SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO

Controle de Constitucionalidade de Ofício pelo Supremo Tribunal Federal: o Exemplo da Lei de Arbitragem

Autor: Gabriela dos Santos Gusson

Orientador: Profa. Patrícia Rodrigues Pessôa

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como parte das exigências para a conclusão da Escola de Formação 2008.

São Paulo

2008

ÍNDICE

1- Introdução..... 3

2- Metodologia..... 6
2.1Metodologia de busca de acórdãos..... 6
2.2Metodologia de análise..... 8

3- SE 5206-AGR..... 10
3.1 Introdução ao caso..... 10
3.2 Voto do Ministro Moreira Alves..... 11
3.3 Análise da constitucionalidade de ofício da Lei 9.307/96..... 12
3.3.1 Interpretação do art. 176 e 177 do Regimento Interno...15
3.3.2 O papel do STF como guardião da Constituição..... 16
3.3.3 Princípio Norte Americano..... 17
3.4 Conclusão..... 18

4- Precedente..... 19
4.1 MS 20.505..... 19
4.1.1 Introdução ao caso..... 19
4.1.2 Questão de ordem: análise da constitucionalidade da norma não necessária ao caso..... 21
4.1.3 Conclusões..... 23
4.2 RE 172.058..... 24
4.2.1 Introdução do caso..... 24
4.2.2 Estudo do caso..... 25
4.2.3 Conclusões..... 26

5- Conclusão..... 28

7- Referências Bibliográficas..... 30

1- INTRODUÇÃO

O tema deste estudo é o Controle de Constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) *ex officio*. Entende-se por controle jurisdicional de constitucionalidade a função de tutela e atuação judicial dos preceitos da Constituição[1]. No STF essa tutela é exercida posteriormente à promulgação da norma e pode ser de duas formas: controle abstrato ou difuso de constitucionalidade.

O controle difuso de constitucionalidade está presente no ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1891 e é uma réplica do controle de constitucionalidade exercido nos Estados Unidos. Por meio dele as partes podem suscitar a inconstitucionalidade de uma norma em qualquer instância.

Os efeitos dessa decisão são *ex tunc* e *inter partes,* ou seja, a relação jurídica existente devido a essa norma será extinta, somente entre as partes do caso concreto, desde a promulgação da norma.

Para que o seu efeito seja *erga omnes*, a inconstitucionalidade da lei deverá ser declarada pelo STF, que por sua vez submeterá essa decisão à aprovação do Senado Federal que decidirá se essa norma deve ou não ser banida do ordenamento jurídico.

Já o controle abstrato de constitucionalidade foi admitido no ordenamento brasileiro pela Emenda Constitucional 16 de 6.12.65 que instituiu a ação direta de inconstitucionalidade. É uma forma de pedir que uma Corte Constitucional, no caso o STF, exerça o controle abstrato por meio da verificação da validade de uma lei em relação à Constituição Federal. Os legitimados para tal pedido são os do art. 103, da CF.

Essa forma de controle de constitucionalidade surgiu na Áustria e os efeitos dessa decisão serão *erga omnes* e *ex nunc*.

Ao largo dessas duas formas de controle de constitucionalidade, há ainda uma terceira: o controle de constitucionalidade de ofício. Ele é suscitado pelo juiz, que tem prerrogativa para tal devido ao princípio do

---

[1] CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

jura novit curia (o juiz sabe o direito, ou seja, o juiz conhece melhor o direito do que as partes) e da ordem pública.

O pouco que se sabe a respeito deste novo tipo de controle de constitucionalidade está presente no acórdão SE 5206-AgR. O fato de o controle ter sido exercido *ex officio* pelos ministros gerou várias indagações em relação à forma como se exerce este controle de constitucionalidade na Corte Constitucional do país.

Em síntese, as partes entraram com o pedido de Agravo Regimental em Sentença Homologatória, tendo como fundamento dois precedentes[2] do Supremo Tribunal Federal (STF). A Lei de Arbitragem (Lei nº 9307/96) foi citada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, relator, para justificar a concessão da homologação da sentença arbitral estrangeira. E, em seguida, o Ministro Moreira Alves suscitou sua inconstitucionalidade diante do princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (Art. 5º, inc. XXXV, da CF).

Por ser um controle de constitucionalidade que não está expressamente escrito na constituição, e por ser pouco conhecido, há divergência na doutrina quanto à sua natureza jurídica. José Afonso da Silva[3] afirma que o controle de constitucionalidade de ofício é uma nova forma de controle de constitucionalidade, decorrente do controle abstrato.

Já Lênio Luiz Streck[4] defende que o controle de ofício é parte do controle difuso da constitucionalidade, porque o juiz seria um dos legitimados a suscitar a inconstitucionalidade da norma, assim como as partes e o Ministério Público.

Apesar de a doutrina não ter chegado a um consenso sobre a natureza jurídica do controle de constitucionalidade de ofício, o STF vem utilizando-o sem a devida justificativa e argumentação que esse tipo de inovação demanda. Suscitando a hipótese de que nem o próprio STF sabe as conseqüências do que está realizando. Estudar na prática o modo como se opera o controle de constitucionalidade de ofício é o desafio deste estudo.

---

[2] SE nº 2.486-1 e SE 2468-78.

[3] DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores 2008. p. 50.

[4] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 459.

A utilização desse tipo de controle de constitucionalidade também abala a Separação de Poderes, pois o STF estaria ultrapassando os limites da sua função impostos na Constituição. Na prática, ele estaria aumentado a sua função, desequilibrando, portanto, o Sistema de Freios e Contrapesos.

Há uma lógica por trás da organização do Controle de Constitucionalidade no Brasil, que explica os efeitos das decisões, os legitimados para propor a ação, os tipos de ação, enfim, quebrar essa lógica, implica em inflar o poder do STF.

Porém, uma possível causa de o STF estar praticando o controle de constitucionalidade de ofício vem da teoria neoconstitucionalista e da idéia da sobreinterpretação, que é o condicionamento de todas as normas jurídicas à interpretação da Constituição, que seria como um filtro dessas normas. Assim, a prática do controle de constitucionalidade de ofício seria decorrente da sobreinterpretação[5].

Justifica-se, portanto, o estudo do controle de constitucionalidade de ofício pelo STF a partir da Lei de Arbitragem, para verificar o que o STF entende por controle de constitucionalidade de ofício. Além de tentar responder um problema que o controle de constitucionalidade de ofício levanta, e que está ligado à sua natureza jurídica, que é saber quais são os seus efeitos.

Portanto, o objetivo deste trabalho foi estudar como é o controle de constitucionalidade de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, utilizando como exemplo a Lei de Arbitragem.

---

[5] DA SILVA, Alexandre Garrido. *Pós-Positivismo e Democracia: Em defesa de um Neoconstitucionalismo Aberto ao Pluralismo.* URL: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva.pdf. Disponível em 09/03/2009.

2- METODOLOGIA

2.1 Metodologia de busca de acórdãos

A pesquisa partiu da leitura do acórdão SE 5206-AgR. Da análise da argumentação que os Ministros do STF utilizaram para justificar esse controle de constitucionalidade de ofício, logo foram encontrados como precedentes o MS 20.505-9/DF e o RE 172.058/SC .

Com três acórdãos, foi feito levantamento via internet no site do STF com a finalidade de coletar mais material para análise. Foram procurados acórdãos, os quais tenham ocorrido o controle de constitucionalidade de ofício, ou seja, que o juiz tenha suscitado a questão constitucional, e não as partes.

Porém, ao utilizar as palavras *controle* adj[6] *constitucionalidade* adj *ofício* nenhum registro fora encontrado, assim como com as palavras *controle* adj *de ofício*, *constitucionalidade* adj *de ofício* ou *declaração* adj *de ofício.*

Ao procurar por *declaração* adj *ex officio* apareceram nove acórdãos que não eram úteis à pesquisa porque desses acórdãos, cinco tratavam de Habeas Corpus de ofício, um era Recurso em Habeas Corpus de ofício e os outros três eram outros tipos de declarações de ofício, que não de constitucionalidade.

Utilizando as palavras *controle* adj *ex officio* e *constitucionalidade* adj *ex officio*, novamente nenhum registro foi encontrado.

Ao utilizar a pesquisa do STF sem as ferramentas de ajuda na procura, colocando somente as palavras *controle de constitucionalidade de ofício*, dezenove acórdãos foram encontrados, dentre os quais três[7] eram de interesse, pois tratam do tema declaração de constitucionalidade de ofício em recurso extraordinário, e a questão do préquestionamento.

Os outros dezesseis acórdãos, da pesquisa anterior, tratavam de diferentes formas de atuação de ofício do STF ou até mesmo de órgãos administrativos.

---

[6] Ferramenta de ajuda na procura de jurisprudência do site do STF onde busca-se palavras aproximadas e na mesma ordem.
[7] RE 264289/CE; RE 198346/DF; RE 117805/PR.

Foram encontrados mais quarenta e nove acórdãos ao pesquisar novamente com as palavras *constitucionalidade de ofício*, porém nenhum se mostrou importante para a monografia devido às mesmas razões apresentadas acima e também porque os três recursos extraordinários encontrados na pesquisa anterior apareceram repetidos.

A pesquisa foi refeita com as palavras *declaração de constitucionalidade de ofício* e os mesmos acórdãos da pesquisa com as palavras *controle de constitucionalidade de ofício* foram encontrados.

Mais uma vez foi utilizado o site do STF, porém agora na parte "a Constituição e o Supremo" para encontrar no art.102 da CF, que dita sobre a função do Supremo como Guardião da Constituição, dentre o entendimento do STF sobre o controle de constitucionalidade, algo a respeito do controle de constitucionalidade de ofício.

Dentre os entendimentos jurisprudenciais sobre este artigo, um deles era relevante para a pesquisa justamente porque utilizava o SE 5206-AgR como precedente. Esse entendimento era o de que apesar de não ser importante à decisão da causa a análise da constitucionalidade, ou de que a declaração de inconstitucionalidade não aproveite à parte suscitante, não pode o tribunal se furtar a enfrentar o problema suscitado incidentemente.

Desse entendimento, quatro acórdãos foram citados que tinham o SE 5206-AgR como precedente, todos porém não eram sobre declaração de constitucionalidade de ofício. Na verdade, os acórdãos tratavam de controle difuso de constitucionalidade, ou seja, a parte pediu que fosse analisada a inconstitucionalidade da norma.

Além do que esses quatro acórdãos fogem da finalidade desse estudo que é o de verificar como o STF chegou até o entendimento do SE 5206-AgR, e não analisar decisões que o utilizaram como precedente.

Portanto, dessa última pesquisa realizada no site do STF também não foram encontrados mais acórdãos sobre controle de constitucionalidade de ofício.

Dessa pesquisa inicial chegou-se a dois resultados: 1-) três Recursos Extraordinário (RE) que tratavam da declaração de ofício em RE e do préquestionamento e 2-) o acórdão SE 5206-AgR e seus dois precedentes MS 20.505 e RE 172.058 .

O descarte dos três Recursos Extraordinário ocorreu porque a análise desses acórdãos levaria a conclusões sobre se o STF aceita a declaração de ofício como préquestionamento ou não, o que não se enquadra com o propósito deste estudo.

Portanto, optou-se pela utilização dos acórdãos SE 5206-AgR, do MS 20.505 e do RE 172.058, por abordarem questões referentes à declaração de constitucionalidade de ofício pelo STF e à definição da forma como ele se utiliza desse controle de constitucionalidade.

2.2 Metodologia de análise

Como o foco da pesquisa são os argumentos dos ministros nos acórdãos SE 5206-AgR, MS 20.505 e RE 172.058, o critério para analisar as decisões e alcançar o objetivo desta pesquisa é seguir a linha dos argumentos nos acórdãos.

Para isso, o primeiro capítulo será o da análise do acórdão SE 5205-AgR, onde foram formuladas as seguintes perguntas: 1. Como deve ser feita a suscitação da inconstitucionalidade de ofício pelo Ministro? Ou seja, o Ministro deve delimitar explicitamente o que para ele é inconstitucional? A suscitação da inconstitucionalidade pode ser completada por outro Ministro? Essas questões vão ser estudadas na análise do voto do Ministro Moreira Alves, que suscitou a inconstitucionalidade de ofício da Lei de Arbitragem no acórdão.

Conseqüentemente, o controle de constitucionalidade de ofício será analisado sob o enfoque dos argumentos que os Ministros utilizaram para justificar o controle de constitucionalidade dos artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem, já que o controle de ofício não é tratado explicitamente no acórdão.

Três são os argumentos que serão estudados de forma mais detida. São eles: (i) o uso dos artigos 176 e 177 do Regimento Interno do STF; (ii) a função do STF de ser o Guardião da Constituição; e (iii)o princípio norte-americano de não análise da constitucionalidade quando não é necessária para a solução da lide.

Esses três argumentos são utilizados durante todo o acórdão, sendo o do Regimento Interno e o da função do STF a favor da análise dos artigos 6

e 7 da Lei de Arbitragem, e o do princípio norte americano contra a análise da constitucionalidade.

Já os precedentes utilizados no SE 5206-AgR (MS 20.505 e RE 172.058) serão analisados em um capítulo separado, onde será questionado se eles realmente servem como precedente para o SE 5206-AgR.

A hipótese que se busca encontrar do estudo desta monografia é que os Ministros do STF não fundamentam satisfatoriamente o que é o controle de constitucionalidade de ofício e quais são as hipóteses que legitimam o seu uso, essa é a razão do estudo dos precedentes.

Portanto, a partir do recorte feito de somente analisar esses três acórdãos do STF, o propósito deste estudo será justificado por uma monografia mais qualitativa do que quantitativa.

3- SE 5206-AGR

3.1 Introdução ao caso

O julgamento do primeiro pedido da homologação dessa sentença arbitral estrangeira proferida na Espanha (SEC 4.724-2) ocorreu em 27 de abril de 1994 tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o mesmo relator deste caso SE 5206-AgR.

A homologação da sentença arbitral estrangeira não foi concedida porque o STF somente homologa sentença judicial estrangeira e não sentença arbitral estrangeira. Portanto, essa deveria ser primeiramente homologada no país de origem, qual seja a Espanha, transformando-se em uma sentença judicial estrangeira para depois ser homologada no Brasil.

No caso, não houve a homologação do laudo arbitral na Espanha devido à lei nº36 de 5 de dezembro de 1988 (Ley de Arbitrage) que confere a força de sentença judicial aos laudos arbitrais, sendo vedada a homologação dos laudos arbitrais nas Cortes Espanholas.

O STF fundamentou a sua posição com precedentes e defendeu ser esta questão de direito brasileiro, ou seja, não importava a disposição das leis dos outros países, se o Brasil não reconhecia o laudo arbitral estrangeiro como sentença estrangeira, mesmo se a lei do país oriundo reconhecia-o assim, esse título não valeria para o Brasil.

O Agravo Regimental foi proposto tendo como fundamento duas decisões do STF, o SE 2468-78 e o SE 2486-1 em que também foi denegada a homologação de sentença arbitral estrangeira, mas um dos fundamentos era que a parte sequer demonstrou que havia lei no país de origem que não tornava necessária a homologação de sentença arbitral. Tendo como base estes dois precedentes e também posições doutrinárias a parte reforçou o argumento de que a Lei da Espanha confere força de sentença judicial aos laudos arbitrais.

O fato que muda o curso da decisão deste Agravo Regimental é a Lei de Arbitragem, que entrou em vigor em 23 de novembro de 1996 e foi o fundamento do voto do Relator para conceder a homologação do laudo arbitral estrangeiro.

Para ter a certeza de que a Lei de Arbitragem foi declarada constitucional de ofício, foi estudada a petição inicial[8] do SE 5206-AgR onde confirmou-se que a parte não tinha ao menos citado a Lei de Arbitragem, principalmente porque a petição inicial é de 07 de dezembro de 1995, antes da promulgação da referida lei.

Assim, o caso foi levado ao Plenário para julgamento em 10 de outubro de 1996 e a Lei de Arbitragem foi declarada constitucional de ofício. Os Ministros que participaram da decisão foram os Ministros Marco Aurélio (Presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence (Relator), Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie.

Nota-se que alguns dos Ministros que estavam presentes na votação do precedente MS 20.505 também estão presentes na votação deste acórdão, que são os Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira. O último foi o Relator do mandato de segurança, e foi contra a análise de constitucionalidade de um decreto-lei que não era necessário ao caso.

O Ministro Relator neste caso também estava presente no julgamento do MS 20.505, porém como Procurador-Geral da República e foi a favor da análise da constitucionalidade e declarou o decreto-lei 1.866/81 inconstitucional.

Assim, passemos à análise do acórdão que será dividida em três partes: Voto do Ministro Moreira Alves, análise da constitucionalidade de ofício da Lei 9307/96 e conclusão.

Começaremos a análise do acórdão pela suscitação da inconstitucionalidade pelo Ministro Moreira Alves para entender como no controle de constitucionalidade de ofício ela foi suscitada.

3.2 Voto do Ministro Moreira Alves

O Ministro Moreira Alves é quem argüi a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem frente ao art. 5º, inciso XXXV, da CF, que rege o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, pedindo que o julgamento seja

[8] Para tanto, pedi ao site do Supremo que me mandassem uma cópia das petições iniciais do SE 5206-AgR e do MS 20.505, o que ocorreu no dia 07 de Agosto de 2008.

transformado em diligência, que segundo a própria definição do site do STF, significa providência determinada pelo juiz ou ministro para esclarecer alguma questão do processo. Pode ser decidida por iniciativa do juiz (de ofício) ou atendendo a requerimento do Ministério.

Somente no voto do Ministro Nelson Jobim que o Ministro Moreira Alves define quais os artigos que são para ele inconstitucionais (os artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem).

Essa vagueza da sua suscitação influencia no parecer do Ministério Público Federal, que discorre na sua maior parte sobre a constitucionalidade da Arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro e não, por exemplo, sobre a constitucionalidade da cláusula compromissória, que é o ponto central de todo o debate do acórdão e foi argüida no voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence.

O Ministro Sepúlveda Pertence foi quem delimitou a questão constitucional ao demonstrar as duas diferenças da Lei de Arbitragem em relação ao Código de Processo Civil. Assim, o que se seguiu foi um direcionamento da questão constitucional para essas duas inovações, o que não foi prejudicial à decisão, principalmente porque transformou a questão constitucional mais palpável para o debate.

Portanto, entende-se que é sempre importante no controle de constitucionalidade de ofício ser bem delimitada a questão constitucional pelo ministro que a suscitar, para impedir que a resposta tanto do Ministério Público Federal, quanto dos ministros sejam diferentes entre si e não haja unidade no acórdão.

Para que a questão seja bem delimitada é válido que ela seja completada por outro Ministro que não a suscitou, como ocorreu no caso.

Passaremos agora à análise dos argumentos dos Ministros sobre a questão da constitucionalidade da Lei de Arbitragem suscitada pelo Ministro Moreira Alves.

3.3 Análise da constitucionalidade de ofício da Lei 9307/96

Segundo o Ministro Relator Sepúlveda Pertence se encontram apenas duas inovações dispostas no acórdão em relação à disciplina do Código de Processo Civil e a nova Lei, quais sejam:

1-) Os artigos 6º e 7º ditam que se houver resistência quanto a instituição da arbitragem, e havendo cláusula compromissória[9], poderá a parte requerer a citação da parte recalcitrante para comparecer em juízo com a finalidade de firmar o compromisso;

2-) No Artigo 31 há a equiparação de sentença arbitral em sentença judicial, o que interessa ao caso.

Foi levantada a inconstitucionalidade desses três artigos da Lei de Arbitragem pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ao completar a argüição de inconstitucionalidade levantada pelo Ministro Moreira Alves. Das duas mudanças expostas acima que a Lei de Arbitragem trouxe ao ordenamento brasileiro, uma delas, não interessa ao caso que é a dos artigos 6 e 7da Lei de Arbitragem, a única que interessa, e por si só já o resolveria, é a do artigo 31.

Nota-se que no acórdão não há nenhum esforço em justificar o controle de constitucionalidade de ofício. Toda a argumentação gira em torno do porquê de se analisar a constitucionalidade de dois artigos que não são importantes para a resolução da lide, quais sejam, os artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem.

Porém, do argumento utilizado para justificar a análise destes dois artigos da Lei de Arbitragem (arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem), obtém-se as respostas para uma melhor compreensão do que é o controle de constitucionalidade de ofício exercido pelo STF.

O Ministro Relator Sepúlveda Pertence, além de citar o RE 172.058, utiliza como principal fundamento o precedente MS 20.505, cuja *racio decidendi* é a de que, mesmo não sendo necessária para a resolução do caso concreto, o STF não pode se furtar a analisar a constitucionalidade de uma norma suscitada incidentemente.

O MS 20.505 é controle difuso de constitucionalidade, conforme se inferiu da análise da sua petição inicial, já que as partes pedem que seja analisada a constitucionalidade do decreto-lei.

---

[9] Art. 3º, da Lei de Arbitragem : "As partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral."
Art. 4º, da Lei de Arbitragem : " A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato."

O Ministro Sepúlveda Pertence se recorre muito ao MS 20.505 e aos argumentos do Ministro Moreira Alves no mandado de segurança, ele é a favor da análise da constitucionalidade de uma norma, mesmo que não seja necessária à resolução do caso. Os artigos 176 e 177 do Regimento Interno é quem dá ao STF esta prerrogativa e afasta um princípio do direito norte americano de controle de constitucionalidade. Este princípio dita que se puder resolver a lide de outra maneira, que não analisando a constitucionalidade da norma suscitada pela parte, o Tribunal deve se furtar a analisá-la e deve resolver o litígio dessa outra forma.

O Ministro Moreira Alves entende que não há mais razão para o controle de constitucionalidade brasileiro se utilizar desse princípio, já que atualmente o STF tem o controle difuso e abstrato da constitucionalidade da norma.

Os outros votos praticamente acompanham o do Relator Sepúlveda Pertence em relação à argumentação. O Ministro Nelson Jobim usa como fundamento para analisar a constitucionalidade dos artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem, em uma passagem muito superficial sobre o problema, os artigos 176 e 177 do Regimento Interno.

No voto do Ministro Ilmar Galvão ele utiliza como principal argumento para a análise da constitucionalidade desta lei o precedente MS 20.505.

Já a Ministra Ellen Gracie usa a função do STF de Guarda da Constituição e o precedente MS 20.505 para declarar constitucional os artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem.

O Ministro Néri da Silveira não mantém a sua posição quanto ao acórdão MS 20.505 e, após citar o fato de que era contrário a esse tipo de análise de constitucionalidade no acórdão anterior, parte para a análise de constitucionalidade neste caso.

Assim, entende-se que a maioria da argumentação a favor da análise da constitucionalidade parte dos artigos 176 e 177 do Regimento Interno, além da citação dos precedentes MS 20.505 e RE 172.058, como também do papel do STF como guardião da Constitucionalidade.

Analisaremos, portanto, a partir desses argumentos o que o STF entende por controle de ofício.

3.3.1 Interpretação do art. 176 e 177 do Regimento Interno

O art. 176 do Regimento Interno dispõe que se for suscitada a inconstitucionalidade de ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer processo submetido ao Plenário, ela será analisada de acordo com os artigos 172 a 174 do Regimento Interno e será ouvido o Procurador-Geral.

Já o art. 177 do Regimento Interno afirma que "[o] Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa".

O Ministro Moreira Alves interpreta, no MS. 20.505, estes dois artigos da seguinte forma: os dois tratam do controle de constitucionalidade difuso. No art. 176 do Regimento Interno, se estabelece que é dever do STF analisar a constitucionalidade de norma que não seja importante para a solução do caso no controle de constitucionalidade difuso. Ao contrário do que diz o princípio norte-americano.

Só da leitura do artigo 176 do Regimento Interno podia-se tirar a conclusão de que esse artigo trata do controle de constitucionalidade de ofício, porque não há uma designação de quem pode suscitar a inconstitucionalidade da norma.

Porém pela argumentação do Ministro Moreira Alves no MS 20.505, infere-se que esse artigo do Regimento Interno é uma forma de quebrar a rigidez do controle de constitucionalidade difuso que fica restrito ao pedido.

O Ministro Moreira Alves afirma que esta leitura do Regimento Interno é utilizada pelo STF em decorrência da fusão dos dois tipos de controle de constitucionalidade utilizado no Brasil.

Este artigo também diz que o julgamento tem que seguir as regras de processo do julgamento do controle abstrato, que estão dispostas nos artigos 172 ao 174, do Regimento Interno.

Assim, deve-se analisar a constitucionalidade da norma que não interessa à solução do caso, ou seja, o STF está condicionado a fazer o controle de constitucionalidade no sistema difuso, mesmo que esse controle não seja importante para a solução do caso.

Portanto, o fundamento para fazer o controle de ofício dos artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem é retirado do entendimento que há do art. 176 e 177

do Regimento Interno do STF no MS 20.505, que tratam do controle difuso de constitucionalidade.

3.3.2 O papel do STF como guardião da Constituição

Quem se utiliza desse argumento no SE 5206-AgR é a Ministra Ellen Gracie e o Relator Sepúlveda Pertence. O grande problema de suscitar esse argumento é o da Separação de Poderes.

Deve-se ter cuidado ao interpretar esse argumento de que o STF é o Guardião da Constituição porque ele o exerce conforme o limite que lhe foi imposto na Constituição Federal, ou seja, nos controles difuso e abstrato de constitucionalidade. Não respeitar esses limites, baseando-se em uma função vaga atribuída ao STF, mas que está bem regulada na Constituição, que é a de Guarda da Constituição, é a auto regulação do STF, atribuindo-lhe novos poderes e funções que somente a Constituição poderia lhe conceder.

Além do que, o argumento baseado no fato de que o STF já se utiliza de dois tipos de controle de constitucionalidade, e, portanto, não estaria inovando no controle de constitucionalidade ao alargar os seus limites porque os dois tipos de controle de constitucionalidade devem se misturar, também é questionável, pois as duas formas de controle de constitucionalidade são diversas entre si e misturá-las não resultaria em uma maior igualdade e sim em uma nova forma de controle de constitucionalidade, diferente da conhecida e estipulada na Constituição.

Portanto, esse argumento é aberto e pode se transformar em prerrogativa para inovações que não são formalmente constitucionais

Diante dos dois argumentos acima expostos, passamos ao estudo do contra-argumento utilizado. Os precedentes serão estudados em um capítulo separado com a finalidade de compreender em quais hipóteses o controle de constitucionalidade de ofício se enquadra e também confrontar os argumentos utilizados nos três acórdãos analisados.

3.3.3 Princípio Norte-Americano

Há duas decisões da Suprema Corte Americana[10] que expressam bem a importância desse princípio para o sistema jurídico de controle de constitucionalidade americano e vai ser utilizada neste trabalho para explicar o que é esse princípio do direito americano tão invocado pelos ministros.

Um deles é o "State v. State Board of Equalisers of Florida", (1922). A Corte na decisão, afirma que toda norma é presumidamente constitucional, a não ser que seja declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, e que se for suscitada a sua inconstitucionalidade pela parte no controle difuso de constitucionalidade, essa deve fundamentar como a inconstitucionalidade desta norma o afetou na sua pessoa, na sua propriedade e nos seus direitos.

Também afirma que a Suprema Corte não trata da questão da constitucionalidade de uma lei a não ser que seja imprescindível e necessária para a solução do caso concreto.

Portanto, tem-se como imprescindível no direito norte americano o fato de que mesmo suscitada pela parte, a questão constitucional não pode ser analisada se houver outra forma de solução da lide que leve ao mesmo resultado, porque se houver outra forma, o controle de constitucionalidade não se torna mais necessário, e, conseqüentemente, não vai ser analisado pelo Tribunal.

Assim, a Corte Constitucional Americana é cautelosa em analisar a constitucionalidade de uma norma, e só o faz quando é estritamente necessário. Sendo importante o fato de que esse princípio ou entendimento é válido no controle difuso de constitucionalidade, que é o sistema utilizado nos Estados Unidos.

Depois de expostos os principais argumentos e o contra argumento, vamos à conclusão da análise desse acórdão, que a partir dos fundamentos dados para a validade da declaração da constitucionalidade dos artigos 6 e

[10] "State of Texas v. Interstate Commerce Commission", 258 US 158 (1922) e "State v. State Board of Equalisers of Florida, 1922. Apud: LOZANO, Luis F. *La declaración de inconstitucionalidad de oficio.* 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

7 da Lei de Arbitragem, foi possível traçar um estudo sobre como o STF enxerga o controle de constitucionalidade de ofício.

3.4 Conclusão do controle de constitucionalidade de ofício

Infere-se, da argumentação para analisar os artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem que o controle de ofício não é problema no caso, porque ele se encaixa dentro do conceito de controle difuso de constitucionalidade.

Assim, o controle de ofício de constitucionalidade faz parte do controle difuso, ou seja, entende-se como controle de ofício o mesmo que se entende por controle difuso e, portanto, os efeitos da decisão da declaração de ofício serão os mesmos do difuso.

Por isso que é utilizada toda uma argumentação que se refere ao controle difuso de constitucionalidade, como da análise dos artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem.

A principal questão que se extrai acórdão e que não foi respondida pelos Ministros é a seguinte: se os efeitos do controle difuso de constitucionalidade são *inter-partes*, qual é a utilidade de se declarar constitucional ou não uma norma de ofício que não é importante para o caso, se essa declaração, que só tem efeitos *inter-partes* na lide, na realidade não vai ter efeito algum porque não vai se aplicar ao caso concreto?

Essa questão tem resposta no art. 178 do Regimento Interno, pois esta declaração vai ter impacto em todos os casos que forem submetidos às Turmas ou ao Plenário do STF.

Verificou-se também que a argumentação é fraca em relação ao controle de ofício de constitucionalidade, justamente porque os ministros acreditam que por fazer parte do controle difuso de constitucionalidade, o controle de ofício não precisa de uma maior explicação.

Concluídas esta primeira fase do trabalho, vamos à análise dos precedentes utilizados pelo acórdão.

4- Precedentes

Precedente é decisão paradigmática que é evocada para decidir caso posterior e assemelhado[11]. O STF utiliza-se dos precedentes geralmente para fundamentar uma posição que já é unânime no Tribunal.

Esse capítulo se propõe a verificar se o MS 20.505 e RE 172.058 podem ser considerados precedentes na medida em que são suscitados como argumentos para a posição tomada pelo STF de analisar norma constitucional que não é necessária ao caso. Estudaremos, portanto, se a decisão do SE 5206-AgR, de algum modo se assemelha às decisões tomadas no MS 20.505 e no RE 172.058, conforme afirmado pelos Ministros.

4.1 MS 20.505

4.1.1 Introdução ao caso

O Mandado de Segurança foi impetrado pelo prefeito da cidade de Osório no Rio Grande do Sul. Esta cidade era de interesse da segurança nacional e conforme o Decreto-lei nº 1866/81, alterado pelo Decreto-lei 1937/82, se o prefeito tivesse decaído da confiança do Presidente da República, esse mandaria um aviso ao Governador do Estado que o destituiria do cargo imediatamente.

Ocorre que o impetrante não havia sido destituído do cargo pelo Governador do Estado e o Presidente já havia nomeado prefeito *pro-tempore* (prefeito substituto). O impetrante afirma que o ato do Presidente é ilegal porque não seguiu as exigências dispostas no Decreto-lei 1866/81 (art. 1º, § 1º) para a nomeação de prefeito *pro-tempore*, e que esse ato é inconstitucional (§ 2º e 4º do art. 1º [12], do Decreto-lei 1866/81) porque fere o princípio da autonomia municipal.

---

[11] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Dicionário compacto do direito. 5ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

[12] Decreto-lei nº 1866/81, Art. 1º: " Os prefeitos dos municípios declarados de interesse da segurança nacional serão nomeados pelo Governador do Estado respectivo, mediante prévia aprovação do Presidente da República.
§ 1º: Se o nome escolhido não merecer aprovação do Presidente da República, este, por intermédio do Ministro da Justiça, comunicará sua decisão ao Governador do Estado, devendo ser feita a indicação do novo nome, dentro do prazo de 10 (dez) dias, a contar daquela comunicação.

No voto do Ministro Relator, Néri da Silveira, não é analisada a constitucionalidade do art. 1º, § 2º e 4º do decreto-lei 1866, pois para o mandado de segurança ser deferido bastou alegar a ilegalidade da nomeação do prefeito *pro tempore* pelo Presidente da República, o qual só poderia realizar este ato, após o Governador do Estado ter destituído do cargo de prefeito o impetrante e nomeado outro prefeito que não fosse aceito pelo Presidente da República. Somente a partir daí, o Presidente poderia nomear o prefeito *pro tempore*, o que não ocorreu no caso.

Portanto, o Ministro Relator escolhe não entrar na questão da constitucionalidade, já que consegue decidir o caso sem precisar recorrer ao instrumento de controle de constitucionalidade.

O Ministro Moreira Alves traz a questão de ordem defendendo que a questão constitucional deve ser analisada. Ela é aceita pela maioria dos Ministros do STF e a norma suscitada pela parte é declarada inconstitucional.

O caso foi levado ao Plenário no dia 4 de novembro de 1985. Participaram da votação os Ministros Moreira Alves (Presidente), Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Rafael Mayer, Néri da Silveira (Relator), Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Carlos Madeira.

Passaremos a examinar a discussão trazida pelo Ministro Moreira Alves sobre se deve ou não ser analisada a constitucionalidade de uma norma que não é necessária ao caso. Foi dada ênfase ao voto do Ministro Moreira Alves porque é dele o argumento utilizado pelo Ministro Sepúlveda no SE 5206-AgR, além do que é o único que adentra a questão com maior profundidade.

---

§ 2º: Até a nomeação do respectivo titular, responderá pela Prefeitura Prefeito pro tempore, designado pelo Presidente da República.
§ 3º: Os Prefeitos nomeados nos termos do caput deste artigo serão exonerados quando decaírem da confiança do Presidente da República ou do Governador do Estado.
§ 4º: A exoneração será mediata quando o Governador for avisado pelo Ministro da Justiça de que o Prefeito decaiu da confiança do Presidente da República.
§ 5º: Quando o Prefeito deixar de merecer a confiança do Governador do Estado, a exoneração será precedida de aprovação do Presidente da República."

4.1.2 Questão de Ordem: análise da constitucionalidade da norma não necessária ao caso.

É o Ministro Moreira Alves quem traz o controle de constitucionalidade de volta ao caso, agora como questão de ordem. Ele afirma que os artigos 176 e 177 do Regimento Interno é que afastam da jurisdição da corte o princípio americano, segundo o qual não se deve analisar a constitucionalidade de uma norma se não for necessária à decisão do caso.

Assim, ele afirma que em todo controle de constitucionalidade difuso, se for levantada questão de constitucionalidade deverá sim ser apreciada pelo STF. Ele fundamenta ter trazido esta questão de volta porque, segundo ele, é importante para o julgamento já que, além da parte, o próprio Procurador-Geral da República também a levantou.

O primeiro Ministro a votar a questão de ordem é o Octavio Gallotti. Ele afirma que o art. 176 do Regimento Interno não se aplica à hipótese de o STF dever analisar questão de constitucionalidade quando pode resolver o caso de outra maneira. Porém, apesar de o art. 176 ser passivo de várias formas de interpretação, ele somente usa essa afirmação sem argumentar o porquê, o que a torna sem peso.

Para o Ministro Octavio Gallotti a única ação que pode vincular o STF a dar uma resposta sobre a constitucionalidade ou não de uma norma é a ação direta de inconstitucionalidade.

Somente dois Ministros foram contra a análise da constitucionalidade da norma, o Ministro Relator e o Ministro Octavio Gallotti. O Ministro Relator entende que não é necessária, para a solução do caso a análise da constitucionalidade e que, sendo assim, o STF não teria o dever de analisar a questão constitucional suscitada.

Já o Ministro Francisco Rezek apóia a interpretação do art. 176 do Regimento Interno feita pelo Ministro Moreira Alves. Para ele o Regimento Interno é explícito ao não querer que uma questão constitucional saia do Plenário do STF sem ser resolvida, e, portanto, é dever do STF enfrentá-la. Porém, é necessário que a questão constitucional tenha sido argüida pela parte.

O Ministro Francisco Rezek impõe uma condição para o enfrentamento da questão constitucional, que ela seja levantada pela parte. Assim, como mais outros dois Ministros que também colocam esse fato em

primeiro plano para justificar a importância de se analisar a constitucionalidade da norma.

Um deles é o Ministro Cordeiro Guerra que afirma que há outra forma de julgar o caso, além de alegar a ilegalidade do ato, e, sobretudo, não se pode afastar a suscitação de inconstitucionalidade, porque ela foi argüida, seja pelas partes, seja pelo Procurador-Geral da República.

Já o Ministro Djaci Falcão acredita que a questão constitucional deve ser enfrentada principalmente porque ela foi suscitada pela parte e pelo Procurador-Geral da República, além do mais, se as instâncias inferiores não podem se furta a analisar o problema, imagina-se então o STF, que é a Corte Constitucional do país.

Note-se que a linha de argumentação de quem é a favor não é conexa, três ministros argumentam a análise da constitucionalidade principalmente porque foi suscitada pela parte e pelo Procurador-Geral da República. Esse argumento não é um argumento contrário ao princípio norte americano porque nele as partes também suscitam a inconstitucionalidade da norma.

Já os ministros Aldir Passarinho e Oscar Côrrea afirmam que é importante essa análise para a própria solução do caso. A questão da importância da análise é sinônima com a da necessidade de se analisar essa norma. O conceito de necessidade no princípio norte americano é quando não há outra forma de resolução do caso.

No voto do Ministro Aldir Passarinho ele afirma que foram levantadas duas questões, a da legalidade do ato e a da constitucionalidade desse e que seria prejudicial à análise da legalidade do ato se a lei em que se deve pautá-lo for inconstitucional.

Essa seria uma justificativa para a necessidade da análise da constitucionalidade no mandado de segurança e que não foi desenvolvida, além de ser uma forma de se fazer o controle de constitucionalidade sem ferir um princípio do controle difuso.

Acaba-se por analisar a constitucionalidade da norma sem saber ao certo o motivo, se é pelo fato de ter sido suscitado pela parte, de ser necessária para a causa, de se estar expresso no Regimento Interno. O argumento que sobressaiu e que foi colocado no SE 5206-Agr é o do

Ministro Moreira Alves, que passa a ser analisado em seguida e que repete alguns dos argumentos apontados acima, porém fundamentando-os melhor.

Voto do Ministro Moreira Alves

Em seu voto pela questão de ordem, o Ministro Moreira Alves começa diferenciando o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STF e o exercido nas instâncias inferiores. Dando maior importância ao do STF por ser o único que pode tirar a norma do ordenamento jurídico ao mandar a decisão ao Senado Federal.

Também difere o controle de constitucionalidade existente nos Estados Unidos, que é difuso, do brasileiro, onde há os dois tipos de controle de constitucionalidade, o difuso e o abstrato.

Toda essa diferenciação é para justificar que o STF não precisa seguir o princípio elaborado pela Suprema Corte Americana porque o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é diferente do dos Estados Unidos.

Também afirma que aqui no Brasil, além de existir os dois tipos de controle de constitucionalidade, eles se intercomunicam, transferindo princípios de um para o outro. Como por exemplo, o mesmo procedimento do controle abstrato de constitucionalidade é dado ao controle difuso de constitucionalidade no Regimento Interno.

Portanto, o Ministro Moreira Alves reconhece que não existem dois sistemas de controle de constitucionalidade diversos, com suas próprias regras, e sim que o controle de constitucionalidade é a junção desses dois sistemas (Difuso e Abstrato), e, portanto, não deve ser levado em consideração princípios que dizem respeito a cada controle separado, como o princípio norte americano.

4.1.3 Conclusões

Nos votos da questão de ordem, todos os argumentos não são oponível ao princípio norte americano, exceto o do Ministro Aldir Passarinho.

Além desse voto, outro que realmente traz argumentos contra o princípio norte-americano é o do Ministro Moreira Alves. Portanto, é natural que somente ele tenha sido usado no SE 5206-AgR.

O fato é que este caso não serve como justificativa para o controle de constitucionalidade efetuado no SE 5206-AgR.

A *racio decidendi* deste mandato de segurança é a de que a norma tem que ter sim relação com o caso concreto trazido pela parte, mas o caso, mesmo podendo ser resolvido de outra forma, não isentaria o STF do dever de analisar a constitucionalidade em questão.

No SE 5206-AgR, somente o art. 31 da Lei de Arbitragem tem relação com o caso concreto, os artigos 6 e 7 não. Portanto, o MS 20.505 não pode ser considerado precedente para o SE 5206-AgR analisar a constitucionalidade de ofício dos artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem.

4.2- RE 172.058

4.2.1 Introdução do caso

A instância inferior declarou a inconstitucionalidade do art. 35[13] da Lei nº 7.713/88 no julgamento do mandado de segurança nº 91.04.049470/RS.

---

[13]Art. 35 da Lei nº 7.713/88. O sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.
§1º Para efeito da incidência de que trata este artigo, o lucro líquido do período-base apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:
a) adição do valor das provisões não dedutíveis na determinação do lucro real, exceto a provisão para o imposto de renda;
b) adição do valor da reserva de reavaliação, baixado no curso do período-base, que não tenha sido computado no lucro líquido;
c) exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas, na forma da alínea a, que tenham sido baixadas no curso do período-base, utilizando-se a variação do BTN Fiscal.
d) compensação de prejuízos contábeis apurados em balanço de encerramento de período-base anterior, desde que tenham sido compensados contabilmente, ressalvado do disposto no § 2º deste artigo.
e) exclusão do resultado positivo de avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;
f) exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita**;**
g) adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido.
§2º Não poderão ser compensados os prejuízos:
a) que absorverem lucros ou reservas que não tenham sido tributados na forma deste artigo;
b) absorvidos na redução de capital que tenha sido aumentado com os benefícios do art. 63 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.
§3º O disposto nas alíneas a e c do § 1º não se aplica em relação às provisões admitidas pela Comissão de Valores Mobiliários, Banco Central do Brasil e Superintendência de Seguros Privados, quando contribuídas por pessoas jurídicas submetidas à orientação normativa dessas entidades.
§4º O imposto de que trata este artigo:
a) será considerado devido exclusivamente na fonte, quando o beneficiário do lucro for pessoa física;
b) (Revogada pela Lei nº 7.759, de 1989);

A referida lei ordinária dispôs sobre novo fato gerador do imposto e segundo o art. 146, inciso III, alínea "a", da CF/88 somente lei complementar poderia definir novo fato gerador do imposto.

A União entrou com o Recurso Extraordinário afirmando que o caso se resolveria na ilegalidade e não na inconstitucionalidade, pelo fato de a norma referida acima estar em discordância com o art. 43, do Código Tributário Nacional

Seria necessária para a solução da lide, somente a análise de parte do art. 35 da Lei nº 7.713/88 porque a empresa contra a qual a União entrou com este recurso extraordinário é uma sociedade por quota de responsabilidade limitada e o art. 35 além da sociedade de cotas trata do sócio acionista e do titular da empresa individual.

Entretanto, o acórdão vai além das balizas estipuladas pela lide, e acaba declarando inconstitucional todo o art. 35 da Lei nº7.713/88.

O caso foi levado ao Plenário no dia 30 de junho de 1995 e votaram os Ministros Sepúlveda Pertence (Presidente), Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio (Relator), Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Passaremos ao estudo dos argumentos apresentados no caso e depois à análise se o RE 172.058 pode ser considerado ou não um precedente para o julgamento do SE 5206-AgR.

4.2.2 Estudo do caso

O entendimento do STF sobre o artigo 35 da Lei nº7.713/88 é o de que ele possui três normas que são em relação ao sócio cotista, ao acionista e ao titular da empresa individual.

---

c) poderá ser compensado com o imposto incidente na fonte sobre a parcela dos lucros apurados pelas pessoas jurídicas, que corresponder à participação de beneficiário, pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliado no exterior.
§ 5º É dispensada a retenção na fonte do imposto a que se refere este artigo sobre a parcela do lucro líquido que corresponder à participação de pessoa jurídica imune ou isenta do imposto de renda.
§ 6º O disposto neste artigo se aplica em relação ao lucro líquido apurado nos períodos-base encerrados a partir da data da vigência desta Lei.

O caso em questão trata somente de sociedade de quotas, assim, o STF poderia resolver a questão analisando a constitucionalidade de apenas uma parte do art. 35 da Lei 7.713/88. Porém, o recurso extraordinário foi proposto contra decisão de instância inferior que declarava inconstitucional todo o art. 35, da Lei 7.713/88.

Assim, o STF viu-se obrigado a ultrapassar a baliza da lide, qual seja somente uma parte do art. 35 da Lei 7.713/88, argumentando que se não agisse desta forma ficaria sem resposta do STF as outras duas normas referentes ao sócio acionista e ao titular da empresa individual, e principalmente porque o STF detém a função de guarda da Constituição.

O Ministro Sepúlveda Pertence utiliza em seu voto a referência do MS 20.505 como fundamento para esta decisão do Recurso Extraordinário porque, segundo ele, a lide poderia ser resolvida só com a questão constitucional da sociedade por quotas, mas resolveu ultrapassar esta questão e julgar a norma como um todo.

4.2.3 Conclusões

O RE 172.058 pode ser considerado um precedente para o SE 5206-AgR, uma vez que a *racio decidendi* deste acórdão é a de que se pode ultrapassar o que a ação propõe, ou seja, pode-se ir além do necessário no julgamento da constitucionalidade de uma norma.

No caso, apesar de não ser controle de constitucionalidade de ofício, pois o Recurso Extraordinário foi proposto frente à decisão que declarava inconstitucional todo o art. 35 da Lei 7.716/88, analisou-se a questão constitucional que não tinha ligação com o problema da lide, assim como no caso do SE 5206-AgR que além da análise do art. 31 da Lei de Arbitragem, necessária para a solução da lide, analisou-se também a constitucionalidade do art. 6 e 7 da Lei de Arbitragem.

Além disso cumpri concluir que o Ministro Sepúlveda Pertence não fez uma boa análise da *racio decidendi* do MS 20.505 para usar como fundamentação no RE 172.058, porque ele se encaixaria no caso se, em vez de decidir a lide baseando-se na legalidade do art. 35 da Lei 7.713/88 em relação ao art. 43 do Código Tributário Nacional, que por si só resolveria o problema, resolvesse o caso com base no exame da constitucionalidade do

referido art.35, pois o STF tem o dever de analisar questões constitucionais suscitadas no sistema difuso.

Se o acórdão analisado fosse conforme o exposto acima, aí sim o MS 20.505 seria considerado um precedente. A decisão da lide nem envolveu esta questão e foi além na questão da constitucionalidade apresentada no caso, e, conseqüentemente, tratou da constitucionalidade de normas que não estava ligada à lide.

Portanto, da análise feita acima, conclui-se que o RE 172.058 pode ser considerado um precedente para o SE 5206-AgR.

5- Conclusão

O marco do controle de constitucionalidade foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, com ela foram estipuladas as duas formas de controle de constitucionalidade e o STF acabou atuando como Corte Constitucional e também como Tribunal de Revisão. Essa atuação dos dois tipos de controle de constitucionalidade gera problemas para o STF, como o alto índice de processos que chegam à Corte.

Para resolver esses problemas o STF acaba por escolher em trilhar um caminho em que ele se torna o criador de normas que são necessárias à harmonização das duas formas do controle de constitucionalidade.

Assim, é inegável na comemoração dos 20 anos da Constituição constatar-se que a forma de controle de constitucionalidade descrita nela não encontra mais ligação com o que está ocorrendo jurisprudencialmente no STF, um exemplo certamente disso é o controle de constitucionalidade de ofício.

Não houve preocupação por parte do STF em justificar o uso do controle de ofício de constitucionalidade, porque ele o define como sendo parte do controle de constitucionalidade difuso. Assim, os seus efeitos serão os mesmos, e os ministros, junto com as partes e o Ministério Público, são também partes legítimas para suscitar a questão da inconstitucionalidade.

A preocupação do STF se restringe em justificar o controle de constitucionalidade dos artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem, que não têm ligação com o objeto da lide. Usa-se como justificativa para essa análise os precedentes MS 20.505 e o RE 172.058, mas principalmente os artigos 176 e 177 do Regimento Interno.

A interpretação que prevalece desses artigos do Regimento Interno é a que consta no MS 20.505 e que não serve como precedente para o SE 5206-AgR porque a sua interpretação é a de que o STF tem o dever de analisar a constitucionalidade da norma que tem ligação com a lide, mesmo quando ela possa ser resolvida de outra maneira.

Já o RE 172.058 é um precedente para o SE 5206-AgR porque ele vai além do necessário na questão constitucional, analisando normas que não estão ligadas ao problema da lide.

O estudo dessas mudanças que estão ocorrendo por meio da jurisprudência no Controle de Constitucionalidade brasileiro é importante

para traçar a forma como ele é exercido. Ao pesquisar as mudanças do controle de constitucionalidade na prática, se verifica o quão prejudicial é para o ordenamento jurídico a auto-criação do STF e o atraso do Poder Legislativo em estabelecer novas regras para o controle de constitucionalidade.

Pois, como demonstrado da análise do SE 5206-AgR, a argumentação da inovação pode ser fraca e assim corre-se o risco de não se estabelecer a inovação ou de ela ser utilizada como precedente para algo completamente diferente.

Portanto, desse estudo sobre o controle de constitucionalidade de ofício, determinou-se o que o STF entende por esse controle de constitucionalidade e também constatou-se que apesar de terem sido respondidas todas as questões referentes ao controle de constitucionalidade de ofício, as inovações do STF em controle de constitucionalidade precisam ser mais bem justificadas, incluindo a deste estudo, para que seja atingida a sua finalidade que é a de formar um costume e se tornar juridicamente vinculante[14].

[14] LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito trascendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, **p. 217-238,** jan./mar. 2007. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

6- Referências Bibliográficas

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984.

CASTANHATO, Camila. *O processo histórico do controle de constitucionalidade e as constituições do Brasil*. São Paulo: 2006.

CHICANATO, Dinísio de Jesus. *Modelo difuso de controle de constitucionalidade.* São Paulo, 2004

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Dicionário compacto do direito. 5ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro: rumo ao controle concentrado ?* São Paulo, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Onze teses sobre o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, **p. 155-166,** jan./mar. 2007. LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade a luz da jurisprudência do STF.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOZANO, Luis F. *La declaración de inconstitucionalidad de oficio.* 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito trascendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, **p. 217-238,** jan./mar. 2007. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos comtemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. URL:http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905. Disponível em 15/11/2008.

RAMOS, Dirceo Torrecillas. *Controle de constitucionalidade por via de ação.* São Paulo: Angelotti, 1994.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do poder moderador ao Supremo Tribunal Federal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo*. URL: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva.pdf. Disponível em 15/11/2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo, 30ª edição, p.50,* São Paulo, Malheiros Editores 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001