Constitucional" Ed. Forense, 1990, p. 182)

No Mesmo ensaio, Célio Borja lança preciosa observação:

"No direito pátrio, a derrogação de uma norma por outra de igual hierarquia vem disposta em lei. E a derrogação de norma de lei ordinária ou complementar por outra de nível constitucional é princípio da ordem jurídica positiva do Estado, contido na hipotética cláusula da supremacia da Constituição." (Op. cit., p. 183)

III — POSIÇÃO DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça, pela Corte Especial, examinou o tema.

Isto ocorreu no julgamento de argüição de inconstitucionalidade, no RESP 12.005-0/RS.

A Corte não conheceu incidente de inconstitucionalidade, envolvendo Lei editada em 1965.

O Acórdão relativo a este julgamento foi obtido após brilhantes debates, contra os votos dos Ministros Vicente Cernicchiaro, Bueno de Souza, Barros Monteiro, José Dantas, William Patterson, José Cândido e Pedro Acioli.

Os Ministros Cláudio Santos, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e José de Jesus Filho votaram pelo não conhecimento, porque a Lei malsinada, por ser anterior à Constituição de 1967, teria sido revogada por esta.

Destaco uma passagem esclarecedora do voto emitido pelo Ministro Eduardo Ribeiro:

"Se a incompatibilidade for simplesmente com uma lei superveniente, não há necessidade de mais nada a não ser reconhecer que isso ocorreu; e a incompatibilidade, entretanto, for com texto normativo que tem dignidade constitucional, demandando, para ser proclamada, um *quorum* qualificado." (RSTJ 47/146)

Tambem merece destaque o voto de nosso Decano, Ministro José Dantas, nestes termos:

"É que ouso contrariar, com mais imperdoável "audácia", o saudoso Ministro Vitor Nunes, por me parecer mesmo bizantina, quando nada para o efeito formal de que trata, a distinção entre declarar revogada a lei por inconstitucionalidade com uma nova Constituição, ou declará-la inconstitucional, desde então.

A meu ver, o incidente da inconciliação de uma lei, de um ato normativo, com a Constituição, qualquer que seja a terminologia que se use, ou a época de seu exame, configura um conflito de inconstitucionalidade sujeito às mesmas regras de controle; por sua via cabe apagar-se a presunção de legitimidade daquele ato, só e só em homenagem à hierarquia das leis. Conseqüentemente, *d.m.v*, não me impressiona que a terminologia — seja a de declarar implicitamente revogada ou a de de-

clarar inconstitucional a norma, para o único efeito de inaplicá-la — tenha força para distinguir o procedimento formal da declaração, mormente quando o caso assim já foi juridicamente enquadrado pelo órgão julgador do recurso em que se deu o incidente, dado tratar-se hipótese concreta anterior à vigência da nova Constituição." (RSTJ, 47/142)

Ora, quando um Acórdão declara a inconstitucionalidade de uma lei federal (seja para tê-la como revogada, seja para declarar-lhe a nulidade) ele se expõe a recurso extraordinário (CF Art. 102, III, b).

IV — O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É verdade que o Supremo Tribunal Federal, em arestos não unânimes, dirigiu sua jurisprudência no sentido de não admitir o controle abstrato da constitucionalidade, relativamente a leis anteriores à Carta Política.

Isto não significa, entretanto, que o STJ tenha abdicado do controle tópico, efetuado através do recurso extraordinário.

No julgamento da ADIN nº 2, o E. Ministro Sepúlveda Pertence, manifestou entendimento favorável ao controle, por ação direta, da inconstitucionalidade superveniente. Ao sentir daquele brilhante e lúcido jurista,

"recusar a via da ação direta de inconstitucionalidade ao expurgo das leis velhas com a nova ordem constitucional, seria demitir-se, o Supremo Tribunal, de sua missão e de uma responsabilidade que são suas. Intransferivelmente suas."

Neste entendimento, o Ministro Pertence foi acompanhado pelos não menos eminentes Ministros Nery da Silveira e Marco Aurélio.

Anoto, contudo, um detalhe relevante: se é dominante a corrente que não admite a ação direta, tudo indica haver consenso, no sentido de que o controle, em última instância, da revogação por inconstitucionalidade é reservado ao Supremo Tribunal Federal, através do Recurso extraordinário.

Em recente Conferência, provoquei o Eminente Ministro Moreira Alves, a propósito deste tema.

Indaguei, ainda, se o reconhecimento da revogação, por incompatibilidade superveniente enseja recurso especial ou extraordinário.

Fui mais adiante: peguntei se o STJ é competente para pareciar, em recurso especial, declaração de inconstitucionalidade superveniente.

Obtive, precisa resposta, que tentarei resumir em três itens:

a) o controle, *in abstracto*, da inconstitucionalidade superveniente não é necessário, porque a lei anterior não chegou a afrontar a supremacia da Constituição; ela simplesmente desapareceu. Assim, nem se faz necessária a suspensão de eficácia, prevista no Art. 52, X da Constituição;

b) o reconhecimento da revogação, por inconstitucionalidade superveniente deve ser desafiado mediante extraordinário;

c) O exame desta matéria, em recurso especial implicaria em invasão de competência do STF e acarretaria a nulidade do acórdão. — Nulidade que pode ser declarada em recurso extraordinário, interposto contra a decisão do STJ, por ofensa ao artigo 102, III, b, da CF.

V — ANALOGIA

Figuremos duas situações corriqueiras, que, por serem análogas facilitam o entendimento do fenômeno:

Por terem o coração mal formado, duas crianças estão mortas: uma faleceu após o parto; outra morreu antes do nascimento.

As duas infelizes criaturas perderam a vida, por efeito de um mal único: deficiência cardíaca.

No entanto, uma chegou a viver e se tornou pessoa; a outra não adquiriu personalidade.

São bem diferentes conseqüências jurídicas destas duas situações.

É, necessário, pois, que se constate o óbito, identificar qual dos cadáveres chegou a integrar o universo das pessoas

Tal identificação faz necessário um atestado, cuja emissão é privativa de alguém credenciado: um médico.

Se transportarmos este exemplo trágico para o universo do Ordenamento Jurídico, poderemos observar que, em se tratando de leis atingidas pela Constituição (tanto as leis novas quanto aquelas posteriores) há somente uma entidade credenciada para declarar a de-

ficiência (inconstitucionalidade) que fulminou as duas; o Supremo Tribunal Federal.

VI — CONCLUSÕES

Podemos concluir, resumindo:

I — o reconhecimento da revogação de lei, por incompatibilidade com dispositivo constitucional novo, pressupõe, a verificação da compatibilidade entre a lei velha e a constituição nova;

II — o Tribunal, quando verifica a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, exercita evidente controle de constitucionalidade;

III — acórdão que examina a revogação por inconstitucionalidade expõe-se, tão-somente, a recurso extraordinário. O Recurso especial é instrumento impróprio para o enfrentar.

Na hipótese que se agita nestes autos, o v. Acórdão limitou-se ao exame da suposta inconstitucionalidade superveniente.

O Recurso especial é manifestamente incabível. Atento ao preceito contido no Art. 38 da Lei 8.038/90, nego-lhe seguimento.

Publique-se.

Brasília, 26 de maio de 1995.