

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**JULIANA TORRES**

**A (DES)NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO DE QUESTÕES DE ORDEM  
PÚBLICA EM RECURSO ESPECIAL**

Porto Alegre  
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**JULIANA TORRES**

**A (DES)NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO DE QUESTÕES DE ORDEM  
PÚBLICA EM RECURSO ESPECIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

**Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik**

Porto Alegre  
2011

À Vera, minha mãe querida.

## **AGRADECIMENTOS**

Não apenas dedico este trabalho a minha mãe, como também agradeço a ela por todo o suporte, a paciência e o apoio dado a mim durante todo o Mestrado.

Tenho de agradecer, também, as secretárias do PPGDir, Rosmari de Azevedo e Denise Souza, por todo o suporte e atenção dados a mim o que, sem dúvida, foi determinante para a conclusão do curso. Serei eternamente grata pelo profissionalismo, pelo empenho, pela dedicação e pelo carinho delas comigo.

## RESUMO

Buscou-se, com o presente estudo, analisar a necessidade de prequestionamento de questões de ordem pública em recurso especial. Para tanto, utilizou-se doutrina e jurisprudência. Fez-se um estudo histórico do prequestionamento, assim como se construiu o seu conceito, analisou-se sua classificação e tratou-se do efeito translativo no recurso especial. Trabalhou-se, também, o conceito de questões de ordem pública, o problema da preclusão e a restrição da análise *ex officio* restrita às instâncias ordinárias. Analisou-se a jurisprudência. Abordou-se recursos semelhantes como o *ricorso di cassazione* italiano, o *pourvoir en cassation* francês e o *writ of certiorari* norte-americano. Por fim, verificou-se a desnecessidade de prequestionamento de questões de ordem pública, com o intuito de obter-se um processo justo e com duração razoável.

Palavras-chave: Prequestionamento – Questões de ordem pública - Recurso Especial

## RIASSUNTO

Ha cercato, con questo studio, analizzare la necessità di utilizzare il *prequestionamento*, istituto brasiliano di ammissibilità del ricorso speciale, quando si tratta di questione che può essere rilevata *ex officio*. Per tanto, ha utilizzato la dottrina e la giurisprudenza. Ha fatto un studio storico di questo requisito di ammissibilità, con la costruzione del concetto, sua classificazione e anche il effetto di translazione del ricorso speciale. Ha abordato, anche, il concetto de questione che possano essere analizzata *ex officio*, il problema della preclusione e la restrizione della analize di questa solo nella istanza ordinaria. Ha studiato la giurisprudenza. Ha studiato ricorsi simile come la cassazione italiana, il *pourvoir en cassation* francese e il *writ of certiorari* degli Stati Uniti. In fine, si ha verificato che non è necessario il requisito quando si tratta di questione analizzata *ex officio*, con la finalità di cercare un processo giusto e con ragionevole durata.

Parola-chiave: Requisito di ammissibilità – Questione esaminata *ex officio* – Ricorso Speciale

## LISTA DE ABREVIATURAS

AgRg	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AI	Agravo de Instrumento
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
Dec.	Decreto
Dje	Diário de Justiça Eletrônico
DJU	Diário de Justiça da União
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
EDcl	Embargos de Declaração
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
j.	Julgado
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RI	Regimento Interno
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal de Justiça
STJ	Superior Tribunal de Justiça

# A (DES)NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA EM RECURSO ESPECIAL

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2. O PREQUESTIONAMENTO E AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA</b> .....	13
<b>2.1 Perspectiva histórica do prequestionamento</b> .....	14
2.1.1 Origem histórica do prequestionamento: o <i>writ of error</i> e o recurso de cassação .....	15
2.1.2 Panorama histórico da exigência de prequestionamento em relação às Constituições Brasileiras precedentes .....	26
<b>2.2 Prequestionamento em recurso especial</b> .....	49
2.2.1 Prequestionamento como sinônimo de manifestação do Tribunal local acerca de determinada questão federal .....	50
2.2.2 Prequestionamento implícito e explícito .....	60
2.2.3 Efeito translativo do recurso especial .....	66
<b>2.3 As questões de ordem pública</b> .....	70
2.3.1 Matérias definidas como de ordem pública .....	71
2.3.2 Matéria de ordem pública e preclusão .....	80
2.3.3 Considerações sobre a restrição à análise de ofício de matérias de ordem pública somente em instâncias ordinárias .....	87
<b>3. O PREQUESTIONAMENTO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO DIREITO COMPARADO E A NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA</b> .....	92
<b>3.1 Decisões do STJ acerca da necessidade de prequestionamento de questão de ordem pública</b> .....	93
3.1.1 Desnecessidade de prequestionamento de questões de ordem pública ....	94
3.1.2 Necessidade de prequestionamento de questões de ordem pública .....	99
3.1.3 A tese da análise da ordem pública quando do recebimento do recurso especial por matéria distinta .....	104



<b>3.2 A Cassação italiana e francesa e o <i>Writ of Certiorari</i> norte-americano ..</b>	<b>108</b>
3.2.1 O Recurso de Cassação italiano e francês .....	109
3.2.2 O <i>Writ of Certiorari</i> anglo-saxão .....	122
<b>3.3 Necessidade de uniformização da jurisprudência em conformidade com os princípios da segurança jurídica e da efetividade do processo .....</b>	<b>138</b>
3.3.1 Segurança jurídica X efetividade do processo: a necessidade de prequestionamento como empecilho à aplicação do direito .....	142
3.3.2 Consequências da exigência de prequestionamento: decisões inúteis, nulidades absolutas e inexistência dos processos .....	150
3.3.3 A desnecessidade de prequestionamento de questão de ordem pública como meio de promover um processo civil orientado à eficácia e à maximização de resultados .....	155
<b>4. CONCLUSÃO .....</b>	<b>160</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>165</b>

## INTRODUÇÃO

As decisões dos juízos de primeiro grau sujeitam-se à revisão por força de recurso endereçado ao Tribunal de segundo grau (*ad quem*), o qual permite, nos limites da impugnação recursal, o reexame de todas as questões de fato e de direito já discutidas entre as partes e dirimidas pelo juiz *a quo*. Esses são os chamados recursos ordinários e podem ser justificados pelo simples fato de a parte vencida não se conformar com o julgamento contrário à sua pretensão.

Além dessa dualidade ordinária de instâncias, a ordem constitucional prevê a possibilidade de recursos denominados excepcionais, pois são dirigidos aos órgãos superiores do Poder Judiciário nacional: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Compete ao primeiro apreciar temas de natureza constitucional, por meio do recurso extraordinário; ao segundo, compete a análise de matéria infraconstitucional, através do recurso especial.

Para a interposição de ambos os recursos, no entanto, não basta a sucumbência do recorrente nas instâncias ordinárias, é indispensável a ocorrência de condições específicas, traçadas pela própria Constituição (arts. 102, inciso III e 105, inciso III). Além do mais, o objeto da discussão terá de se limitar às questões federais de direito. Inadmissível, nessa via, em princípio, o reexame dos fatos do litígio, assim como o questionamento da justiça ou injustiça do julgamento recorrido. Apenas ocorrerá a revisão das teses jurídicas federais envolvidas pelo julgamento impugnado, ou seja, as questões de direito. Exige-se, ainda, o exaurimento da instância local, de modo que tão-somente os julgados de última ou única instância dos tribunais ordinários desafiam os recursos especial e extraordinário.

O problema surge quando da admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, porque tanto a maioria da doutrina, quanto a maioria da jurisprudência entende que o prequestionamento é requisito constitucional, embora não previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, que deve ser preenchido para interposição de ambos os recursos, não importando se a matéria é de direito público.

O prequestionamento é um instituto antigo no sistema judiciário brasileiro, surgido em 22 de junho de 1890, no Decreto n. 510 - Projeto da Constituição de

1891, chamado, inclusive, de Constituição Provisória. Sua exigência foi expressa nas Constituições de 1891, 1926, 1934 e 1937.

Com a Constituição de 1946 é que começaram os problemas, pois a supressão da expressão “sobre cuja aplicação se haja questionado”, para alguns doutrinadores e juristas, teria significado a abolição da exigência do prequestionamento. No entanto, o Supremo Tribunal Federal ignorou tal supressão e, na vigência da Constituição citada, editou as Súmulas 282 e 356 que são as mais conhecidas e utilizadas até hoje em matéria de recurso extraordinário e especial.

Contudo, na contramão dos julgados e da doutrina que insistia no requisito, a Constituição de 1967 aboliu, definitivamente, a expressão “questionar”. Esperava-se que, assim, ganhasse mais força a teoria de que o prequestionamento não era mais necessário. Mais uma vez, todavia, doutrina e jurisprudência surpreenderam, reafirmando que o requisito era necessário e que a supressão da Constituição era um mero detalhe, devendo-se prestigiar a exigência do requisito clássico.

Isso tudo, entretanto, tem uma possível explicação prática: o que estava ocorrendo, era um aumento incontrolável de recursos extraordinários. Assim, caso se defendesse a inexistência da exigência de prequestionamento, o número de recursos seria aumentado de forma ainda mais descontrolada.

O tempo foi passando, novas Constituições promulgadas e o problema da quantidade de recursos não estava sendo controlado, surgindo, assim, a denominada *crise do Supremo* que, por conseguinte, levou a criação de um Tribunal Superior que pudesse dividir com o Supremo Tribunal Federal as matérias de sua competência.

Foi dessa forma que em 1988, a Constituição criou o Superior Tribunal de Justiça que tinha como uma de suas tarefas o julgamento de recursos especiais, cujo conteúdo vinha disciplinado no art. 105, inciso III, da Constituição. Assim, caberia ao STF a guarda da Constituição e ao STJ a guarda da lei federal. Esperava-se que, com isso, o STF fosse desafogado, mas, na prática, não foi o que ocorreu.

A quantidade de processos continuou crescendo, sendo que, agora, não era apenas o STF que estava sobrecarregado, o STJ também. Paralelo a isso, o prequestionamento foi ganhando força, mas de uma forma destorcida e de total criação jurisprudencial, pois, sem regulamentação legal, até seu conceito foi transformado ao longo do tempo.

A jurisprudência explorou tanto o rigorismo do prequestionamento que surgiram conflitos descabidos como o do prequestionamento explícito e implícito. Começou-se a negar os recursos especiais se a parte não tinha mencionado os artigos legais violados, ou seja, chegou-se ao limite das formalidades. O que surpreende é que se teve que discutir a necessidade de menção de dispositivos para se perceber o absurdo que se estava cometendo.

Fato é que o problema da crescente quantidade de recursos nos Tribunais Superiores não é privilégio brasileiro, sendo que países como França e Itália da mesma raiz romano-germânica possuem os mesmos problemas. Igualmente nesses países, mecanismos de barreira aos recursos existem, porém, são em um sistema bastante diferenciado do adotado no Brasil. Esses países perceberam o fracasso de seus mecanismos, sendo na Itália praticamente inutilizado e na França abolido, surgindo recentemente em outros moldes.

Os Estados Unidos também enfrentam o problema do excesso de recursos para a Suprema Corte, contudo lá, além de ser um sistema completamente diferente do nosso, a *common law*, o filtro que eles utilizam é a discricionariedade. Os juízes da Suprema Corte têm total disponibilidade em decidir que recursos irão analisar. Contudo, ainda que esse sistema seja eficaz em reduzir o número de recursos examinados, há muitas críticas contrárias, principalmente, pelo excesso de poder que a Suprema Corte tem em declarar se aquele recurso é do seu interesse e pela possibilidade de influências externas que podem definir as suas prioridades.

O problema do excesso de demandas e de recursos é algo real e mundial. Isso, todavia, não pode ser fator determinante para que se criem barreiras ao exercício do direito das partes. Não se pode esquecer que o Estado tomou para si o monopólio da solução de conflitos e, por isso deve o sistema judiciário ter a obrigação de proporcionar ao cidadão uma prestação jurisdicional mais efetiva possível. As partes têm o direito de ter um processo justo e isso não pode ser alterado em razão do desespero com o excesso de recursos.

A questão central do presente trabalho, portanto, é: a necessidade ou a desnecessidade de prequestionamento de questões de ordem pública. De uma lado, tem-se o prequestionamento como requisito supostamente constitucional que implica a necessidade de a matéria versada no recuso especial tenha sido decidida ou esteja presente no acórdão recorrido. De outro, tem-se as questões de ordem pública que podem ser analisadas de ofício pelo juiz e não sofrem preclusão.

Apesar de a maioria da doutrina e da jurisprudência ser defensora da necessidade de prequestionamento das questões de ordem pública, vozes destoantes têm conseguido proporcionar um debate qualificado sobre o assunto e, mesmo os ferrenhos defensores, aos poucos, estão reconhecendo que o prequestionamento de questões de ordem pública pode gerar problemas bem mais graves que só a recusa do recurso. Isso pode significar a perpetuação de nulidades, de decisões inúteis e ainda pode fazer com que o processo se prolongue por muito mais tempo que o necessário, ante a possibilidade de ação rescisória.

A complexidade do tema do prequestionamento vem também de graves contradições oriundas do emprego exclusivo de “entendimentos individuais” de quem emite, nos tribunais, conceitos personalíssimos, alheios a qualquer critério racional ou lógico, que causam danos gravíssimos e irreparáveis aos prejudicados com decisões locais nulas e aberrantes. Quando as instituições sobrepõem aos cidadãos os critérios pessoais de seus membros ou componentes, abdicando da razão, da lógica, do bom senso, e com isso ferindo princípios elementares da justiça, é certo o caminho para o descrédito total, não apenas da instituição, mas da sociedade que ainda confiava nela.<sup>1</sup>

Dessa forma, se pretende no presente trabalho, na primeira parte, analisar a origem do recurso especial, por meio da história do recurso extraordinário e de suas origens, assim como o conceito de prequestionamento e a definição do que são as questões de ordem pública. Na segunda parte, o objetivo é analisar algumas decisões do STJ relacionados ao tema, verificar o comportamento da doutrina estrangeira, mais especificamente, o recurso de cassação italiano e francês e o *writ of certiorari* norte-americano (desdobramento do *writ of error* originário do recurso extraordinário), sendo, por fim, feitas reflexões sobre a necessidade de uniformização da jurisprudência, o problema da segurança jurídica em oposição à efetividade do processo, enquadrando-se na necessidade de desenvolver-se o processo justo e com duração razoável, a questão da perpetuação de decisões inúteis e a necessidade de ter-se um processo civil orientado à eficácia e à maximização de resultados.

---

<sup>1</sup> MONTEIRO, Samuel. *Recurso Especial e Extraordinário – teoria e prática*. São Paulo: Hemus, 1992. p. 37

## 2. O PREQUESTIONAMENTO E AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

O recurso especial tem como fundamento a aplicação do direito apenas no que estiver no corpo do acórdão recorrido e que pode, portanto, ser objeto de impugnação (fundamentação vinculada). Por essa razão, esse recurso não constitui um meio ordinário e, sim, uma via excepcional, não configurando um terceiro grau de jurisdição. A idéia de prequestionamento tem origem nessa necessidade de que a matéria veiculada no recurso especial tenha que ser apontada pelas partes e que tenha sido decidida pelo Tribunal local.

No entanto, analisando-se a história do prequestionamento, percebe-se que sua exigência constitucional passou por modificações profundas colocando-se em dúvida sua necessidade.

O conceito de prequestionamento, contudo, não é unânime, existindo, inclusive, várias correntes de definição, sendo que, no presente trabalho, serão destacadas três. Ainda, há a separação entre o prequestionamento explícito e implícito que leva, muitas vezes, a uma conduta excessivamente formalista, dependendo do conceito adotado.

Não obstante isso, ainda tem-se a discussão acerca das questões de ordem pública. De um lado, as questões de ordem pública são passíveis de alegação de ofício, de outro há a restrição do prequestionamento e a alegação de que a análise de ofício só caberia na instância ordinária, não nos Tribunais Superiores. Dessa forma, surge o problema da preclusão para as questões de ordem pública.

A seguir, então, serão analisados o desenvolvimento histórico do prequestionamento, sua evolução ao longo do surgimento das constituições, sua conceituação e, por fim, a definição das questões de ordem pública, sua possibilidade de análise de ofício e a suposta preclusão imposta pelo prequestionamento.

## 2.1 Perspectiva histórica do prequestionamento

Com o fim de assegurar a invariável aplicação da lei em todos os tribunais, o Direito Processual criou um recurso. Na França e na Itália esse foi chamado de *pourvoi en cassation* e *cassazione*. No Brasil, durante o Império, chamava-se revista. Nos Estados Unidos foi definido como *writ of error*, vindo a influenciar a criação do recurso extraordinário no período republicano brasileiro. Todos esses recursos foram criados com o objetivo de reexaminar sentenças e não litígios. A intenção era verificar se a lei foi bem compreendida e observada e não para julgarem da boa ou má distribuição da justiça entre as partes.<sup>2</sup>

A missão do recurso extraordinário, no Brasil, consistiu em que, à luz da estrutura federativa do Brasil, se reconhecesse um órgão supremo, na estrutura do Poder Judiciário, que fornecesse, o quanto possível, um único entendimento a respeito da inteligência da lei (=direito).<sup>3</sup>

O recurso extraordinário, na sua origem, foi criado com determinados requisitos para sua interposição, entre eles o do prequestionamento. Entretanto, a Constituição de 1946, silenciou quanto à necessidade desse requisito. A maioria da jurisprudência e grande parte da doutrina, mesmo com o silêncio constitucional, entendeu que a exigibilidade do requisito permanecia. Com a Constituição de 1988 criou-se o Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial, dividindo-se, assim, a competência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. O primeiro analisaria matéria puramente constitucional, o segundo ficou com a análise da lei federal. Os requisitos permaneciam semelhantes entre os dois recursos, incluindo-se o prequestionamento, mesmo a Constituição de 1988 não prevendo a sua necessidade.

Com o estudo das Constituições busca-se, assim, um auxílio na interpretação da controvérsia criada em torno do prequestionamento. À luz da história, tentar-se-á compreender o que fez com que o instituto surgisse e desaparecesse ao longo das Constituições e a razão da jurisprudência tê-lo mantido

---

<sup>2</sup> BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. 3 v. p. 178

<sup>3</sup> ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 19

ferrenhamente e com a convicção de que sua exigência era fundamental, apesar de não mais ser expressa desde 1946.

Abaixo será abordado um breve histórico sobre o *writ of error* e o recurso de cassação, com o intuito de buscar-se a origem do recurso especial, assim como serão abordados os Decretos, os Regulamentos e as Constituições que trataram do recurso extraordinário, visando-se um estudo da evolução do instituto do prequestionamento até a Constituição de 1988 com a criação do Superior Tribunal de Justiça e a separação da disciplina do recurso extraordinário e do recurso especial.

### 2.1.1 Origem histórica do prequestionamento: o *writ of error* e o recurso de cassação

A origem do recurso extraordinário chegou a ser atribuída ao Recurso de Revista do Direito Português que, no Direito Brasileiro Pré-Republicano, era interposto em caso de nulidade ou injustiça notória, para o Supremo Tribunal de Justiça. No entanto, ainda que se encontrem afinidades entre esses recursos, nos termos em que o recurso extraordinário ingressou na legislação nacional, praticamente toda a doutrina brasileira reconhece sua filiação com o direito norte-americano, através do *writ of error*.<sup>4</sup>

O *wirt of error* surgiu com a criação da Federação no direito norte-americano, com o movimento das colônias que, abdicando de sua soberania, paulatinamente a transferiram para o Governo Central, ao qual coube legislar sobre certas matérias por meio de lei federal. Assim, tornou-se necessário que a lei federal

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 26. Importante mencionar que quando se trata da origem do Recurso Extraordinário a maioria da doutrina cita o voto do Ministro Alfredo Buzaid nos Embargos no Recurso Extraordinário nº 96.802-RJ de 1983, como sendo fonte determinante para a fixação do *writ of error* como verdadeira origem do recurso extraordinário. Na decisão o Ministro afirmou que “a idéia do prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem a sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. Esta lei admitiu das decisões da Justiça estadual recurso para a Corte Suprema, recurso que recebeu o nome de *writ of error*.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos em Recurso Especial nº 96.802-RJ. Tribunal Pleno. Ministro Relator Alfredo Buzaid. Data do Julgamento: 12.05.1983. DJU: 04.11.1983. In: Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/verPDF.asp?numPDF=109\\_1](http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/verPDF.asp?numPDF=109_1)>. Acesso em: 21 abr. 2010



tivesse incontestável supremacia em toda Federação, sob pena de desagregação da mesma.

A Constituição norte-americana conferiu à Corte Suprema competência originária e competência recursal (*appellate jurisdiction*) no tocante a certas causas; mas, em matéria de recursos, só se referiu aos interpostos contra decisões de órgãos judiciais inferiores da União. Foi o *Judiciary Act* de 1789 que permitiu a revisão pela Corte Suprema de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ of error*, em diversas hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União.<sup>5</sup>

Desse modo, então, o *writ of error* foi instituído pela Lei Judiciária (*Judiciary Act*) em 24 de setembro de 1789. Esse recurso permitia que quando se questionasse a respeito da lei federal (*federal question*), pudesse a Suprema Corte norte-americana apreciar a matéria e restabelecer, quando necessário, a supremacia da lei federal. Entende-se por supremacia da lei federal também a supremacia da Constituição, sobre toda e qualquer lei estadual, assim como sobre a própria lei federal ordinária.<sup>6</sup>

Essa lei admitia que das decisões da Justiça Estadual pudesse, portanto, haver recurso para a Corte Suprema, quando: a) questionava-se a validade de um tratado ou de uma lei da União ou da legitimidade de uma autoridade e a decisão era contra sua validade; b) questionava-se a validade de uma lei do Estado ou da legitimidade de uma autoridade por ele exercida, em face da Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão era em favor da validade; c) qualquer título, direito, privilégio, ou imunidade era invocada com fundamento na Constituição, ou qualquer tratado, ou lei, ou comissão ou autoridade exercida sob os Estados Unidos, e a decisão era contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade especialmente fundada ou reclamada pela parte com fundamento na Constituição, tratado, lei, comissão ou autoridade. Entretanto, nenhum erro de direito poderia determinar a

---

<sup>5</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 580-581

<sup>6</sup> ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 14

reforma da sentença, se não constasse expressamente dos autos da ação (*on the face of the record*).<sup>7</sup>

Nesses casos, a sentença final da justiça do Estado podia ser submetida à revisão da Corte Suprema, pelo *writ of error*. Se a causa já havia sido devolvida uma vez ao Tribunal do Estado, para aplicar a lei federal, de acordo com a solução apontada pela Corte, podia essa julgá-la definitivamente e autorizar a execução.<sup>8</sup>

O *writ of error* somente era admitido quando houvesse erro de direito e a Suprema Corte somente poderia intervir se a última decisão da justiça envolvesse uma questão federal, ou seja, uma apreciação final sobre a Constituição, as leis, os tratados ou os atos da União.<sup>9</sup> As questões de fato, por não autorizarem o *writ of error*, ficavam fora da jurisdição da Suprema Corte e eram irrecorrivelmente decididas pelas Cortes Judiciárias dos Estados mediante recurso ordinário de apelação (*appeal*).<sup>10</sup> O *writ of error*, portanto, era um recurso que tinha como objetivo resguardar o direito em tese, não em hipótese.

Além disso, era imprescindível que a matéria ou aparecesse expressamente ou fosse de claro entendimento no texto da decisão recorrida. Era necessário que a matéria fosse decidida pelas Cortes Judiciárias dos Estados, não sendo suficiente a alegação de que a questão poderia ter surgido na decisão ou que pudesse ter sido aplicada, do contrário o *writ of error* não seria aceito.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> No original: "SEC. 25. *And be it further enacted*, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error (...) the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute.." ESTADOS UNIDOS. *The Judiciary Act of 1789*, de 24 de setembro de 1789. Disponível em: <[http://www.constitution.org/uslaw/judiciary\\_1789.htm](http://www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2010.

<sup>8</sup> PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935. p. 90

<sup>9</sup> PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935. p. 91

<sup>10</sup> BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. 3 v. p. 157

<sup>11</sup> COOLEY, Thomas McIntyre. *The Constitution of United States*. In: \_\_\_\_\_. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*.

A Lei de 1867, seção 2, alargou ainda mais a Competência da Corte Suprema, pois lhe deu atribuição para julgar a causa, sem que esta tenha sido devolvida pelo menos uma vez à Corte Estadual recorrida para aplicar a lei federal. Essa lei também não obrigou, como o *Judiciary Act* de 1789, a levar em consideração apenas, como base para reforma da sentença, o erro de direito, constante dos autos em termos expressos. Conseqüentemente, a Corte Suprema pôde tomar, como fundamento da sua decisão, matéria estranha ao debate, ou seja, que, embora necessariamente envolvida na questão federal controversa, não constava expressamente do processo.<sup>12</sup>

O *writ of error*, durante quase 150 anos, foi o móvel por meio do qual a Suprema Corte exerceu seu controle sobre as decisões adotadas pelas Cortes Estaduais, sendo extinto pelo *Judiciary Act* de 1925.<sup>13</sup> Essa lei conferiu à Corte Suprema, de modo explícito e em termos de crescente amplitude, o poder de reexaminar decisões dos Estados, quer por meio de *appeal* (denominação nova dada ao *writ of error*), quer do *writ of certiorari*.<sup>14</sup> Atualmente, a função desse recurso é exercida exclusivamente pelo *writ of certiorari* que será analisado na segunda parte do trabalho.

Ainda que se identifique no *writ of error* a origem do recurso extraordinário, importante também é um breve estudo sobre o recurso de cassação, pois é possível identificar-se nele semelhanças e, inclusive, uma possível origem ligada a esse recurso. O próprio *writ of error* possui determinadas semelhanças com o recurso de cassação, como se pode identificar em seguida.

O termo “cassação” trata-se de tradução de um significado originário do termo latino *cassare* - inutilizar, cancelar - e, mais diretamente, do antigo francês jurídico *casser*, exprimindo a idéia de uma extração de atos ou de sentenças oriundo do exercício de um poder superior e soberano. Os estudos históricos mostram que o

---

Boston: Little, Brown and Company, 1868. p. 13. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=vOI9AAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=Cooley.+A+treatise+of+constitucional+limitations&source=bl&ots=obf4c\\_2-Up&sig=mEPZARDPT-G7B9DBhVMr61x836Y&hl=pt-BR&ei=y8efS4vqJ4Kclgezvh33DQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAYQ6AEwAA#v=onepage&q=&f=false](http://books.google.com.br/books?id=vOI9AAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=Cooley.+A+treatise+of+constitucional+limitations&source=bl&ots=obf4c_2-Up&sig=mEPZARDPT-G7B9DBhVMr61x836Y&hl=pt-BR&ei=y8efS4vqJ4Kclgezvh33DQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAYQ6AEwAA#v=onepage&q=&f=false)>. Acesso em: 16 mar. 2010.

<sup>12</sup> PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935. p. 97

<sup>13</sup> DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral – perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 44

<sup>14</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 581

termo “cassação” é encontrado em antigos documentos franceses por denotar um *pouvoir de cassation* do soberano, exercido *motu próprio*, sobre uma *demande en cassation* da parte, não só sobre sentenças, como também em contratos.<sup>15</sup>

O instituto da cassação tal como se encontra nos Estados Modernos, resulta da união de dois institutos: de um instituto que forma parte do ordenamento jurídico-político, a Corte de Cassação, e de um instituto que pertence ao direito processual, o recurso de cassação. Fato é que o primeiro texto legal que uniu ambos os institutos foi um decreto da Assembléia Revolucionária da Revolução Francesa. No entanto, as origens do instituto remontam de elementos processuais e políticos já elaborados no antigo regime que, coordenados para uma nova finalidade, se desenvolveram e amadureceram durante ciclos, na fusão do romanismo e do germanismo que ocorreu na França no período intermediário.<sup>16</sup>

A cassação das sentenças das Cortes soberanas contrárias à vontade do rei aparece em sua origem como uma prerrogativa do monarca francês no século XIII. A manifestação era direta do soberano, sem que nenhum particular interviesse, vigilante de seu próprio interesse, exercendo sua atividade sem ser solicitado para reprimir os atentados dirigidos contra ele. Isso levou a cassação a deixar de ser um meio geral e constante de manutenção da ordem e tornar-se um meio irregular e arbitrário de coação no qual o monarca reprimia caso a caso as manifestações contrárias ao seu mandato de acordo com seus critérios e quando achava oportuno.<sup>17</sup>

Quando a cassação foi elevada a categoria de remédio geral e regular contra a violação de qualquer ordem do soberano, a iniciativa desse pareceu insuficiente para reprimir em todo o reino as múltiplas violações que poderiam ser cometidas pelos juízes. A monarquia, assim, se viu compelida a servir-se dos interesses dos particulares conferindo aos litigantes o encargo de denunciar ao *Conseil*, por meio da *demande en cassation*, as violações que os Parlamentos haviam cometido ao decidir as controvérsias. Nos séculos XVII<sup>18</sup> e XVIII, quando o

---

<sup>15</sup> MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1983. p. VII

<sup>16</sup> CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 26-27

<sup>17</sup> CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 337-338

<sup>18</sup> Foi a partir do século XVII que um novo panorama metodológico potencializou-se com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudicarius* pelo soberano, que passou a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada posteriormente pelas idéias do iluminismo e pela Revolução Francesa. Com isso, perdeu-se a

instituto alcançou relativa perfeição, estabeleceu-se a distinção entre os comandos do soberano que regulavam matérias de ordem pública e as que disciplinavam matéria de interesse privado, sendo assim, quando a violação fosse relativa a essa última, dependia de manifestação dos litigantes, mas se fosse da primeira, dependia da iniciativa do rei.<sup>19</sup>

O desenvolvimento do recurso de cassação, como remédio concedido às partes, não foi produzido de um modo simultâneo e paralelo ao desenvolvimento do poder de cassação inerente ao poder soberano. Enquanto o poder do soberano de anular uma sentença contrária a sua vontade nunca foi posto em dúvida, como prerrogativa que o soberano exercia em seu exclusivo interesse, os Parlamentos sempre protestaram contra a ingerência do *Conseil* nas controvérsias dos particulares e mal se adaptaram a ver que a anulação de sua sentença poderia ser pedida pelas partes ao monarca, como um verdadeiro e próprio remédio processual.<sup>20</sup>

O desenvolvimento do recurso de cassação foi mais por uma lenta formação prática, que pela regulação de normas e, ainda que regulado por disposições precisas, essas não se encontravam nunca nas ordens processuais do soberano. O desenvolvimento prático do recurso de cassação utilizado pelas partes deve ter tido lugar entre a metade do século XVI e a metade do século XVII.<sup>21</sup>

O nascimento da *demande en cassation* na França se deve a um fenômeno característico de utilização do interesse privado realizado pelo soberano em seu próprio interesse. Com o crescimento do número de Parlamentos, não havia forma dos reis franceses vigiarem de um modo eficaz todas as contravenções à sua vontade que as Cortes soberanas pudessem cometer e reprimi-las com cassações. Assim, os reis se viram induzidos pouco a pouco a delegar tacitamente aos particulares a vigilância sobre o cumprimento das ordens dos juízes, reconhecendo que às partes que tivessem sido condenadas pela sentença de um Parlamento a

---

dimensão retórica do processo. A intromissão estatal no processo judicial refletiu nos poderes do juiz e o novo *ordo* apresenta um caráter assimétrico, privilegiando a posição da autoridade em detrimento da do cidadão. PICARDI, Nicola. "Processo. I – Processo Civile: c) Diritto Moderno". In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI. p. 110-117

<sup>19</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 337-338

<sup>20</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 349

<sup>21</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 350

faculdade de denunciar ao *Conseil* real as violações de lei que as decisões contivessem e de provocar, assim, por parte do monarca, a anulação.<sup>22</sup>

O princípio fundamental que regia as sentenças do Parlamento era o da irrecorribilidade de suas decisões. No entanto, como exceções necessárias a soberania da coisa julgada, as regulações processuais admitiram a possibilidade de utilizar também contra a sentença do Parlamento certos remédios extraordinários, quando era possível demonstrar em tais sentenças vícios mais graves, que viriam a destruir toda a garantia de justiça para os particulares.<sup>23</sup>

Como o instituto da cassação não surgiu para alcançar fins processuais, mas para resolver dissidências políticas que saíam da órbita do processo, seus pressupostos não foram determinados com especificação. Nenhum dos Regulamentos que disciplinavam o procedimento perante o *Conseil* enumeravam os vícios que davam lugar a cassação.<sup>24</sup>

Quando a cassação começou a ser desenvolvida de um ponto de vista processual, houve uma distinção entre as ordens do soberano que regulavam o desenvolvimento e as formas dos juízos e as que regulavam matérias de direito substancial. Como consequência dessa distinção, começou-se a perceber a diferença entre a contravenção cometida pelo juiz contra a ordem que regulava sua atividade no procedimento (*error in procedendo*) e a cometida contra a que regulava a relação de direito substancial submetida ao juízo (*error in iudicando*). No primeiro caso eram agrupados todos aqueles vícios de construção inerentes ao processo que no direito comum haviam constituído a parte mais relevante dos motivos de nulidade. O recurso de cassação viria, assim, como um remédio contra alguns casos de nulidade processual ocorrida nas sentenças dos Parlamentos.<sup>25</sup>

No início, só era possível a cassação por motivos processuais quando houvesse uma violação a uma regulação expressa do rei, ou seja, só quando houvesse uma violação por parte do juiz a algo expressamente previsto pelo rei. A cassação, no entanto, foi criada em meio a essa constante “luta” entre o poder real e o judiciário e, com o tempo, o instituto começou a ser ampliado e a desenvolver-se

<sup>22</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 353

<sup>23</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 354

<sup>24</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 363-364

<sup>25</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 365-366

fora da idéia de apenas contrariar ordens do rei. A evolução foi lenta e exclusivamente de forma doutrinal, mas fez com que a cassação fosse ampliada ao ponto de todos os vícios do direito comum serem considerados causa de nulidade, mesmo não contendo uma violação expressa às ordens do rei. Dessa forma, os juristas franceses, conferindo uma interpretação processual àquele instituto que havia sido formado através de contingências especiais de cunho político, perdiam de vista sua razão original e ampliavam o seu significado através de concepções tradicionais do direito comum. O instituto que havia começado como uma forma de reprimir vícios dos juízes a vontade política do soberano, transformou-se em recurso possível de reprimir qualquer vício ocorrido na construção do processo já no fim do século XVIII.<sup>26</sup>

A cassação, entretanto, não podia ser vista como remédio processual. Esse recurso tinha uma natureza eminentemente política e extraprocessual, considerado um remédio extremo, utilizado somente quando se haviam esgotados todos os remédios processuais.<sup>27</sup>

O instituto da cassação, no entanto, evolui na França. Se no início era apenas uma mera faculdade de denúncia, modernamente, tornou-se um direito à cassação, quando a Corte de Cassação assumiu uma função estritamente jurisdicional. O recurso de cassação, dessa forma, do ponto de vista processual, passou a ser enumerado entre os meios que a parte vencida tinha a sua disposição para neutralizar os efeitos da sentença. O instituto que havia nascido como um meio de impugnação com o propósito imediato de conferir às partes uma melhor garantia para o pronunciamento de uma sentença justa, assumiu esse ofício frente às partes, as quais não se preocupavam com aquele especial interesse público que deu origem à cassação, tendo apenas em consideração o próprio interesse privado de poder remover a eficácia jurídica de uma sentença que os prejudicava. A cassação, por essa razão, ainda que seja um instituto que não tem como finalidade última a atuação do direito objetivo em concreto, era utilizada pelos particulares com esse

---

<sup>26</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 367-369

<sup>27</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I. p. 375

fim, que, por conseguinte, era o mesmo fim dos outros meios de impugnação das sentenças.<sup>28</sup>

O recurso de cassação quando aplicado em relação aos *errores in procedendo* levava em consideração não qualquer inexecução da lei processual, mas, sim, as inexecuções mais graves. Eram motivos de cassação, portanto: a incompetência; o excesso de poder por parte do juiz; o pronunciamento contra a coisa julgada; a violação de formas prescritas sob pena de nulidade relativas à sentença (defeito do órgão julgador, defeito de publicidade e defeito absoluto de motivação); a outras nulidades processuais, mas só quando eram imputadas aos juízes (pronunciamento *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*, contrariedade entre disposições diversas da mesma sentença, falta de comunicação ao Ministério Público).<sup>29</sup>

Na Itália, o recurso de cassação reproduz em linhas fundamentais o sistema francês. No entanto, diferentemente desse sistema, na Itália a Corte de Cassação já foi instituída como um órgão essencialmente judicial, enquanto que, na França, isso só ocorreu posteriormente à primitiva função de controle extrajudicial de separação dos poderes.

O art. 65 do Ordenamento Judiciário Italiano (Decreto Real de 30 de Janeiro de 1941, nº 12) contém o que se chama de justificativa política do instituto<sup>30</sup>:

La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni ed adempie agli altri compiti ad essa conferiti dalla legge.

A cassação italiana era um meio de impugnação de sentenças dirigida a um juízo superior (Corte de Cassação) constituindo um *iudicium rescisorium*. A cassação era uma forma de recurso que tinha como objetivo, primeiramente, obter a anulação da sentença impugnada e, posteriormente, obter uma nova decisão sobre o mérito da controvérsia.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 2 v. p. 149

<sup>29</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 2 v. p. 149

<sup>30</sup> SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959. p. 371

<sup>31</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo II. p. 244



A enumeração dos motivos que levam a cassação está no art. 360 do Código de Processo Civil Italiano. São eles: erro sobre a jurisdição, violação da norma sobre competência, a violação ou falsa aplicação da norma de direito, a nulidade da sentença ou do procedimento, motivação omissa sobre um ponto decisivo da controvérsia.

Esses erros podem ser agrupados em duas categorias: alguns desses se referem a erros cometidos pelo juiz na declaração do direito no caso concreto, quando está decidindo o mérito da controvérsia; outros prescindem do mérito, pois são falhas cometidas pelo juiz na aplicação da lei processual, no desenvolvimento da atividade imposta para fazer com que a decisão seja o mais justa possível. Na primeira hipótese, tem-se a injustiça efetiva da sentença que vem denunciada, na segunda tem-se a injustiça possível da sentença, através da denúncia de um sintoma da injustiça, ou seja, a violação de uma regra de procedimento. Os dois grupos são definidos como o do *errores in procedendo* e o do *errores in iudicando*.<sup>32</sup>

A cassação, quando era efetuada em relação a um *error in procedendo*, exigia que a conduta do juiz tivesse sido não apenas em desacordo com a lei processual, mas também que essa irregularidade de procedimento tivesse repercussão grave na constituição ou no desenvolvimento do processo. Já no recurso dado por *error in iudicando*<sup>33</sup> era necessário um erro quanto à vontade abstrata da lei, qualquer que fosse o seu conteúdo, já que o principal objetivo do recurso era defender a exata interpretação de qualquer norma jurídica.<sup>34</sup>

Os *errores in iudicando* correspondiam, portanto, às falhas no juízo de direito, ou seja, problemas no enquadramento de um caso concreto a uma norma legal em abstrato – subsunção. Esses erros podiam ocorrer: aplicação de uma norma de um modo diverso do seu conteúdo - violação da própria norma -, e aplicação da norma a um fato diverso do previsto - falsa aplicação da norma.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959. p. 375-376

<sup>33</sup> Convém ter presente que também os *errores in procedendo* podiam ser fruto de um *error in iudicando*, quando havia errôneo juízo sobre a norma processual. Isso ocorria por exemplo, quando o juiz tinha entendido de forma incorreta uma norma sobre competência, ou sobre outro pressuposto processual. Mesmo nesse caso, prevalecia o *error in procedendo*, não se transformando em *error in iudicando*. In: SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959. p. 376

<sup>34</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo II. p. 260

<sup>35</sup> SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959. p. 381

Os *errores in procedendo* correspondiam: primeiramente, a defeitos de constituição da relação processual (incompetência do juiz, por exemplo); em segundo, a inexecuções de preceitos processuais no curso do procedimento instrutório, sendo que, nesse último caso, Calamandrei entende que não só os preceitos processuais expressos poderiam dar origem a um recurso de cassação, como também os não prescritos, baseados em omissões ou violações de formas não explícitas<sup>36</sup>, e, como exemplo de inexecução, que constituía um motivo de anulabilidade da sentença, tinha-se a inobservância das disposições que impõe ouvir em audiência as conclusões do Ministério Público em causas de interesse público determinadas pela lei; em terceiro, a inexecução de preceitos processuais no curso da fase decisória do procedimento e, como exemplo, tinha-se a possibilidade de cassação quando o juiz agia com excesso de poder julgando a causa fora dos limites estabelecidos ou quando havia omissão quanto ao teor das conclusões das partes, omissão quanto à indicação dos motivos ou omissão total da indicação da parte dispositiva, entre outros.

Já nessa época surgiu a discussão a respeito da possibilidade da Corte de Cassação conhecer de ofício questões não suscitadas no recurso pelas partes. Piero Calamandrei tinha como entendimento que o recurso de cassação era um meio de impugnação e não uma nova fase do processo, não havia como a Corte possuir poderes como os dos juízes para intervir de ofício. Um dos motivos mais apreciados de ofício pela Corte era a questão da competência absoluta do juiz em torno do art. 187 do Código de Processo Civil Italiano que afirmava ser possível manifestar-se sobre a incompetência do juiz qual fosse o estado ou o grau do processo. Mais uma vez Piero Calamandrei discordava, pois a Corte de Cassação não seria um terceiro grau da causa e, sim, uma Corte de impugnação constituindo o recurso de cassação praticamente um processo novo e distinto.<sup>37</sup>

Salvatore Satta, apesar de afirmar que a função da cassação não se desenvolve de ofício, entende que isso não impede que sejam detectados eventuais vícios da sentença, independentemente de recurso, em conformidade com o que pode fazer o juízo de apelo. A cassação, então, admite o reconhecimento *ex officio*

---

<sup>36</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo II. p. 262-263

<sup>37</sup> CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo II. p. 268-272

de determinados vícios (defeitos de jurisdição) mesmo quando dizem respeito a questões expressamente decididas pelo tribunal e não impugnadas.<sup>38</sup>

Percebe-se que, de fato, o recurso extraordinário possui semelhanças com o *writ of error*, derivando dessa inspiração a exigência do prequestionamento. No entanto, o recurso de cassação assemelha-se muito com o intuito que o recurso extraordinário e também o recurso especial, nas matérias que lhes cabem, possuem, qual seja, o da uniformidade de jurisprudência, da conformidade da decisão com as leis (Constitucional e Federal) e também quando se questiona a conformidade da decisão com o procedimento previsto, ou seja, se todas as normas processuais foram atendidas.

Importante notar que o recurso de cassação na Itália já trouxe um questionamento quanto à possibilidade de a Corte conhecer questões de ordem pública de ofício, sendo que a doutrina, conforme referido por Calamandrei e confirmado por Satta, aceitava tal atitude. Isso é de suma importância quando se pensa nos recursos extraordinário e especial quanto à exigência de prequestionamento de questão de ordem pública. Se foi reconhecida à Corte de Cassação italiana essa possibilidade, com todas as peculiaridades inerentes à cassação, reconhecer a mesma prerrogativa ao Superior Tribunal de Justiça não parece ser tão absurdo, ou pelo menos, discutir a possibilidade não parece ser tão descabido como parte da doutrina e da jurisprudência parecem considerar.

### 2.1.2 Panorama histórico da exigência de prequestionamento em relação às Constituições Brasileiras precedentes

Anteriormente à Constituição de 1988 não havia recurso especial. Tinha-se apenas o recurso extraordinário com a função de resguardar a integridade das normas constitucionais, bem como das normas federais infraconstitucionais. Por essa razão, faz-se necessário um breve estudo histórico a respeito do recurso extraordinário até o desmembramento desse originando o recurso especial a partir da criação do Superior Tribunal de Justiça em 1988.

---

<sup>38</sup> SATTÀ, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959. p. 373

Apesar da longínqua similitude, pode-se referir como primeiro antecedente histórico do recurso extraordinário a Constituição Imperial de 25 de março de 1824. Foi com essa Constituição que ocorreu a criação do Supremo Tribunal de Justiça disciplinada no art. 163, e do recurso de revista previsto no art. 164, colacionados abaixo:

Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.

Art. 164. A este Tribunal Compete:

I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.

II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.

III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.<sup>39</sup>

A revista se dava quando havia violação de lei em causas cíveis, julgados em todos e quaisquer júzos em última instância. Assim, o recurso de revista era o meio legítimo e eficaz para a sustentação da autoridade da lei na ordem judiciária, fiscalizando a observância do direito, conservando sua uniformidade. Tal como o recurso extraordinário, o recurso de revista não julgava fatos, somente questões de direito envolvidas. O Supremo Tribunal tinha como função manter o império da lei, a sua plena observância, a unidades de seus preceitos e a uniformidade da jurisprudência.<sup>40</sup>

Ainda na época do Império, surgiu o Regulamento 737 de 25 de outubro de 1850, que, em seus arts. 665 e 667<sup>41</sup>, determinava a possibilidade de invocar-se o

<sup>39</sup> BRASIL, *Constituição Política do Império do Brazil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2010.

<sup>40</sup> CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos recursos no Código de Processo Civil: lei, doutrina, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 374-375

<sup>41</sup> Art. 665. O recurso de revista poderá ser interposto para o Supremo Tribunal de Justiça das sentenças proferidas nas Relações, se o valor da causa exceder de 2.000\$000 (Art. 26 do Tit. unico), ainda que se não tenham oposto os embargos do Artigo 663. Art. 667. O Supremo Tribunal de Justiça só concederá revista por nullidade do processo, ou por nullidade da sentença nos termos declarados no Tit. II Cap. I das nullidades. BRASIL. *Regulamento 737*, de 25 de outubro de 1850. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextIntegral.action?id=64752>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

Supremo Tribunal de Justiça, por meio do recurso de revista, a manifestar-se sobre determinadas matérias. Note-se que no art. 665, há menção da possibilidade de utilizar-se do recurso de revista mesmo que os Embargos do art. 663<sup>42</sup> não tenham sido opostos, ou seja, a Lei preocupou-se em deixar expressa a desnecessidade.

Com a proclamação da República Brasileira e a instituição da forma de Estado Federal, foi abolido o Supremo Tribunal de Justiça e extinto o mencionado recurso de revista, permanecendo, no entanto, a necessidade de conferir à União um meio de manter a autoridade do Direito Federal, diante da possibilidade de erros das Justiças Estaduais na aplicação daquele direito. Inspirado no *Writ of error* do Direito Norte-Americano, traduziu-se quase que literalmente as disposições do *Judiciary Act* e leis posteriores que regulavam o instituto, ignorando-se o recurso de revista.<sup>43</sup>

Dessa forma, em 22 de junho de 1890, foi que o Governo Provisório instituiu, sem denominação própria, o *Writ of error*<sup>44</sup> na legislação nacional, antes mesmo da primeira Constituição Republicana. No Decreto n. 510 - Projeto da Constituição de 1891, chamado, inclusive, de Constituição Provisória, elaborado por uma comissão de cinco ilustres Republicanos -, diferentemente do Regulamento 737 que era uma cópia do Direito Norte-Americano, desenvolveu-se o que posteriormente seria chamado de recurso extraordinário, no art. 58, inciso III:

Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:  
(...)  
II. Rever os processos findos, nos termos do art. 78.

<sup>42</sup> Art. 663. Estes embargos podem ser modificativos ou infringentes do julgado; nelles poderá allegar-se qualquer nullidade nos termos do Cap. I Tit. II das nullidades, e quanto a materia de facto só poderão ser offerecidos sendo acompanhados de prova litteral in continente. Além dos referidos embargos serão ainda admissíveis os de restituição. BRASIL. *Regulamento 737*, de 25 de outubro de 1850. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=64752>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 29

<sup>44</sup> José Afonso da Silva aponta que o Recurso de Revista foi desprezado pela Constituição de 1891. O papel desse recurso era de defender a lei em tese, de manter o respeito ao império, sem se envolver na questão privada das partes litigantes. Esse também, até certo ponto, seria o papel do *writ of error* e do recurso extraordinário. Por essa razão já se poderia considerar que o Direito Nacional tinha um recurso que, devidamente adaptado às necessidades da Federação, poderia transformar-se no recurso extraordinário, sem precisar recorrer ao Direito americano. “E, como sempre acontece, quando se adota técnica existente em sistema cultural diferente, o recurso sofreu, aqui, os azares da incompreensão, o que certamente não ocorreria de proviesse de uma evolução da revista. Do *Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 29-30

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;
- b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.<sup>45</sup>

Destaca-se que nesse dispositivo, na alínea “a”, pela primeira vez a palavra “questionar” aparece de forma explícita. Essa seria a origem do que hoje se denomina prequestionamento, o que levaria a conclusão de que os recursos para Tribunais Superiores, desde sua criação, necessitariam de questionamentos já decididos pelo Tribunal do Estado.

Em 11 de outubro de 1890, o Governo Provisório expediu o Decreto n. 848 que, em seu art. 9º, parágrafo único, ampliou o que já estava disposto no Decreto n. 510, e que, segundo José Afonso da Silva, seria “tradução, quase *ipsis litteris*, dos textos americanos sobre *writ of error*”<sup>46</sup>, estabelecendo:

Art. 9º Compete ao Tribunal:

(...)

Parapho único. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

- 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.<sup>47</sup>

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 adotou o recurso do Decreto n. 848, no entanto houve restrições ao seu cabimento. As restrições decorreram do sistema da Federação Brasileira, que reservou à União o poder de legislar sobre o

<sup>45</sup> BRASIL. *Decreto n. 510*, de 22 de junho de 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 31

<sup>47</sup> BRASIL. *Decreto n. 848*, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/129395/decreto-848-90>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

direito substantivo, deixando aos Estados apenas a competência de legislar sobre normas processuais. Assim, o recurso jamais poderia alcançar a amplitude que teve o *writ of error* americano, já que nos Estados Unidos a competência para legislar sobre Direito Civil, Comercial e Criminal é dos Estados-membros, além da Processual, pouco ficando a cargo da União.<sup>48</sup> Dessa forma, disciplinou-se o recurso extraordinário da seguinte forma:

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.<sup>49</sup>

Note-se que o recurso extraordinário, na Constituição de 1891, tinha cabimento apenas quando a decisão declarava inaplicável ao caso uma lei, não sendo admitido quando deixava de aplicar ou aplicava erroneamente.<sup>50</sup>

Ressalta-se que esse dispositivo praticamente repetiu o editado no Decreto n. 510, apenas substituindo a palavra “aplicabilidade” pela “aplicação”. Dessa forma, retornou a expressão “questionar”, fazendo com que a primeira Constituição Brasileira tivesse menção expressa ao questionamento.

A reforma constitucional de 1926 trouxe algumas alterações, mantendo os casos das alíneas “a” e “b” da Constituição de 1891 e do Decreto n. 510, e acrescentando, a possibilidade de interposição do recurso em virtude de divergência jurisprudencial, na alínea “c”, conforme se verifica abaixo:

<sup>48</sup> SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 31-32. De acordo com Carlos Maximiliano, o instituto processual brasileiro tinha semelhanças com o *writ of error*, porém seus limites eram mais fáceis de fixar, pois na República o campo da legislação federal era menos amplo, os Estados decretavam o Direito Substantivo, ao passo que assegurar a unidade e o cumprimento deste eram um dos objetivos do recurso extraordinário. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. p. 617

<sup>49</sup> BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2010.

<sup>50</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. p. 615

Art. 61, § 2º: Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a vigência ou validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negar aplicação;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas;
- c) quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo Procurador-Geral da República;
- d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.<sup>51</sup>

Apesar das alterações, o intuito dessa reforma, segundo Francisco Cláudio de Almeida Santos, era de limitar as amplas possibilidades de cabimento do recurso para o Supremo Tribunal Federal previsto inominadamente na primeira Constituição Republicana.<sup>52</sup> Assim, suprimiu-se a hipótese de cabimento por errônea aplicação da lei, mantendo-se as hipóteses de questionamento sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição.

Importante, mesmo, é destacar que aqui foi aberta a possibilidade de interposição de recurso extraordinário em virtude de divergência jurisprudencial. Essa alteração fez com que, finalmente, o Supremo Tribunal Federal tivesse uma função uniformizadora da jurisprudência nacional. Permitir que prosperasse uma jurisprudência divergente, seria o mesmo que destruir o princípio da unidade jurídica do país e possibilitar a incerteza do Direito, que o recurso extraordinário visa a resguardar e é função do Supremo Tribunal Federal garantir. Dessa forma, importante conferir instrumento eficaz para o exercício dessa função, conferindo também o poder de corrigir a diversidade de interpretação de lei federal por tribunais distintos, já que a divergência dentro de um mesmo tribunal se corrigia por meio do recurso de revista.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 32

<sup>52</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso Especial – Visão Geral. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 1989. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso\\_especial\\_visao\\_geral.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso_especial_visao_geral.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. 2010. p. 144

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 35



Ainda, interessante mencionar uma inovação da Carta de 1926 que perdurou por muitos anos: a concessão do recurso com fundamento na divergência de interpretação da mesma lei federal por dois ou mais tribunais locais (art. 60, § 1º, letra “c”) que poderia ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo Procurador-Geral da República. “Tinha-se, destarte, um recurso extraordinário *ex officio*, com caráter facultativo.”<sup>54</sup>

Inovação também interessante, mas de curta duração, foi o Dec. nº 23.055, de 09 de agosto de 1933, art. 1º, que contemplou a figura do recurso extraordinário *ex officio*, já agora obrigatório, a ser interposto, em determinados casos, pelo Presidente do Tribunal local ou da Câmara julgadora.<sup>55</sup>

Alterações profundas vieram com a Constituição de 1934, que disciplinou a matéria referente ao recurso extraordinário no art. 76, com a seguinte redação:

Art. 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

- a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
- b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;
- d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;<sup>56</sup>

A primeira alteração evidente é a de que, finalmente, constava na Constituição a denominação “recurso extraordinário”<sup>57</sup>. A alínea “a”, ainda, trouxe

<sup>54</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 583

<sup>55</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 583

<sup>56</sup> BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2010.

<sup>57</sup> A Constituição não denominou *extraordinário* esse recurso. Deu-lhe este qualificativo o primeiro regimento do Supremo Tribunal Federal, de 08 de fevereiro de 1891, arte. 33, §4º e art. 99, acolhido, posteriormente, pela Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, no art. 24. A partir de então a denominação passou a ser repetida em diversos diplomas legais: Dec. nº 3.084, de 5 de novembro de 1898, na 3ª parte, art. 678, d e 744 e Dec. nº 1.939, de 28 de agosto de 1908, art. 3.

nova hipótese de recurso, sendo que no final aparece a necessidade de que a aplicação do tratado ou lei federal tenha sido “questionada”. Na Constituição de 1934, portanto, tinha-se o termo questionamento citado duas vezes, tanto na alínea “a”, quanto na alínea “b”.

Outra modificação foi o acréscimo da palavra “única” à expressão última instância das Constituições anteriores, para indicar que também era possível recorrer extraordinariamente quando as decisões emanassem de processos da alçada do juiz, ou de processos das causas de competência originária, julgadas em última instância pelos Tribunais de Apelação. Também, substituiu-se o termo “Estados” por “locais”, nas expressões Tribunal do Estado e leis ou atos dos governos dos Estados, neste último caso com a consequência de abranger também leis e atos municipais.<sup>58</sup>

Ainda, no art. 76, parágrafo único<sup>59</sup>, havia a permissão de interposição de recurso também pelo Presidente do Tribunal local ou pelo Ministério Público, quando o fundamento fosse diversidade de interpretação da lei federal entre Justiças estaduais, ou entre alguma delas e a Corte Suprema ou outro tribunal federal. No entanto, as Cartas posteriores não reproduziram a norma.<sup>60</sup>

Com a Constituição de 1937, o recurso extraordinário passou a ser disciplinado no art. 101, inciso III, não sofrendo evolução alguma:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

- a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
- b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

---

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935. p. 111-112

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 37

<sup>59</sup> Art. 76 - A Corte Suprema compete: Parágrafo único - Nos casos do nº 2, III, letra d, o recurso poderá também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público. BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2010.

<sup>60</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 583

- c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;
- d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.<sup>61</sup>

Apenas substituiu-se a expressão “literal disposição de tratado ou lei federal”, da alínea “a” por outra correspondente: “letra de tratado ou lei federal”. O que se deve observar aqui é que a Constituição de 1934, no art. 5º, inciso XIX, alínea “a”, retirou dos Estados-membros a competência para legislar sobre processo civil e criminal, o que veio a concretizar-se na vigência da Constituição de 1937, com a promulgação dos respectivos códigos. A unificação do Direito Processual, assim, haveria de refletir na amplitude da admissibilidade do recurso extraordinário, pois era mais um ramo do direito que passava a ser federal e ao controle do Supremo Tribunal Federal. Assim, toda vez que uma decisão violasse a letra de uma dessas leis, ou se discutisse sua validade ou ela fosse negada, ou se validasse lei ou ato de governos locais em face delas, ou houvesse divergência em sua interpretação, e outras, enfim, teria cabimento o remédio constitucional.<sup>62</sup>

Importante frisar que, embora os constituintes republicanos de 1891 e os reformadores de 1926 quisessem enquadrar o recurso extraordinário em moldes mais ou menos rígidos, estabelecendo de forma restrita os casos de admissibilidade, o fato é que a orientação da doutrina e da jurisprudência sempre foi no sentido de sua ampliação. Os esforços no sentido de expandir-se os casos de admissibilidade do recurso extraordinário, de forma a levar, em última e derradeira instância, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, todas as relações jurídicas litigiosas em que se discutem a validade e aplicação das leis federais, e mesmo todas aquelas que envolvem a interpretação de um texto de lei nacional, no fundo nada mais era do que “a inconsciente aspiração de unidade da jurisprudência, de igual interpretação das normas de direito e de que a justiça, como a lei, seja uma função eminentemente nacional, alheia a qualquer influência local ou regional.”<sup>63</sup>

<sup>61</sup> BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2010.

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 37-38

<sup>63</sup> BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. 3 v. p. 176-177

Foi por essa razão que o recurso evoluiu desde as duas hipóteses previstas na Constituição de 1891 – decisão do tribunal local contra a validade ou aplicação de lei federal, desde que questionada, e decisão dos mesmos tribunais a favor da validade de leis e atos dos governos dos Estados, contestados em face da Constituição – até as quatro previstas nas Constituições de 1934 e 1937. Essa evolução outorgou ao recurso extraordinário uma amplitude não prevista pelos constituintes de 1891 e transformaram o Supremo em uma instância, ou juízo final de direito, todas as vezes que se questionasse “sobre a verdadeira inteligência das leis do país em face de interpretações divergentes.”<sup>64</sup>

Posteriormente, com a Constituição de 1946, ocorreu significativa alteração, pois foi suprimida a alínea “a” das Constituições de 1934 e 1937, retirando-se, assim, a exigência expressa de prequestionamento, conforme se verifica abaixo:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.<sup>65</sup>

José Afonso da Silva<sup>66</sup> entendeu que a supressão da expressão “sobre cuja aplicação se haja questionado” significava que a exigência de prequestionamento já não mais existiria na Constituição de 1946. O que a Constituição exigia era apenas que a questão tivesse sido referida na decisão recorrida, não importando se tivesse ou não provocação das partes a respeito.

Há exemplo, inclusive, de julgados que também corroboraram esse entendimento, como o Recurso Extraordinário nº 6.213, julgado em 10 de dezembro

<sup>64</sup> BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. 3 v. p. 179

<sup>65</sup> BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o46.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2010.

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 39

de 1946 pela 2ª Turma. Nessa decisão foi acolhido o entendimento do Ministro Edgard Costa de que a Carta de 1937 estabelecia como um dos pressupostos do recurso extraordinário o questionamento na instância local, sobre a aplicação da lei federal, ou sua validade ou vigência, mas que a Carta de 1946 tinha suprimido tal exigência quando se tratasse de infringência ou violação da lei federal, caso da alínea “a”, podendo, desse modo, ser aceito recurso desde que fosse apontada a lei federal cujo dispositivo havia sido violado pela decisão recorrida, ainda que não questionada a sua aplicação na demanda.<sup>67</sup>

O mesmo Ministro, no Recurso Extraordinário nº 12.424, julgado em 30 de abril de 1948, considerou que a Constituição de 1946 dera ao recurso extraordinário a sua verdadeira finalidade: verificar o respeito à aplicação da lei federal, desde que verificada a violação de sua letra, não importando em que condições. No mesmo recurso, pronunciou-se o Ministro Hahnemann Guimarães entendendo que desde que houvesse fundamento em qualquer das alíneas constantes do art. 101, inciso III, da Constituição, deveria o recurso ser admitido, embora não se houvesse discutido a matéria no curso da ação. Contrariamente, manifestou-se o Ministro Orosimbo Nonato, entendendo que o prequestionamento da aplicação da lei, apesar de não mais ser mencionado na Constituição, continuava a ser exigência indispensável do recurso extraordinário, salientando que havia chegado a essa conclusão atendendo a índole do recurso que exigia o pronunciamento derradeiro sobre dada questão federal da Justiça dos Estados.<sup>68</sup>

A doutrina, inclusive, começou a seguir o entendimento dos julgados citados, a exemplo de João Claudino de Oliveira e Cruz. Referido autor afirmava que a Constituição de 1946 não exigia, para cabimento do recurso extraordinário, que se houvesse discutido no curso da causa sobre a aplicação da lei federal ou sua validade ou vigência, bastando que fosse apontada a lei federal cujo dispositivo houvesse sido violado pela decisão recorrida.<sup>69</sup> No mesmo sentido, Galeno Lacerda afirma que “o pressuposto do “prévio questionamento” foi eliminado nas

---

<sup>67</sup> MELLO, Augusto Cordeiro de. *O processo no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1964. 2 v. p. 709

<sup>68</sup> MELLO, Augusto Cordeiro de. *O processo no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1964. 2 v. p. 709-710

<sup>69</sup> CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos recursos no Código de Processo Civil: lei, doutrina, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 385

Constituições posteriores. Como legitimar-se, portanto, continue ele a ser reclamado?”<sup>70</sup>

O entendimento jurisprudencial, no entanto, inexplicavelmente mudou para sentido totalmente inverso “exigindo irrestritamente o prequestionamento em todos os casos, apesar da inexistência de previsão constitucional.”<sup>71</sup> Ainda, de acordo com Francisco Cláudio de Almeida Santos, a exigência de prequestionamento foi “uma criação pretoriana” de “caráter impositivo”<sup>72</sup>, já que não havia mais a exigência constitucional.

Exemplo disso é a manifestação do Ministro Lafayette de Andrada, no Recurso Extraordinário nº 13.705, publicado em 11 de abril de 1950, afirmando entender que o recurso extraordinário com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 101 da Constituição exigia sempre o prévio questionamento da lei. “É certo que o texto atual não fala expressamente sobre esse ponto, mas é iniludível que a lei tenha sido objeto de exame, de discussão, — essa exigência está implícita.”<sup>73</sup>

Seguindo o mesmo entendimento, o Ministro Lafayette de Andrada, no Recurso Extraordinário nº 38.960, não conheceu do recurso por entender que o recurso extraordinário só poderia impugnar o que tinha sido objeto da controvérsia e que a União Federal, recorrente, havia perdido a oportunidade de esclarecer o acórdão em Embargos Declaratórios para suprir a lacuna, perdendo a oportunidade. Fica claro, portanto, a exigência de prequestionamento em Embargos Declaratórios, no presente caso. Como não houve, o recurso não foi conhecido.<sup>74</sup>

Foi, ainda, na vigência da Constituição de 1946 que o Supremo Tribunal Federal editou as Súmulas 282 e 356 em Sessão Plenária datada de 13 de dezembro de 1963. A Súmula 282 preconiza que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” Já a Súmula 356, disciplina que “o ponto omissis da decisão, sobre o

<sup>70</sup> LACERDA, Galeno. Críticas ao prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 758, dez., 1998. p. 76

<sup>71</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e Repercussão Geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 214

<sup>72</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso Especial – Visão Geral. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 1989. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso\\_especial\\_visao\\_geral.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso_especial_visao_geral.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. 2010. p. 156

<sup>73</sup> MELLO, Augusto Cordeiro de. *O processo no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1964. 2 v. p. 710

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 38.960*. Segunda Turma. Ministro Relator Lafayette de Andrada. Data do Julgamento: 31.10.1958. DJU: 04.09.1962.

qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”<sup>75</sup>

Nota-se que a jurisprudência forçou a obrigatoriedade de um requisito não mais expresso na Constituição. A retirada do prequestionamento foi ignorada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que continuaram insistindo na obrigatoriedade, afirmando, inclusive, ser requisito iniludível, como visto. Fato é que, mesmo tendo-se passado mais de 60 anos da promulgação da Constituição de 1946 e de as Súmulas 282 e 356 estarem prestes a completar 50 anos, ainda hoje a discussão ainda não foi pacificada.<sup>76</sup>

Vale ainda destacar que as referidas Súmulas sofreram uma alegação de inconstitucionalidade em 1983, no recurso extraordinário, já citado no ponto 2.1.1 deste trabalho, de nº 92.806<sup>77</sup>, em que o Ministro Relator Alfredo Buzaid traz um histórico de direito comparado para justificar a necessidade de prequestionamento e a manutenção das Súmulas. O que chama a atenção, no entanto, não é o histórico feito, mas a justificativa para se exigir o prequestionamento, mesmo se reconhecendo a inexistência de menção a partir da Constituição de 1946. É o que afirmou o Ministro:

3. O que pretende o agravante é argüir a inconstitucionalidade do Verbete nº 282 da Súmula. Este verbete dispõe que «é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida,

<sup>75</sup> Julgados como o AI, nº 28.938-GB, de 1963 e o RE, nº 48.815-MA, de 1961 são exemplos das decisões que levaram a criação das súmulas. Vejamos, respectivamente, as ementas: “Ponto omissis no acórdão recorrido (prescrição), a que não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser reexaminado no recurso extraordinário. Prescrição discutida na causa, mas não reeditada no recurso extraordinário escapa ao exame do supremo tribunal. Pode o juiz suprir omissis das partes quanto a fundamentação jurídica de suas pretensões.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 28.938*. Segunda Turma. Ministro Relator: Victor Nunes. Data do Julgamento: 03.10.1961. DJU: 26.10.1961. “Retomada para uso de sociedade de que o proprietário faz parte, comprovada a necessidade. Agravo no auto do processo. Caberiam Embargos Declaratórios ao acórdão recorrido que não o apreciou. Somente opostos os Embargos Declaratórios a questão poderia ser apreciada no Extraordinário, pois, exige-se prequestionamento.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.662*. Primeira Turma. Ministro Relator Gonçalves de Oliveira. Data do Julgamento: 26.10.1961. DJU: 30.11.1961.

<sup>76</sup> Mesmo reconhecendo o histórico mencionado e as opiniões divergentes, determinados autores como Eduardo Ribeiro de Oliveira, insistem em colocar um ponto final no assunto e ignorar toda a evolução do prequestionamento. Referido autor afirma: “As opiniões em contrário, manifestadas logo após a edição da vigente Constituição e em antigos julgados do Supremo Tribunal Federal, não mais encontram amparo na jurisprudência. O tema, creio, é de ter-se como superado.” In: Prequestionamento. *Revista de Processo*, ano 25, n. 97, jan./mar., 2000. p. 165.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos em Recurso Especial nº 96.802-RJ. Tribunal Pleno. Ministro Relator Alfredo Buzaid. Data do Julgamento: 12.05.1983. DJU: 04.11.1983. In: Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/verPDF.asp?numPDF=109\\_1](http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/verPDF.asp?numPDF=109_1)>. Acesso em: 21 abr. 2010

a questão federal suscitada». O que este verbete consagra é o princípio do prequestionamento, instituído entre nós já na Constituição de 1891, ao dispor no art. 59:

«III — Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal do Estado for contra ela».

4 Este preceito foi repetido na Reforma de 1926 (art. 60, § 1º, a) e nas Constituições de 1934 (art. 76, III, b), de 1937 (art. 101, III, b) e de 1946 (art. 101, III, b). Depois disso não constou mais de cânon constitucional, porque a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969; e Emenda nº 7 de 1977, atribuiu ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e competência para dispor sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.

Com todo respeito ao Ministro, mas se no regimento foi disposto que o STF tem competência para dispor sobre o processamento e o julgamento dos feitos de sua competência isso não significa que o STF pode ressuscitar um requisito que a partir da Constituição de 1967 (como se verá adiante), definitivamente, não mais constou no texto constitucional. O próprio Ministro admite isso no seu voto, mas parece que o fato de o prequestionamento ter aparecido algumas vezes repetido nas constituições de 1981, 1926, 1934, 1937 e 1946 (de forma diversa das anteriores) fez com que ele perpetuasse eternamente, mesmo sem estar escrito.

Com a Constituição de 1967 e com a Emenda Constitucional 1/69, houve alteração significativa na disciplina do recurso extraordinário. Suprimiu-se o verbo “questionar” que ainda existia na alínea “b” indo além da modificação já realizada pela Constituição anterior. Vejamos:

Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

c) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)



d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)<sup>78</sup>

Galeno Lacerda aprofunda-se na crítica ao prequestionamento ao afirmar que “desaparecida a condição, sua exigência, depois da vigência da Constituição de 1967, passou a ser *inconstitucional*.”<sup>79</sup> O mesmo autor ainda tece críticas fortes à aplicação das Súmulas 282 e 356, declarando que:

Pouco importa que o Código de Processo Civil e os Regimentos Internos admitam o poder sumular, de editar Súmulas, dos Tribunais. Esse poder pressupõe, evidentemente, que as Súmulas elaboradas obedeçam à Constituição e às leis. No momento em que isto não ocorrer, ou não mais ocorrer, cabe ao respectivo Tribunal revogar ou, simplesmente, deixar de aplicar ou de exigir o cumprimento do preceito da Súmula, já, então, *desatualizada*. É seu dever elementar, por imperativo constitucional.<sup>80</sup>

Certamente as críticas de Galeno Lacerda são completamente aceitáveis. A própria história do prequestionamento ao longo das Constituições comprova todas as afirmações do autor. A partir da Constituição de 1967, não é mais possível falar-se de prequestionamento, assim como as Súmulas 282 e 356 não mais poderiam ser aplicadas por falta de embasamento legal e por estarem completamente desatualizadas e em descompasso com a evolução constitucional. Isso pode ser facilmente verificado pelo art. 102, § 3º<sup>81</sup>, da Constituição Federal (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004) e pelos arts. 543-A<sup>82</sup> e 543-B<sup>83</sup>, do Código

<sup>78</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 20 de outubro de 1967 (republicada em 30 de outubro de 1969). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2010.

<sup>79</sup> LACERDA, Galeno. Críticas ao prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 758, dez., 1998. p. 80 (Grifo original)

<sup>80</sup> LACERDA, Galeno. Críticas ao prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 758, dez., 1998. p. 80 (Grifo original)

<sup>81</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2010.

<sup>82</sup> Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do

de Processo Civil (acrescentados pela Lei 11.418/2006) que instituíram a repercussão geral, requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário, cuja função é selecionar os recursos que devem ser conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, somente aqueles em que a questão constitucional apresentar repercussão geral deverão ser conhecidos.<sup>84</sup> As referidas súmulas não contemplam, dessa forma, o avanço constitucional do recurso extraordinário e, por essa razão, já não mais poderiam ser utilizadas no contexto jurídico atual.

Percebe-se que todas as Constituições mencionadas até aqui, que disciplinavam, unicamente, o recurso extraordinário, já traziam o que, posteriormente, viria a ser o modelo do recurso especial (retirados os aspectos constitucionais) a ser apreciado pelo futuro Superior Tribunal de Justiça.

A Constituição de 1988, dessa forma, trouxe muitas transformações. Atendendo aos problemas de excesso de recursos para o Supremo Tribunal Federal, criou-se o Superior Tribunal de Justiça e uma competência exclusiva para esse Tribunal: a análise de recursos que envolvessem somente questão federal através da interposição de nova modalidade de recurso, o Especial.

---

recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. BRASIL, *Código de Processo Civil*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

<sup>83</sup> Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. BRASIL, *Código de Processo Civil*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 565

A origem dessa mudança seria de 1965, quando, na Fundação Getúlio Vargas, reuniu-se um seleto grupo de juristas comandados pelo Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti para debater a necessidade de criação de um Tribunal Superior, para julgar os recursos extraordinários que tivessem vínculo com o direito federal comum. Concluiu-se que a melhor solução seria a criação de outro Tribunal, cuja competência estaria desvinculada da matéria de natureza constitucional. A atitude de forma alguma visava desvalorizar o Supremo, pelo contrário, a intenção era conferir requinte a um órgão que apenas estaria encarregado de enfrentar questões constitucionais, afastando-o de outras discussões de competência dos tribunais estaduais, comuns ou federais.<sup>85</sup>

Fato é que os recursos extraordinários até 1950 – ou seja, nos primeiros 60 anos da criação do STF – que eram em cerca de 17.000, passaram ao número de 60.000 no final de 1965 e saltaram para quase 120.000 no final de 1988, originando, assim a denominada “Crise do Supremo”. As razões para esse crescimento foram a industrialização do País, a partir de 1960, o desenvolvimento econômico em todos os setores de 1965 em diante, salientando-se a reforma bancária, a criação do mercado de títulos e valores mobiliários e a melhoria do sistema de comunicação do País.<sup>86</sup>

O recurso extraordinário, portanto, tinha a peculiaridade de ser exercitável em qualquer dos ramos do direito objetivo em que houvesse “questão federal” ou “questão constitucional”, sendo assim, entende-se que tenha ocorrido “um formidável acúmulo de processos, moléstia que, por causa da demora no tratamento, tornou-se crônica, passando a ser referida como a “Crise do Supremo.”<sup>87</sup>

Foram várias as tentativas de conter o acúmulo de trabalho, ano a ano, a prejudicar, cada vez mais intensamente, a atividade jurisdicional da Suprema Corte do País, desde a reforma constitucional de 1926 - que não passou de tentativa -, quando se pretendeu limitar as amplas possibilidades de cabimento do recurso para o STF, previsto inominadamente, na primeira Constituição republicana, ainda que na reforma não figurasse o recurso com base em dissídio jurisprudencial. Com efeito, a

---

<sup>85</sup> ALVES, Paulo César Bachmann. *Recurso Especial*. Curitiba: Juruá, 1997. p. 27

<sup>86</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Recurso Especial – Visão Geral. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 1989. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso\\_especial\\_visao\\_geral.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso_especial_visao_geral.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. 2010. p. 144

<sup>87</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 67

reforma de 1926 propôs alteração com o sentido de restringir o extraordinário às hipóteses de questionamento sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição, excluindo-se, assim, a errônea aplicação da lei. Teria, dessa forma, o recurso extraordinário uma função de defensor da inteireza constitucional, mas, a proposta não se materializou.<sup>88</sup>

Posteriormente, outras medidas foram efetuadas para tentar solucionar o caos do acúmulo de processos na Corte Suprema. A primeira, através da Lei nº 3.396, de 1958, passou a exigir a fundamentação da decisão do Presidente do Tribunal *a quo*, de admissão do recurso extraordinário, medida justa por ser a motivação das decisões garantia do estado de direito (antes, exigida era a fundamentação, apenas, da decisão de inadmissão).<sup>89</sup>

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, permitiu restrições ao cabimento do extraordinário quando interposto com fundamento nas letras “a” e “d”, do inciso 111, do art. 119 da Constituição. O Regimento Interno do STF, de 15.10.70, estabeleceu vários obstáculos ao recurso, ampliados com a Emenda Regimental nº 3, de 1975, contrabalançados pela criação da “argüição de relevância” (art. 308, *caput*). O Regimento Interno emendado não estabelecia critério algum para a aferição da “relevância de questão federal”, que seria apreciada em “sessão de Conselho”, isto é, secreta, dispensaria motivação e seria irrecorrível (art. 308, § 4º, incisos VII a IX).<sup>90</sup>

Ainda, na EC. nº 7, de 1977, o RI de 15.10.80, com as alterações aprovadas depois, alinhou novos empecilhos e a Emenda Regimental nº 2, de 1985, estatuiu que, além dos casos expressamente enumerados, o recurso extraordinário fundado em ofensa à Constituição ou a tratado ou lei federal, ou ainda em divergência jurisprudencial, caberia “quando reconhecida a relevância de questão federal” (art. 325, *caput* e inciso XI). Ademais, cuidou-se de ministrar dados genéricos para a aferição da relevância, dispendo-se no § 1º: “Entende-se relevante a questão federal

<sup>88</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso Especial – Visão Geral. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 1989. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso\\_especial\\_visao\\_geral.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso_especial_visao_geral.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. 2010. p. 144

<sup>89</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso Especial – Visão Geral. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 1989. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso\\_especial\\_visao\\_geral.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso_especial_visao_geral.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. 2010. p. 144-145

<sup>90</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 618

que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”. A deliberação continuou a fazer-se “em Conselho” (art. 327, § 5º, inciso V), mas a respectiva ata mencionaria, nos casos de acolhimento, “a questão federal havida como relevante”.<sup>91</sup>

A Constituição de 1988 não reproduziu a disposição que conferia ao Supremo Tribunal Federal a anterior competência. Arroladas no art. 102, inciso III, da CF, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, tornou-se pacífico que não subsistiam as normas limitativas constantes do Regimento Interno.<sup>92</sup> O problema, contudo, só fez agravar-se; e a resposta viria com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 102 um § 3º<sup>93</sup>, do seguinte teor:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Interessante, ainda, é perceber a oscilação na composição do número de Ministros no STF. Na época do Império, com o nome de Supremo Tribunal de Justiça, eram dezessete “Juizes Letrados”. No regime instaurado pela Constituição Republicana de 1891, havia quinze juizes. Na Carta de 1934, constavam onze ministros, número que permaneceu inalterado nas Constituições de 1937 e 1946. Em 1966, o Ato Institucional 2 elevou o número para dezesseis, mantido pela Carta de 1967. Em 1969, o Ato Institucional 6 reduziu novamente o número de Ministros do STF para onze, situação que perdurou na EC 1/69 e na Constituição atual de 1988.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 618

<sup>92</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 618

<sup>93</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2010.

<sup>94</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 88. Apenas a título de informação, destaca-se notícia a respeito da quantidade de demandas no Rio Grande do Sul: “O Poder Judiciário Estadual gaúcho têm 3.904.540 ações em andamento, de acordo com os dados do Relatório Anual 2010, apresentado na tarde desta segunda-feira (7/2). A marca de 3 milhões de

Note-se que não faltaram tentativas de se barrar o número de recursos, estipulando-se diversos entraves legais, mas que nunca foi cogitado o aumento do número de ministros. As oscilações de composição do Supremo revelam isso, a despreocupação com a quantidade de membros, o que demonstra, talvez, uma falha na discussão a respeito da “crise do Supremo”, pois, poder-se-ia ter tomado tal medida. Não significa que o problema do excesso de recursos seria resolvido com o aumento da composição de Ministros, mas essa poderia ser uma das formas de tentar combater o acúmulo de recursos.

Apesar de tudo demonstrado e da crise instaurada, várias, no entanto, foram as opiniões contrárias à criação do STJ. Algumas refletiam, como a de Carlos Alberto Silveira Lenzi<sup>95</sup>, o receio que se disseminava na maioria dos juízes de que o STJ seria um estágio intermediário entre eles e o STF, o que afetaria a autonomia das justiças estaduais, pois, estariam sob a jurisdição de um Tribunal Federal de menor importância, retirando do Pretório Excelso questões federais de maior repercussão, além da perda de poder. Outros, como José Renato Nalini<sup>96</sup>, se posicionaram contra por acharem que este Tribunal se constituiria em 3ª instância, o que agravaria ainda mais a alegada morosidade nos julgamentos dos feitos.<sup>97</sup> Ainda, o Ministro Dajci Falcão<sup>98</sup> acreditava que com a criação do STJ e a competência a ele atribuída o STF perderia a posição de mais alta Corte, afastando-a, de certo modo, da posição de Tribunal da Federação.

Apesar da grande resistência e das diversas manobras legais para se evitar o aumento no número de processos, a Constituição de 1988 instituiu o STJ,

---

processos em tramitação foi ultrapassada há apenas três anos, em 2007. Em comparação com os últimos 10 anos, o número de ações iniciadas e julgadas dobrou: no ano passado, foram iniciadas 2.893.115 demandas, um número 2,2 vezes maior que em 2001 (1.298.333). O número de processos julgados também acompanhou esse crescimento. Em 2010, foram 2.662.569, enquanto em 2001 o número foi de 1.111.022. A quantidade de julgadores, no entanto, cresceu em menor proporção: no ano de 2001 eram 587 Juízes e Pretores e 125 Desembargadores. Atualmente, a Justiça conta com 689 julgadores no 1º Grau e 139 no 2º Grau.” In: Número de ações na Justiça gaúcha duplicou em uma década. *Página do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. <<http://www1.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=135273>>. Acesso em: 07 fev. 2011.

<sup>95</sup> LENZI, Carlos Alberto Silveira. O recurso extraordinário na nova Constituição. *Seqüência*, v. 16, n. 09, p. 48-53, 1988. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16375/14960>>. Acesso em: 26 mar. 2011. p. 50

<sup>96</sup> NALINI, José Renato. A Justiça nova carta. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 34667, 03 mar. 1988, p. 33. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/122560>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

<sup>97</sup> CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Admissibilidade do recurso especial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 329, jan., 1995. p. 79

<sup>98</sup> FALCÃO, Dajci. O Poder Judiciário e a Nova Carta Constitucional. *Revista de Processo*. São Paulo, n.53, jan./mar., 1989. p. 204

desmembrando as matérias federais da competência do STF, ficando esse como tribunal responsável unicamente pela guarda da Constituição.

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. Tem-se, 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 na duração do processo.<sup>99</sup>

Apesar de introduzir muitas novidades, com relação ao prequestionamento a Constituição de 1988 não apresentou qualquer inovação, permanecendo omissa, tal qual a Constituição de 1967. Assim, destaca-se como ficaram as disciplinas do recurso extraordinário e do recurso especial, previstos, respectivamente, nos arts. 102, inciso III e 105, inciso III:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois

<sup>99</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 386

terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.<sup>100</sup>

Entretanto, mesmo tendo as duas últimas Constituições silenciado sobre o prequestionamento, a sua necessidade e sua exigência foram mantidas. Ao invés de entender-se que a supressão da alínea “a” da Constituição de 1946 foi um sinal de que a exigência de prequestionamento não mais existia, a jurisprudência, principalmente, pareceu ter entendido o contrário, como se a exigência fosse algo tão óbvio que não precisaria estar escrita.

O que ocorreu, na verdade, foi um exacerbamento da importância do prequestionamento, de modo que a jurisprudência pareceu entender que era mais importante saber se a parte prequestionou ou não do que se havia ou não a presença de questão federal ou constitucional na decisão recorrida.<sup>101</sup> Por essa razão, inclusive, que surgiram os Embargos de Declaração Prequestionadores, pois não bastava que a o Tribunal tivesse se manifestado a respeito de questão federal ou constitucional, era preciso que a parte prequestionasse.

A despeito da ausência da exigência de prequestionamento na Constituição de 1988, o Ministro Carlos da Silva Velloso pronunciou-se da seguinte forma:

O prequestionamento, sob o pálio da Constituição de 1988, não terá vez, o que penso. É que o constituinte de 1988 quis alargar o raio de ação do recurso especial. Isto está evidente no texto constitucional. Ademais, de regra, o prequestionamento põe-se de forma implícita quando a decisão contraria ou nega vigência à lei federal.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2010.

<sup>101</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e Repercussão Geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 213

<sup>102</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição. *Revista de Direito Público*, v. 22, n. 90, abr./jun. 1989. p. 79



O que temos, então, é uma exigência que até 1937 era explícita e que, hoje, é mantida apenas pela insistência da jurisprudência e de parte da doutrina. Ao que tudo indica, a exigência permaneceu em razão do excesso de recursos que estavam sendo interpostos no Supremo Tribunal Federal. A demanda já estava tão elevada que foi um dos motivos pelo qual se criou o Superior Tribunal de Justiça. Novamente, a questão do excesso de processos e recursos parece influenciar a manutenção de requisitos que não mais são exigidos expressamente. O receio parece ser que, suprimindo-se a exigência do prequestionamento, o número de recursos aumente.<sup>103</sup> Nesse sentido, fundamental destacar opinião de Alcides de Mendonça Lima, de Rodolfo de Camargo Mancuso e Galeno Lacerda, respectivamente:

Aquela diretriz vem sendo adotada sob o pretexto, aliás comum em situações similares, de aliviar o serviço daqueles nobres Tribunais. Outras iniciativas, porém, se deverão adotar em lugar de impedir o julgamento dos feitos, conspurcando a atividade dos altíssimos órgãos judiciários, dando prevalência ao aspecto formal antes do conteúdo, que é o modo de proferir julgamento sobre a matéria básica e fundamental.<sup>104</sup>

Na experiência brasileira, porém, ante a notória sobrecarga de processos que em modo crescente foi assoberbando nossos Tribunais da Federação, uma outra *função* – não admitida às expressas, mas ocorrente na prática jurídica – passou a ser desempenhada pela exigência do prequestionamento, qual seja a de operar como *filtro, elemento de contenção*, ou ao menos *regulador* do volume excessivo de recursos excepcionais dirigidos ao STF e ao STJ.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Antônio Carlos Amaral Leão, em 1989, já manifestava opinião sobre a necessidade de se exigir o prequestionamento pois “atualmente já se constata uma sobrecarga incrível de processos vindos de todos os tribunais do País para o STJ o que já sobrecarrega seus E. Ministros, fato esse que atrasará por vários anos a entrega da prestação jurisdicional, prejudicando sobremaneira a parte que visa a ter uma solução judicial mais rápida.” O autor, então, manifesta já o desespero do excesso de recursos no STJ, em 1989, logo após sua criação e apóia-se no prequestionamento, como forma de barrar o aumento das demandas no STJ, ou seja, a manutenção do requisito tem nítida intenção de barrar recursos e evitar o acesso ao Tribunal Superior, levando-se a crer que, se não houvesse o problema da quantidade de recursos, referida exigência não existiria. In: O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 78, v. 650, dez. 1989. p. 237

<sup>104</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. Prequestionamento. Porto Alegre: *AJURIS*, ano 20, n. 57, mar., 1993. p. 229

<sup>105</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 276

A segunda tentativa de desafogo dos Tribunais Superiores, o prerquestionamento, também não merece aplausos. Trata-se de um subterfúgio para não conhecer do recurso, porque o Tribunal inferior não teria julgado a questão suscitada pelo recorrente, embora fundado este nas mais evidentes razões. O pior é que, muitas vezes, o Tribunal *a quo* não julga porque não quer, porque repele sumariamente embargos declaratórios dizendo que ‘nada há a declarar’. E, mesmo assim, os Tribunais Maiores, lavando as mãos e furtando-se de sua missão constitucional, não conhecem do recurso por pretensa falta de prequestionamento.<sup>106</sup>

De fato, isso, evidentemente, ocorreria, mas o que se lamenta é perceber que se mantém um instituto, unicamente, em razão de falta de estrutura para análise de tantos recursos e não por que assim as normas determinam. Tolhe-se o direito de acesso aos recursos, pela falha do sistema judiciário em não ter estrutura suficiente para o recebimento de tantas demandas, ignorando a própria evolução constitucional da exigência do prequestionamento, evocando-se súmulas que à época eram compreensíveis, mas que hoje já não se adequariam às normas constitucionais vigentes.

Interessante verificar que, mesmo admitindo a inexistência do termo na Constituição, há opiniões como a de Eduardo Ribeiro de Oliveira afirmando que: “a jurisprudência é absolutamente pacífica e, com algumas vozes destoantes, também a doutrina se orienta no sentido de que permanece necessário o prequestionamento, malgrado a Constituição não mais contenha o termo acima apontado.”<sup>107</sup> Ademais, a opinião do autor acima está equivocada quando afirma ser absolutamente pacífica a jurisprudência e haver poucas vozes destoantes na doutrina. A discussão existe e a pacificação ainda está distante de ser atingida.

## 2.2 Prequestionamento em recurso especial

A origem da discussão em torno do prequestionamento decorre do próprio dispositivo constitucional que determina as hipóteses de cabimento do recurso especial. O art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, disciplina

<sup>106</sup> LACERDA, Galeno. Críticas ao prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 758, dez., 1998. p. 80

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. *Revista de Processo*, ano 25, n. 97, jan./mar., 2000. p. 162.

que é cabível o Recurso Especial quando a decisão recorrida “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

A questão que se impõe diante de tal disposição é saber se é possível verificar a contrariedade à lei federal se a decisão recorrida não mencionar a norma que se reputa violada ou, ainda, se é necessária a manifestação das partes acerca do ponto controvertido.

Em razão dessa dúvida, surgiram teorias e classificações tanto por parte da doutrina como da jurisprudência. Fato é que não há unanimidade quanto ao assunto, nem quanto ao conceito de prequestionamento, nem quanto a sua classificação. A discussão é tanta, que se chega ao ponto de questionar-se a constitucionalidade da exigência do prequestionamento, pois, como já visto no capítulo anterior, sua expressa disposição constitucional não existe desde 1946. Mais uma vez percebe-se o quanto o tema é controverso e como há possibilidades de se desenvolverem diversos entendimentos sobre o mesmo assunto.

Não obstante essa discussão, ainda há o debate acerca do efeito translativo dos recursos. Parte da doutrina entende que esse efeito não caberia aos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, enquanto outra parte da doutrina entende cabível. Novamente, justificativas diversas surgem dependendo do ponto de vista defendido. A jurisprudência também não é unânime, embora a posição conservadora de não admitir o efeito translativo esteja sendo superada, podendo-se até afirmar que o STJ está se encaminhando para aceitar quase que de forma unânime a incidência do efeito, minimizando as consequências negativas pela exigência radical de prequestionamento de questões de ordem pública.

### 2.2.1 Prequestionamento como sinônimo de manifestação do Tribunal local acerca de determinada questão federal

Definir prequestionamento é um dos problemas mais complexos em razão dos vários sentidos dados à expressão na doutrina e na jurisprudência. As manifestações mais antigas a respeito do conceito definem prequestionamento como *manifestação das partes a respeito da questão*. Mesmo antes da Constituição de 1946, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era no sentido da

necessidade de prévio questionamento da lei federal na instância local, sem o qual não era possível recorrer extraordinariamente.<sup>108</sup>

O prequestionamento, originalmente, nos moldes do art. 59, § 1º, da Constituição de 1891, era concebido como o questionamento realizado pelas partes<sup>109</sup> antes do proferimento da decisão passível de impugnação pelo recurso extraordinário.<sup>110</sup> No entanto, esta definição parece muito simplista e restritiva, na medida em que exclui da apreciação dos Tribunais Superiores, questões não suscitadas pelas partes, mas que podem ser apreciadas de ofício pelos Tribunais locais.

O prequestionamento não se vincula, absolutamente, à iniciativa das partes. Pelo contrário, das alegações das partes contra ou a favor do ato decisório recorrido, distingue-se de modo irretorquível, porque o novo pronunciamento talvez nelas não se baseie, provendo o julgador *ex officio*. As variadas exceções à regra desmoralizam o vínculo artificial entre a atividade das partes e o prequestionamento.<sup>111</sup>

Após a publicação da Carta Constitucional de 1946, que modificou as regras sobre o recurso extraordinário e excluiu do seu texto o termo “questionamento”, o entendimento jurisprudencial também foi modificado, no sentido de que havia prequestionamento quando a decisão recorrida tivesse adotado entendimento explícito sobre o tema de direito federal. Nesse entendimento, o prequestionamento estaria na decisão recorrida, não sendo decorrente da postulação anterior das partes perante o grau inferior. Esses entendimentos foram, posteriormente, conjugados surgindo a concepção de que prequestionamento seria a manifestação da parte na instância inferior somada à decisão de referida instância.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> MELLO, Augusto Cordeiro de. *O processo no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1964. 2 v. p. 709

<sup>109</sup> “Bastante significativa, no tema sob foco, revela-se a deletéria influência da própria palavra “prequestionamento”. Formada a partir de derivação prefixial do termo “questionamento”, o contexto jurídico não lhe podou a natural relação de sentido, sugerindo a todos os espíritos que prequestionar é questionar antes. Porém, a semântica vulgar há que ceder o passo à proposição normativa”. ASSIS, Araken de. Prequestionamento e Embargos de Declaração. *Revista Jurídica*, ano 49, n. 288, out., 2001. p. 15

<sup>110</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 275

<sup>111</sup> ASSIS, Araken de. Prequestionamento e Embargos de Declaração. *Revista Jurídica*, ano 49, n. 288, out., 2001. p. 14

<sup>112</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e Repercussão Geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 113. Diante desse entendimento, autores como Antônio Carlos Amaral Leão,

Assim, pode-se afirmar que há três grandes entendimentos a respeito do prequestionamento: a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como discussão anterior à decisão recorrida sobre o tema, situação em que o debate é, muitas vezes, considerado um ônus da parte; c) prequestionamento como prévia discussão sobre o tema, conjugado com a manifestação expressa do Tribunal a respeito, sendo a soma das duas concepções anteriores.

De acordo com José Miguel Garcia Medina<sup>113</sup>, toda a controvérsia teria surgido em virtude da falta de determinação precisa do alcance do termo “questão federal”, vinculado, muitas vezes, à letra da lei, possivelmente em virtude da utilização das expressões “quando se questionar sobre a validade (...) e a decisão recorrida for contra ela”. Ocorre que o termo “questão” deve ser entendido não apenas como contestação de ponto alegado por alguma das partes, mas também quando o juiz tenha suscitado a dúvida sobre determinado ponto.

Referido autor, ainda, separa o prequestionamento da presença de questão federal na decisão recorrida. Assim, prequestionamento seria a atividade anterior, realizada pelas partes, no sentido de ensejar a manifestação do órgão julgante a respeito do tema. Não haveria exigência constitucional no sentido da presença do prequestionamento realizado pelas partes e, por esse motivo, não poderia ser indeferido o recurso especial se não tivesse havido o prequestionamento. O que se exigiria, para a interposição do recurso, é a presença de questão federal na decisão recorrida, tenham ou não as partes prequestionado.<sup>114</sup>

---

chegaram a afirmar que “o prequestionamento *deve ser suscitado no Recurso de Apelação*. No Recurso todas as questões de *Direito Federal* ou a *matéria constitucional federal*, devem constar expressamente da petição, a fim de que o tribunal local, delas tomando conhecimento direto, as discuta, debata e *decida*.” In: O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 78, v. 650, dez. 1989. p. 237

<sup>113</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e Repercussão Geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 117

<sup>114</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 327. No mesmo sentido, Fábio Monnerat sustenta ser o prequestionamento atividade das partes e somente dessas, pois “o juiz não questiona, mas sim decide”. “... a expressão, prequestionamento, refere-se à atividade das partes em momento anterior ao julgamento do recurso, pois quem questiona na relação processual são elas.” “... Não considero que a existência desta *prévia* decisão possa ser considerada prequestionamento, que repita-se, é atividade das partes necessariamente anterior ao julgamento do recurso pelo Tribunal *a quo*.” MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Embargos de declaração com função *prequestionadora* na jurisprudência do STF e STJ. Posições contrárias. *Revista de Processo*, ano 31, n.141, p.197-209, nov., 2006. p. 200.

Na verdade, entende-se que a mutação que ocorreu acerca da definição do prequestionamento, deveu-se ao fato de que não há como se defender que a necessidade de provocação das partes seja requisito de admissibilidade do Recurso Especial, pois, se assim o fosse, questões apreciadas de ofício escapariam dessa definição e impediriam o recebimento dos recursos.

No entanto, embora seja correta essa conceituação, como se verifica na história das Constituições já citada, na prática, atualmente, nem a jurisprudência em geral, nem a do STJ tratam prequestionamento com essa definição e, se pensarmos dessa forma, ter-se-ia que modificar toda a terminologia utilizada atualmente e o prequestionamento seria abandonado da discussão, ficando a “presença de questão federal” como o centro do problema.

Ao que parece, a intenção do autor foi alertar para o fato de que o prequestionamento, nos moldes das antigas Constituições que o exigiam, não é mais uma exigência Constitucional.<sup>115</sup> A exigência é a presença de questão federal, assim, o prequestionamento seria um mero enfeite, pois sua existência em nada definiria a admissibilidade do recurso especial, esvaziando a discussão a respeito da exigência do prequestionamento.<sup>116</sup>

De fato, o autor tem razão: não há mais a exigência do prequestionamento. O problema é que após a supressão do requisito na Constituição de 1946, seu conceito foi sendo modificado, adaptando-se ao texto das Constituições vigentes, pois, se não fosse assim, não se teria como manter o prequestionamento. O que se tem atualmente, assim, é um instituto com conceito variável, sem respaldo legal e que, por essa razão, faz surgir tantos problemas de interpretação.

O que é necessário para a admissibilidade do recurso especial é, portanto, a presença de questão federal e essa existirá sempre que o juiz aplicar a lei federal, seja em decorrência de as partes terem controvertido acerca de determinada matéria, tornado-a questão a ser resolvida pelo julgador, seja quando o próprio julgador identificar matéria, colocá-la em dúvida e sobre ela resolver, seja quando tratar-se de questão de ordem pública analisada ou não pelo juiz.

---

<sup>115</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 327

<sup>116</sup> No mesmo sentido, concordam com o autor Angélica Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. In: Aspectos atinentes ao prequestionamento no Recurso Especial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 104, v. 397, maio/jul. 2008. p. 9

Importa, dessa forma, que o juiz tenha resolvido a questão federal, sendo irrelevante se foi ou não em virtude de provocação da parte, ou que haja questão passível de verificação de ofício que foi ou não analisada. Essencial referir que as questões de ordem pública, como se verá adiante, não podem ter como obrigatória sua alegação pelas partes nem a análise pelo juiz, pois são questões que não precluem e sua alegação pode surgir a qualquer tempo. Dessa forma, há de se flexibilizar a definição de prequestionamento, para que se abarquem matérias que não tem a obrigatoriedade de constar decididas no acórdão recorrido.

Por essa razão, entende-se como prequestionamento a manifestação de Tribunal local acerca de determinada questão federal para fins de compreensão do trabalho, com a ressalva de que as questões de ordem pública escapam a essa exigência. Pretende-se, assim, propor uma flexibilização do conceito.

Na maior parte das vezes, é por meio de provocação das partes que o juiz ou o Tribunal local se manifesta, pois, como disciplina do art. 128, do CPC, é defeso ao juiz “conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.” Ainda, estatui o *caput* do art. 515, do CPC que “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. Em contrapartida, compete ao réu, de acordo com o *caput* do art. 300, do CPC, alegar na contestação “toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor (...)”.

No entanto, o juiz não fica limitado ao fundamento legal invocado pelo autor na petição inicial, embora deva julgar nos limites do pedido formulado. Isso significa que o princípio da adstrição do juiz ao pedido convive harmoniosamente com o princípio do *iura novit curia*.<sup>117</sup>

No entanto, quando se trata de matérias de ordem pública, não há necessidade de manifestação das partes para que o juiz ou o Tribunal local delas conheça. Por essa razão que, ainda que se entenda o prequestionamento como manifestação do Tribunal local sobre determinada matéria, não se pode vincular essa manifestação à provocação das partes, pois existem matérias como as de ordem pública que não exigem provocação.

Exemplo disso é a situação de o Tribunal local decretar de ofício a carência da ação. A matéria não foi suscitada pelas partes, nem foi examinada pelo juiz de

---

<sup>117</sup> ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no Recurso Especial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 104, v. 397, maio/jul. 2008. p. 5

primeira instância, mas pode ser perfeitamente decretada pelo Tribunal. Nessa situação, está preenchido o requisito do prequestionamento possibilitando a interposição de recurso especial, já que o acórdão tratará de questão federal.

Importante ter presente que o art. 515, § 1º, do CPC, estabelece que serão objeto de análise pelo Tribunal “todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” e que o § 2º do mesmo artigo explicita que “quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento das demais”. Desse modo, permite-se que o Tribunal analise em primeira mão questões que sequer foram objeto de análise da sentença de primeiro grau.

Em todos esses casos, tanto de matérias de ordem pública examinadas diretamente pelo Tribunal ou de questões não analisadas pelo juiz de primeira instância, mas que foram objeto de apreciação pelo Tribunal, não há dúvidas de que o requisito do prequestionamento está presente, pois há matéria federal analisada pelo acórdão, e de que nem há necessidade de oposição de Embargos Declaratórios, tendo em vista que não há omissão.

O problema ocorre quando a questão federal não aparece expressamente no acórdão recorrido ou, ainda, ela surge depois da publicação do acórdão, como, por exemplo, nos julgamentos *citra*, *ultra* ou *extra petita*. Nesse último caso, quando o Tribunal julga a matéria fora, aquém ou além do pedido, há violação expressa ao art. 128, do CPC, já citado. No entanto, para possibilitar a interposição de recurso especial, a jurisprudência<sup>118</sup> criou a necessidade de oposição de Embargos Declaratórios, para que se faça a questão federal controvertida. Criou-se dessa forma a figura dos Embargos Declaratórios Prequestionadores que possuem como única função apontar a questão federal controvertida no acórdão recorrido.

---

<sup>118</sup> PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - EFEITO SUSPENSIVO - IMPOSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO DO ART. 12 DA LEI N. 1.533/51 - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 798 DO CPC - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - SÚMULAS 282 E 356 DO STF E 211 DO STJ - PRECEDENTES. - Configurada a violação ao preceito de lei federal no próprio acórdão recorrido, impõe-se a oposição dos embargos de declaração para que, satisfeito o requisito do prequestionamento torne-se viável a apreciação do recurso especial quanto ao tema (Súmula 211/STJ). - Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. - O recurso de apelação, em sede de mandado de segurança, contra a sentença denegatória não possui efeito suspensivo, em face da auto executoriedade da decisão proferida no "mandamus". - Recurso especial conhecido e parcialmente provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 463.769*. Segunda Turma. Ministro Relator Francisco Peçanha Martins. Data do Julgamento: 26.04.2005. DJU: 06.06.2005.



Angélica Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, em consonância com a jurisprudência do STJ, entendem que na hipótese de julgamento *ultra* ou *extra petita*, há possibilidade de interposição de Recurso Especial, por violação ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, expresso no art. 515, do CPC, desde que haja interposição de Embargos de Declaração, forçando a manifestação do Tribunal local sobre a irregularidade, pois há a necessidade de manifestação expressa.<sup>119</sup>

Agora, analisando a situação, percebe-se que tudo isso não passa de criação jurisprudencial. Quando há julgamento *extra*, *citra* ou *ultra petita* há necessidade de oposição de Embargos Declaratórios para que se possa apelar da sentença? Não há essa necessidade. Ainda que se entenda por oposição de Embargos, caso sejam acolhidos, terão efeitos infringentes, pois terão o condão de modificar por completo a decisão recorrida. O que se quer demonstrar é que os Embargos Declaratórios estão sendo utilizados com finalidade diversa da sua natureza, para criar a controvérsia sobre a questão não analisada no acórdão recorrido. Cassio Scarpinella Bueno manifesta-se em sentido semelhante:

Uma coisa é haver omissão, obscuridade ou contradição na decisão recorrida e estes vícios não serem devidamente corrigidos, mercê da oposição dos declaratórios ou, eventualmente, negar a este recurso seu natural caráter modificativo, na exata proporção em que a correção do vício influi no julgamento anterior. Outra, bastante diferente, é querer emprestar a este recurso uma função que ele não tem, qual seja, a de criar vícios de procedimento que não existem, rediscutir o que já foi, bem ou mal, discutido, ou introduzir questões e matérias para julgamento de forma tardia. Mais ainda: servirem os embargos de declaração como forma de dificultar ou impedir o acesso às Cortes Superiores na medida em que é difícil constatar um critério uniforme para saber quando e como eles devem ser interpostos e para qual finalidade.<sup>120</sup>

Ademais, se o entendimento é de que prequestionamento é a presença de questão federal no acórdão, em casos de julgamento *extra*, *citra* ou *ultra petita*, a questão está presente. O problema é que a irregularidade surge justamente nos moldes do acórdão, no seu conteúdo destoante com os pedidos iniciais. A exigência de Embargos Declaratórios é fora de propósito, no sentido de que não existe

---

<sup>119</sup> ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no Recurso Especial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 104, v. 397, maio/jul. 2008. p. 7

<sup>120</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3024>>. Acesso em: 27 fev. 2011.

legalmente tal obrigatoriedade e, como já dito, seus efeitos serão infringentes, pois modificarão o conteúdo da sentença, não sendo, até mesmo, o recurso indicado nessa situação, tamanha a gravidade do erro cometido. Não obstante, caso os Embargos de Declaração sejam aceitos e se proporcione a parte contrária o exercício do contraditório, o erro poderá ser perfeitamente corrigido e não haverá necessidade, nesse caso, de interposição de recurso especial. O problema aparece quando os Embargos Declaratórios são rejeitados e o que resta para a parte é apenas a interposição de recurso especial para sanar o vício.

A impressão que se tem é que as Súmulas 282 e 356<sup>121</sup>, criadas em 1963, na vigência da Constituição de 1946, já referidas no capítulo anterior, tornaram-se uma espécie de dogma jurisprudencial, pois apesar das mudanças constitucionais e de nossa atual Constituição não declarar expressamente a exigência de prequestionamento, continua-se a citar as Súmulas como se elas fossem algo intransponível. Atualmente, inclusive, criam-se instrumentos para viabilizar a aplicação das súmulas, como as situações esdrúxulas da necessidade de oposição de Embargos Declaratórios para tornar a questão federal controvertida.

A situação atual chega a ser assustadora, tamanha a formalidade e o rigorismo criados em cima dos Embargos de Declaração, pois, conjugada à Súmula 356, do STF, o STJ editou a Súmula 211, com o seguinte conteúdo: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”

Dessa forma, se houve omissão do Tribunal sobre determinada matéria e, interpostos Embargos de Declaração o tribunal não aceitá-los, não haverá prequestionamento, criando-se uma situação mais que absurda. Para consertar essa

---

<sup>121</sup> Há autores como Maria Cristina da Rosa Martinez que sustentam a exigência do prequestionamento, indicando a Súmula 356 como fundamento. In: Prequestionamento e Embargos de Declaração. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 54, n. 345, jul. 2006. p. 58. No entanto, como já demonstrado no ponto 1.1 do histórico do prequestionamento, referida súmula foi editada pelo STF, na vigência da Constituição de 1946, quando já não havia expressamente o requisito do prequestionamento, com o intuito de preservar o instituto já não mais existente. Sendo assim, referida Súmula não pode ser utilizada de base para manutenção da exigência. Ainda, a mesma autora, embora afirmando que o requisito já não mais existe na Constituição, afirma que “a discussão que circunda o prequestionamento quanto a ser ou não requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. (...) Os pressupostos de admissibilidade desses recursos estão postos na Constituição. Por via de consequência, não podem a lei infraconstitucional, a doutrina e a jurisprudência – ainda que dos Tribunais Superiores – muito menos ainda uma disposição sumular colocar outros óbices que não os já previstos na Constituição Federal.” In: Prequestionamento e Embargos de Declaração. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 54, n. 345, jul. 2006. p. 64. A própria autora coloca-se em contradição na sua argumentação.

orientação formal e preciosa, o STJ passou a firmar o entendimento de que, se o Tribunal de origem não aceitar os Embargos de Declaração, nos casos de omissão sobre questão levantada pela parte, será caso de recurso especial por argüição de contrariedade ou negativa de vigência do art. 535<sup>122</sup>, incisos I e II, do CPC. O recorrente não deverá insistir na indicação dos dispositivos que o acórdão deixou de examinar. Acolhido o recurso pelo STJ, o acórdão impugnado será anulado para que o Tribunal local julgue os declaratórios, enfrentando a questão omitida. Somente depois disso é que se viabilizará novo recurso especial sobre a questão já então prequestionada.<sup>123</sup>

Vale destacar que essa exigência de Embargos de Declaração para provocação do Tribunal inclui, na visão do STJ, também as questões de ordem pública. Assim, a não atuação de ofício do Tribunal é entendida como omissão e a parte deve interpor os Embargos para provocação do Tribunal acerca da questão que deveria ter sido examinada de ofício.<sup>124</sup>

Além disso, há a exigência de que a questão federal cogitada tenha sido argüida antes do acórdão recorrido, já que os Embargos de Declaração não se prestariam a inovar o objeto da causa, mas apenas suprir omissão de julgamento sobre o ponto que já o integrava.<sup>125</sup> “A oposição de embargos declaratórios para prequestionamento deve estar conjugada com a efetiva omissão, contradição ou obscuridade do acórdão embargado”.<sup>126</sup>

<sup>122</sup> Art. 535 - Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. BRASIL, *Código de Processo Civil*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

<sup>123</sup> “No julgamento dos embargos de declaração, o tema não foi sequer mencionado no voto-condutor do aresto, o que justifica o acolhimento da alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil com retorno dos autos à origem para novo julgamento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1117987-SP. Segunda Turma. Ministro Relator Castro Meira. Data do Julgamento: 17.08.2010. DJU: 26.08.2010. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1191413-MG. Segunda Turma. Ministro Relator Mauro Campbell Marques. Data do Julgamento: 16.09.2010. DJU: 08.10.2010. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1173538-MG. Primeira Turma. Ministro Relator Benedito Gonçalves. Data do Julgamento: 21.10.2010. DJU: 28.10.2010.

<sup>124</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. Mestre. Prequestionamento - nulidade do acórdão proferido pelo Tribunal local em virtude de omissão quanto a matéria de ordem pública (incompetência absoluta) - cabimento de embargos de declaração - inteligência dos enunciados 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ. *Revista de Processo*, ano. 26, n.103, jul./set., 2001. p. 205

<sup>125</sup> A impressão que se tem é a de que, especificamente, nessa hipótese, não se pensou nas questões de ordem pública, pois, como elas são passíveis de análise de ofício, elas podem ser alegadas em qualquer momento, ainda que seja nos Embargos de Declaração.

<sup>126</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento* nº 335.580-MG. Primeira Turma. Ministro Relator Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento: 24.09.2002. DJU: 25.11.2002.

Note-se que, tomando tal atitude, o STJ está se comportando como um Tribunal de Cassação<sup>127</sup> que, a princípio, não é sua função. Determinar o retorno dos autos, obrigando que o Tribunal local enfrente os Embargos de Declaração rejeitados é fazer com que o STJ tenha poder de obrigar um Tribunal a decidir diversamente do seu entendimento e, ainda, fazer com que sua decisão seja algo obrigatório, já que, nos acórdãos observados, não parecia haver opção para o Tribunal, se não enfrentar o tema declarado omissis pelo Superior Tribunal. Verifica-se, aqui, nitidamente, uma desvirtuação da função do STJ.<sup>128</sup>

Esse enredo todo serve apenas para preservar o requisito do prequestionamento. Note-se a quantidade de manobras que se realiza em prol da manutenção da exigência. Interessante é não apenas pensar nas idas e vindas do processo, mas no tempo que tudo isso descrito acima demora pra ocorrer, apenas para que concretize e “exigência constitucional”. Não faz sentido, em tempos que se preocupa tanto com a demora do processo, continuar-se com tamanho conservadorismo e inflexibilidade.

<sup>127</sup> Eduardo Ribeiro de Oliveira discorda dessa situação. Para o autor, no sistema da Cassação, o tribunal não procede ao julgamento da causa. “Entendendo que contrariada alguma norma, cassa a decisão e, estabelecendo a orientação jurídica a ser observada, determina que outra decisão se profira, disso incumbindo o mesmo tribunal que editou o primeiro julgamento ou um outro, o que varia nas diversas regulamentações existentes. Consoante nosso ordenamento, a causa é normalmente julgada, mas nos limites em que possa ser. Claro está que, se existente alguma nulidade, será reconhecida, devendo refazer-se o processo, a partir da fase em que se tenha ela verificado, e na medida em que prejudique os atos posteriores. Se a nulidade é apenas do julgamento – no caso relativo aos declaratórios – esse haverá de renovar-se.” In: Prequestionamento. *Revista de Processo*, ano 25, n. 97, jan./mar., 2000. p. 170. Apesar da opinião do autor, nesse caso, não se verifica distinção na atuação do Tribunal de Cassação e na atitude do STJ, pois o resultado é o mesmo: decisão cassada com reenvio para novo julgamento. No mesmo sentido, entendendo como correta a posição do STJ: MARTINEZ, Maria Cristina da Rosa Prequestionamento e Embargos de Declaração. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 54, n. 345, jul. 2006. p. 59. No sistema da cassação, o Tribunal apenas anula a decisão, procedendo ao reenvio da causa para outra Corte, a qual compete julgar o “fundo” da matéria. Já na revisão, o Tribunal, situado no ápice da organização judiciária, embora não deva funcionar como uma terceira instância, pode ele próprio rejulgar a causa, como faria qualquer outro Tribunal, o que muitas vezes leva a uma associação indevida entre revisão e terceira instância. KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 84

<sup>128</sup> Interessante referir o entendimento minoritário existente no STJ sobre o assunto: “Preliminarmente, apesar de ter sido provocada via embargos, a Corte *a quo* não aceitou o tema trazido à análise dos declaratórios. Desta forma, para que este recurso fosse conhecido, o mesmo deveria ter sido interposto alegando ofensa, também, ao art. 535, do Código de Processo Civil e não apenas às Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93, afastaria na espécie o enunciado contido na Súmula 211 desta Corte. Contudo, conforme votei no Resp nº 200.378/DF, j. em 21.09.1999, não podemos admitir que o rigor processual implique numa supressão de um direito, juridicamente reconhecido, ou, como na espécie, na implementação de um direito já julgado parcialmente existente e, neste ponto, limitado. Macularíamos, com isso, o princípio da segurança jurídica.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 525718-SP*. Quinta Turma. Ministro Relator Jorge Scartezini. Data do Julgamento: 05.08.2003. DJU: 13.10.2003.

Em nome de que se faz as manobras citadas acima? Segurança jurídica? Não, pois não há insegurança alguma em aceitar-se um recurso especial, com Embargos Declaratórios interpostos, mas não aceitos. A matéria federal existe, agora, só por que o Tribunal não quis analisá-la mesmo provocado pelos embargos, não significa que não houve o prequestionamento ou que não há a presença da questão federal. Fazer o processo voltar para obrigar o Tribunal a se manifestar e, assim cumprir o requisito, não condiz com nenhum princípio jurídico, se não com capricho e conservadorismo.

Percebe-se, dessa forma, o caos em que se encontra a questão do prequestionamento atualmente. Se o Tribunal local analisar de ofício alguma matéria de ordem pública, então restará configurado o prequestionamento necessário ao ingresso do recurso especial. Se, entretanto, o Tribunal for omissivo em analisar questão de ordem pública que se perceba somente após o prazo de 5 dias para oposição de Embargos Declaratórios, mas ainda dentro do prazo de 15 dias para interposição de recurso especial, nada mais poderá ser feito, pois o recurso não será aceito e a questão que até então era considerada de tamanha relevância, sendo tratada como de ordem pública e passível de análise de ofício, restará prejudicada e condenada ao esquecimento ou utilizar-se-á alguma manobra para viabilizar o ingresso de ação rescisória, contrariando tudo que se sabe sobre economia processual e efetividade da jurisdição.

### 2.2.2 Prequestionamento implícito e explícito

Em relação aos conceitos de prequestionamento implícito e explícito, nem a doutrina, nem a jurisprudência são unânimes. Percebe-se a complexidade da matéria em debate, pois nem ao menos no conceito de prequestionamento consegue-se chegar a um consenso, assim como não há opinião única a respeito de quando o prequestionamento é explícito ou implícito.

Na doutrina e na jurisprudência há, pelo menos, duas grandes correntes<sup>129</sup> a respeito do tema. A primeira concepção entende que o prequestionamento implícito

---

<sup>129</sup> É possível até encontrar outras opiniões que divergem dessas duas correntes, a exemplo de Roberto Carlos Martins Pires que defende a existência de três espécies de prequestionamento:

ocorre quando a tese jurídica é mencionada, mas não se aponta a norma jurídica violada, enquanto que o prequestionamento explícito ocorre quando a norma violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida.<sup>130</sup>

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui diversos precedentes que corroboram o referido entendimento, podendo-se até afirmar que essa classificação é a mais aceita atualmente e que esse é o entendimento atual do STJ quanto à matéria, sendo admissível recurso especial quando o prequestionamento é implícito.<sup>131</sup> No entanto, ainda há decisões que entendem haver necessidade de

---

implícito, explícito e numérico. O primeiro ocorreria quando o acórdão não debateu a questão ou emitiu juízo de valor, mas o teor de sua decisão contrariou dispositivo legal ou lhe deu interpretação divergente. O segundo ocorreria quando o acórdão debate a questão e emite juízo de valor, contrariando dispositivo legal ou dando interpretação divergente, sem que seja citado expressamente o dispositivo legal. O último, por fim, ocorreria quando houvesse menção expressa do dispositivo legal com vigência negada ou interpretação divergente. In: O Pquestionamento nos Recursos Especial e Extraordinário: considerações e análise crítica. *Revista Processo*. São Paulo, ano 32, n.144, fev. 2007.p. 125-126

<sup>130</sup> Seguindo referida concepção, temos: Nelson Luiz Pinto afirmando que “a admissibilidade do prequestionamento implícito pelo Superior Tribunal de Justiça reduziu significativamente o enunciado da Súmula 356, uma vez que, como se observou, não se faz necessário que seja mencionado no acórdão recorrido o dispositivo legal que se alega ter sido violado, bastando que a questão federal tenha sido enfrentada e decidida nas instâncias inferiores.” PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o STJ – teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 191; Perseu Gentil Negrão entende que o “prequestionamento explícito é aquele onde houve expressa menção a determinado texto de lei. Já o prequestionamento implícito é aquele onde determinado texto de lei foi examinado, mas não referido expressamente ou de modo claro.” NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial - doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 53; Cândido Rangel Dinamarco afirma que “o chamado prequestionamento implícito há de ser suficiente, desde que esteja fora de dúvida a intenção das partes em discutir a causa sobre fundamentos ligados à ordem jurídica federal. Calcada a discussão sobre determinada categoria jurídica (v.g., vícios de consentimento, responsabilidade civil extracontratual, a regra *pacta sunt servanda* etc.), consideram-se prequestionados os pontos referentes à disciplina dessa categoria na lei, ainda que a parte ou o acórdão não haja feito expressa alusão a artigos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Superior Tribunal de Justiça e o acesso à ordem jurídica justa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 255. Além dos autores citados, há: SOUZA, Jurandir Fernandes. Aspectos práticos da interposição dos recursos extraordinário e especial. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 82, v. 693, jul., 1993. p. 97; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Dos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*, ano 16, n. 62, abr./jun., 1991. p. 246.

<sup>131</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. PENSÃO POR MORTE. LEI ESTADUAL N.º 7.551/77 E LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 43/02. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 6.º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. ANÁLISE REFLEXA DA LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA N.º 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, sendo certo que é desnecessário o prequestionamento explícito a fim de viabilizar o acesso a esta Corte Superior de Justiça, bastando que a matéria aduzida no recurso especial tenha sido objeto de manifestação pelo Tribunal a quo, sem que seja necessário o pronunciamento específico sobre os dispositivos legais correspondentes. (...) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1266387/PE*. Quinta Turma. Ministra Relatora Laurita Vaz. Data do Julgamento: 20.04.2010. DJU: 10.05.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 jun. 2010. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

prequestionamento explícito, constituindo falha de fundamentação caso não sejam indicados os dispositivos violados.<sup>132</sup>

Para outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a discussão foi posta em primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, assim, recusaria implicitamente a matéria. Explícito, seria quando houvesse menção expressa acerca da matéria no acórdão.<sup>133</sup>

---

OMISSÃO. AUSÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMISSÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORMAÇÃO. PROCURAÇÃO DO AGRAVADO. EXISTÊNCIA. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA 7/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE BEM PENHORADO POR PRECATÓRIO SEM ANUÊNCIA DO CREDOR. INVIABILIDADE. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. O prequestionamento implícito da matéria suscitada é aceito pacificamente por esta Corte, que assevera que 'o prequestionamento exigido para o conhecimento do recurso especial pode ser implícito' (EResp 161.419/RS, Corte Especial, Dje 10.11.2008). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1148493/SP*. Segunda Turma. Ministro Relator Castro Meira. Data do Julgamento: 15.04.2010. DJU: 29.04.2010.

<sup>132</sup> PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NÃO PREQUESTIONADA. POSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE SOMENTE NOS CASOS EM QUE O RECURSO ESPECIAL COMPORTA CONHECIMENTO. EFEITO TRANSLATIVO. 1. Como regra, esta Corte exige o prequestionamento para as questões de ordem pública. Entretanto, permite-se a análise dessas matérias quando o recurso especial supera o juízo de admissibilidade por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes. 2. Nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456/STF, conhecido o recurso especial, compete a este Tribunal julgar a causa, aplicando o direito à espécie. 3. A ausência de indicação do dispositivo de lei a que se teria dado interpretação divergente caracteriza deficiência na fundamentação do recurso especial. Incidência da Súmula n. 284/STF. 4. Não conhecido o recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional, inviável o exame de questão de ordem pública suscitada em sede de agravo regimental. 5. Agravo regimental improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1195857/MG*. Quinta Turma. Ministro Relator Jorge Mussi. Data do Julgamento: 09.03.2010. DJU: 12.04.2010.

<sup>133</sup> Nesse sentido: Carlos Mário da Silva Velloso diz que "o que sustento é que a questão federal haja sido posta, podendo ocorrer a figura do prequestionamento implícito. Questão nova, evidentemente, não pode ser suscitada no recurso especial, porque representaria inovação, que a teoria geral dos recursos repele. O prequestionamento implícito, porém, parece-me perfeitamente cabível. Ele resulta do fato de a questão ter sido posta, por exemplo, na apelação ou nas contrarrazões desta, recusando-a o Tribunal, implicitamente. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Recurso Especial e o Recurso Extraordinário na Constituição*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 225-249; Nelson Nery Junior afirma que "para o STF o prequestionamento tem de ser explícito, isto é, o acórdão tem que decidir efetivamente a questão, ao passo que o STJ tem admitido o prequestionamento implícito, que ocorre quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau mas não mencionada no acórdão." NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 247; Antônio Janyr Dall'Agnol Junior também defende referida teoria disciplinando que "não raro, o tema pode ter sido implicitamente questionado, não só quando já discutido anteriormente, mas não repetido pelo órgão recursal ordinário, como quando suposto pela decisão que se alcança." DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 19, n. 74, abr./jun., 1994. p. 121; Hubert Vernon L. Nowill entende que "a ofensa à lei, e hoje, a negação de sua vigência, pode ser oblíqua, indireta, disfarçada e até negada." NOWILL, Hubert Vernon L. Recurso extraordinário – Pquestionamento (Súmulas ns. 282 e 356 do STF) – Interpretação razoável da lei (Súmula 400). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 64, v. 480, out., 1975. p. 248. No mesmo sentido, possuem o mesmo entendimento: CUNHA, Guilherme Caldas da. Controle de Constitucional do

Esse entendimento de prequestionamento implícito, embora defendido por autores renomados, na jurisprudência já se apresenta de forma ultrapassada.<sup>134</sup> Essa teoria já constou em alguns julgados do STJ, no entanto, tais decisões são antigas, predominando, hoje, o entendimento anterior, conforme já demonstrado.

Embora esses dois entendimentos expostos acima sobre prequestionamento tenham autores renomado como defensores, há quem discorde desses com outro posicionamento como o defendido por José Miguel Garcia Medina. Referido autor defende que os entendimentos expostos anteriormente são equivocados, pois confundem prequestionamento com presença de questão constitucional ou federal. O prequestionamento seria a atividade anterior das partes, perante a instância ordinária, apta a provocar a manifestação do órgão julgador acerca da questão federal ou constitucional. Assim, o primeiro entendimento estaria equivocado, pois toma por base a existência ou inexistência de menção expressa ao texto constitucional ou à lei federal que se reputa violado. Assim, a discussão não giraria em torno do prequestionamento realizado pelas partes, mas em relação à presença ou não de questão federal ou constitucional na decisão recorrida.<sup>135</sup>

Dessa forma, não haveria que se diferenciar prequestionamento implícito de explícito, primeiro, porque não se trataria de prequestionamento propriamente dito, mas de questão federal ou constitucional que se apresenta na decisão recorrida e, em segundo, porque a decisão poderia ser ilegal ou inconstitucional mesmo que não haja menção expressa à letra da norma supostamente violada.

Igualmente, o segundo entendimento referido e defendido, também, por autores de renome pareceria equivocado no entendimento de José Miguel Garcia

---

cabimento do recurso especial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 704, jun., 1994. p. 38 e, Miguel Francisco Urbano. Prequestionamento – Análise de uma inovação introduzida pelo STF e pelo STJ. *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo*, v. 19, n. 4, abr., 1995. p. 12

<sup>134</sup> (...) ADMISSÃO, NO CASO DOS AUTOS, DO PREQUESTIONAMENTO DECORRENTE DO CONJUNTO DE EXPLICITAS ALEGAÇÕES DAS PARTES (...).BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 444/RJ*. Quarta Turma. Ministro Relator Athos Carneiro. Data do Julgamento: 07.08.1990. DJU: 15.10.1990 p. 11191. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 jun. 2010. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTARIO. AGRAVO REGIMENTAL. 1. O RECURSO ESPECIAL SO E CONHECIDO, ACEITANDO O PREQUESTIONAMENTO IMPLICITO, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS DETERMINADAS PELA EXPANSÃO COM QUE OS TEMAS JURIDICOS FORAM DISCUTIDOS NO ACORDÃO E NO RECURSO, GUARDANDO HARMONIA. (...) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº111618/RS*. Primeira Turma. Ministro Relator José Delgado. Data do Julgamento: 14.08.1997. DJU: 22.09.1997 p. 46333.

<sup>135</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 321



Medina. De acordo com o posicionamento referido, prequestionamento implícito ocorre quando a questão foi posta em discussão perante a instância ordinária, mas não mencionada pela decisão que, apesar disso, a recusaria implicitamente. Aqui também há confusão entre prequestionamento realizado pelas partes com a decisão sobre questão constitucional ou federal. Na hipótese mencionada, ocorre, inclusive, prequestionamento explícito, pois houve perante a instância ordinária manifestação expressa das partes a respeito. O que não ocorreu foi manifestação expressa da decisão proferida acerca da questão constitucional ou federal.<sup>136</sup>

Não obstante o exposto, fato é que se confunde o prequestionamento com a presença de questão federal no acórdão recorrido. Esqueceu-se a origem do instituto e toda a sua evolução. O caos de argumentações e a quantidade de teorias surgidas em torno do prequestionamento e de sua necessidade ou não fez com que o instituto tivesse até o seu conceito modificado, sendo que hoje é praticamente impossível sustentar-se a definição original.

Dessa forma, de acordo com a argumentação do José Miguel Garcia Medina, fato é que o prequestionamento hoje é entendido como manifestação do Tribunal local acerca de determinada questão federal e o próprio autor encerra sua argumentação admitindo isso, tanto que deixa claro utilizar no seu trabalho o conceito de prequestionamento como manifestação das partes no sentido de que a questão seja examinada pela decisão recorrida e como decisão judicial de única ou última instância sobre questão federal.<sup>137</sup>

O que se quer evidenciar é que o instituto tinha um significado e ao longo do tempo foi transformado de tal forma que não é mais possível voltar ao que era antes. Identificar prequestionamento como atividade anterior das partes, hoje, provocaria talvez mais problemas dos que já existem. O melhor é identificar o prequestionamento como presença de questão federal (como já mencionado anteriormente) e tentar definir, partindo dessa premissa, o que é prequestionamento implícito e explícito.

Deixa-se claro, aqui, que o primeiro entendimento parece ser o mais adequado. Se foram mencionados ou não os artigos violados, isso é irrelevante para

---

<sup>136</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 323

<sup>137</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e Repercussão Geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 120

ser aceito o recurso especial. O adjetivo “implícito” significa, justamente, que, embora tenha o ponto controvertido tenha sido discutido em confronto com as prescrições genéricas do ordenamento, o acórdão guerreado não fez menção expressa ao artigo de lei que contém a informação com base na qual se decidiu. Essa idéia baseia-se no conceito de que as normas jurídicas são proposições que emanam de enunciados prescritivos, não havendo necessidade de transcrever ou enunciar os tais artigos, já que a Lei de Introdução ao Código Civil determina que a ninguém é lícito alegar o desconhecimento da lei, muito mais o órgão jurisdicional incumbido de suas homogeneização.<sup>138</sup> Esse é o entendimento, adotado pela Corte Especial do STJ, no REsp 155621-SP:

São numerosos os julgados nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência à lei, desde que a tese jurídica nele tenha sido debatida e apreciada. A isso se chama prequestionamento implícito. A regra é que o acórdão tenha sido explícito no exame da norma. Mas, pode a tese jurídica aflorar da própria fundamentação do acórdão sem que tenha havido qualquer menção ao número e à letra do texto legal. Ai, estaremos em face do prequestionamento implícito.<sup>139</sup>

Exigir excessos de formalidades como a obrigatoriedade de se mencionar os artigos é algo extremamente exagerado e que nitidamente constituiria mais uma barreira à interposição de recurso. Mencionar a tese é o bastante, sendo, assim, irrelevante a distinção entre prequestionamento implícito e explícito, pois, independente da classificação, o prequestionamento restará configurado. Egas Dirceu Moniz de Aragão já manifestava sua opinião nesse sentido em 1994:

Tem-se admitido como tacitamente pré-questionado tema a cujo respeito o tribunal emitira julgamento, embora sem referir à norma legal incidente. Mas parece que em tais casos o problema nem se apresenta, pois, se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria “questionada” e isso é o quanto basta.<sup>140</sup>

<sup>138</sup> KLIPPEL, Rodrigo. O prequestionamento e a jurisprudência recente do STJ e do STF. *Revista Autônoma de Processo*. Curitiba: Juruá, n. 3, abr./jun., 2007. p. 388-389

<sup>139</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 155621-SP*, Corte Especial, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Data do Julgamento 02.06.1999, Data da Publicação. 13.09.1999.

<sup>140</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Pré-questionamento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 90, v. 328, out./dez., 1994. p. 43. No mesmo sentido, afirmam Angélica Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim: “... a distinção entre prequestionamento explícito e implícito carece de sentido para aqueles que, como nós, utilizam a expressão prequestionamento com o significado de que deve haver

Deve-se, então, considerar que todas as questões surgidas, seja direta ou indiretamente, no próprio julgamento, contra o qual o recurso é interposto, estão questionadas. “Do contrário, o processo voltará a ser o campo minado que a doutrina moderna proscreve, no qual a realização do Direito nem sempre era o objetivo primordial.”<sup>141</sup>

Assim, preenche-se o requisito do prequestionamento com a presença, na decisão recorrida, da questão federal que se quer ver analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Partindo dessa premissa, torna-se inócua a discussão quanto à possibilidade do chamado prequestionamento implícito.<sup>142</sup>

### 2.2.3 Efeito translativo do recurso especial

Todos os recursos têm como objetivo permitir a possibilidade de uma nova decisão a quem os interpôs. No entanto, para saber ou delimitar as matérias que serão suscetíveis de reexame, deve-se analisar alguns efeitos inerentes aos recursos, sendo um deles o efeito translativo ou de transferência.

No entanto, referido efeito é geralmente atribuído somente aos recursos ordinários, e não aos excepcionais como o recurso extraordinário e o recurso especial. A doutrina, em sua grande maioria<sup>143</sup>, defende que não há efeito translativo

---

decisão do tribunal local sobre a questão federal que se pretende discutir no especial. Com efeito, só se deve nominar dois institutos de forma diferente, se a elas correspondem realidades distintas.” In: Aspectos atinentes ao prequestionamento no Recurso Especial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 104, v. 397, maio/jul. 2008. p. 21

<sup>141</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Pré-questionamento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 90, v. 328, out./dez., 1994. p. 44

<sup>142</sup> DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. 3. v. p. 260

<sup>143</sup> “Não há efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores (CF 102 III e 105 III).” NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 487-488; “Pelos peculiaridades do sistema processual civil, no entanto, o “efeito translativo” não se aplica ao recurso extraordinário, ao recurso especial (...). Para aqueles dois recursos, a exigência constitucional de prévia “causa decidida” afasta a incidência das regras codificadas que permitem a atuação oficiosa dos Tribunais “em qualquer tempo ou grau de jurisdição” (...).BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Recursos. Processos. Incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008. 5 v. p. 82; “Todavia, há acórdãos que adotam

nos remédios excepcionais. Uma das justificativas é que o art. 515, do Código de Processo Civil não teria o condão de ampliar a competência dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, que possuem regramento constitucional. Outro motivo seria o fato de os Tribunais somente poderem conhecer a matéria decidida e impugnada.

Ocorre que o efeito translativo não decorre apenas da previsão do art. 515, do CPC, mas também da necessidade de coerência que deve haver em um ordenamento que pretende afastar situações que violam bem jurídico considerado de interesse social, como são as matérias de ordem pública. “Quem tem essa compreensão, entende que o efeito translativo encontra-se na própria definição do princípio do devido processo legal.”<sup>144</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, contrariando boa parte da doutrina, já está adotando o entendimento de que o efeito translativo é cabível, quando da análise de questão de ordem pública não prequestionada. Assim, o STJ está admitindo o efeito translativo para analisar questões de ordem pública não prequestionadas, quando o recurso é admitido por matéria diversa, com o requisito constitucional devidamente preenchido.<sup>145</sup>

---

uma linha menos rigorosa. Encampam orientação no sentido de que é possível ao STJ vir a conhecer *ex officio* de determinadas matérias em recurso especial, tal como se de recurso ordinário se tratasse, desde que o recurso especial seja conhecido (isto é, desde que presentes os pressupostos de admissibilidade desse recurso). Segundo entendemos, não parece ser esta a posição que melhor se coaduna com as funções a serem exercidas por um tribunal superior, encarregado de uniformizar o entendimento em matéria federal, e circunscritamente ao que haja sido objeto de efetiva decisão. Deveras o art. 105, III, da Constituição fala em “causas decididas”, requisito intransponível para o cabimento do recurso especial. Assim, não nos parece possível que o STJ, em sede de recurso especial, aprecie matérias cognoscíveis *ex officio* sem que tenha havido sobre elas deliberação expressa.” ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no Recurso Especial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 104, v. 397, maio/jul. 2008. p. 24-25

<sup>144</sup> CARVALHO, Patrícia Torres Barreto Costa. Efeito translativo nos recursos excepcionais. *Revista de processo*. São Paulo, ano 34, n.171, maio, 2009. p. 273

<sup>145</sup> “(...) O efeito translativo do recurso especial, no qual é possível a análise de questão de ordem pública em sede de recurso especial ainda que ausente o prequestionamento, somente se verifica após a abertura da instância especial, o que não ocorreu na hipótese, visto que o recurso sequer foi conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 733655/PR*. Segunda Turma. Ministro Relator Mauro Campbell Marques. Data do Julgamento: 09.02.2010. DJU: 26.02.2010. “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. FALHA DO PODER JUDICIÁRIO. OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO À UNIÃO FEDERAL. NULIDADE PROCESSUAL. 1. “O Recurso Especial é apelo extremo, cuja fundamentação é vinculada, sendo defeso o exame de qualquer matéria, inclusive de ordem pública, caso a mesma não tenha sido objeto de discussão na origem” (EDcl no AgRg no REsp 510930/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 07.11.2005). 2. Entrementes, a jurisprudência majoritária desta Corte Superior tem admitido, em caráter excepcional, a mitigação desta regra na instância extraordinária, se o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos. (Precedentes: REsp 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ

Desse modo, como o Tribunal admite o recurso sob qualquer fundamento, não é admissível a possibilidade de “fazer de conta” que não viu o vício característico de nulidade absoluta e deixar passar.<sup>146</sup> Essa posição se coaduna com o que refere a Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do Recurso Extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.” A mesma disposição é encontrada no art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.” A própria Constituição determina, no art. 105, inciso III, que o STJ deverá julgar a causa já decidida.

Tal atitude do STJ faz com que se perceba uma mudança de conceitos um tanto quanto radical, para que sejam minimizados os danos causados pelo excesso de formalidade quanto ao prequestionamento e o problema das questões passíveis de serem analisadas de ofício. O importante aqui é frisar o atual entendimento de grande parte dos julgados do STJ de que cabe no recurso especial a aplicação do efeito translativo.

No entanto, a aceitação do efeito translativo em recurso especial ainda encontra resistência, não só pela doutrina, como por alguns Ministros do STJ<sup>147</sup>.

---

30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660519/CE, DJ 07.11.2005) 3. In casu, evidencia-se a necessidade de decretação da nulidade processual, advinda de falha do Poder Judiciário, consubstanciado no retardamento da juntada aos autos de petição em que a Fazenda Nacional informa a condição da empresa recorrida de devedora do sistema da seguridade social, o que impede a fruição de qualquer incentivo fiscal, nos termos do art. 195, § 3º, da CF/88, in verbis: “§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.” 4. É que dessume-se dos autos que a referida petição restou protocolada em 29/01/01 (fl. 800), tendo sido anexada aos autos somente em 05/08/02 (fl. 799-v), após o julgamento da apelação (em 21/06/01) e da oposição dos embargos declaratórios, impingindo à União Federal notório prejuízo. 5. O sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, de sorte que a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada de ofício pelo Juiz. 6. Recurso especial da Fazenda Nacional provido para reformar o acórdão recorrido e determinar o mero retorno dos autos à instância ordinária, para que proceda ao exame do mérito da apelação, considerando a petição protocolada pela Fazenda Nacional, prejudicadas as demais questões suscitadas. Recurso especial da empresa prejudicado.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 656399/PE*. Primeira Turma. Ministro Relator Luiz Fux. Data do Julgamento: 18.08.2009. DJU: 16.09.2009.

<sup>146</sup> CARVALHO, Patrícia Torres Barreto Costa. Efeito translativo nos recursos excepcionais. *Revista de processo*. São Paulo, ano 34, n.171, maio, 2009. p. 274

<sup>147</sup> AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA AGITADA NO RECURSO ESPECIAL, A DESPEITO DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MATÉRIA NÃO DECIDIDA - NECESSIDADE DE APONTAR AFRONTA AO ART. 535 DO CPC (SÚMULA 211/STJ) - ALEGADA INCIDÊNCIA DE EFEITO EXPANSIVO E TRANSLATIVO NO RECURSO ESPECIAL - IMPOSSIBILIDADE -

Percebe-se que em relação ao assunto objeto deste trabalho, nada é unânime, muito menos pacífico, razão pela qual se reforça a necessidade de maior discussão sobre o tema. Com relação ao efeito translativo estar sendo aceito, entende-se como boa evolução e reconhecimento pelo STJ da gravidade de ignorar-se as questões de ordem pública.

Cabe, aqui, apenas frisar a distinção que autores como Fredie Didier Jr.<sup>148</sup> e Nelson Nery Jr.<sup>149</sup> fazem em relação aos limites do efeito devolutivo e do efeito translativo. Os limites horizontais seriam determinados pelo efeito devolutivo, enquanto que os efeitos verticais corresponderiam ao efeito translativo. Cabe ao efeito devolutivo delimitar o que se pode decidir, e ao efeito translativo o material com o qual o tribunal *ad quem* trabalhará para decidir a questão que lhe foi submetida. O efeito devolutivo (extensão) estaria relacionado ao objeto litigioso do recurso (questão principal) e o efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo) estaria relacionado ao objeto de conhecimento do recurso, às questões que deveriam ser examinadas pelo órgão *ad quem* como fundamento para a solução do objeto litigioso recursal.

No mesmo sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica, afirma que os argumentos que sustentam a impossibilidade de reconhecimento *ex officio* de questões de ordem pública pelo STJ, levam em consideração a restrição do efeito devolutivo do recurso especial (fundamentação vinculada). A esses argumentos é possível objetar, segundo o autor, pois a restrição ao efeito devolutivo opera em extensão, mas não em profundidade, de maneira que as questões que se põem como premissa lógica à solução daquelas submetidas à devolução recursal também nela estão compreendidas (avultam, aqui, justamente as questões atinentes às condições da ação e pressupostos processuais).<sup>150</sup>

---

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - Os efeitos translativo e expansivo, inerentes ao recurso ordinário, não encontram espaço no recurso especial, notadamente diante da imposição constitucional do prequestionamento da matéria na instância ordinária, para autorizar o acesso à instância especial. - Agravo regimental improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº721434/SP, Quarta Turma. Ministro Relator Hélio Quaglia Barbosa. Data do Julgamento 14.11.2006. DJU 04.12.2006.

<sup>148</sup> DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. 3. v. p. 85-86

<sup>149</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 482-489

<sup>150</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 223

### 2.3 As questões de ordem pública

As questões de ordem pública se enquadram na categoria de conceitos indeterminados, ou seja, não há uma definição exata e única. A conceituação é variável e depende, ainda, da observação dos valores sociais em um determinado momento histórico. Não, portanto, um conceito estático, mas dinâmico e externo, é conjuntural, não é genérico nem absoluto.<sup>151</sup>

Definir o que é questão de ordem pública, assim, é atividade constante e que varia no tempo, tendo como característica marcante o fato de se sobrepor aos interesses dos partícipes da relação jurídica. Caracterizam-se, também, por transcender o interesse da parte, porque atinge o que é resguardado ao âmbito do interesse público. Além do mais, essas questões são insuscetíveis de preclusão, podendo ser examinadas em qualquer grau de jurisdição de ofício.<sup>152</sup>

Assim, no campo do direito processual, tudo que diz respeito à relação processual, quer no tocante a sua constituição, quer no relativo ao seu desenvolvimento regular é verificável de ofício. Tudo pertinente às chamadas condições da ação, igualmente, como o que diga respeito as nulidades chamadas insanáveis, ou seja, as derivadas de atipicidade relevante do ato que afeta os fins de justiça do processo.<sup>153</sup>

Ainda que sejam questões de conceito indeterminado, a lei processual tratou de colocar, expressamente, algumas normas que devem ser consideradas de ordem pública e passivas de análise de ofício. Assim, ainda que se possa considerar como de ordem pública outras normas, há aquelas que o legislador elegeu como primordiais e que constam positivadas no Código de Processo Civil.

Abaixo far-se-á uma análise quanto às matérias expressamente definidas como de ordem pública no Código de Processo Civil, assim como serão feitas considerações acerca do problema do impedimento da análise de ofício no recurso especial, que implica em uma suposta preclusão da matéria, já que, ultrapassada a

---

<sup>151</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Recurso especial: questão de ordem pública: prequestionamento. Brasília: BDJur, mar., 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19749>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

<sup>152</sup> CARVALHO, Patrícia Torres Barreto Costa. Efeito translativo nos recursos excepcionais. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, n. 171, maio, 2009. p. 267

<sup>153</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 3 v. p. 389

primeira e segunda instâncias, as questões de ordem pública perdem sua condição de serem analisadas de ofício, passando a ser necessário o seu prequestionamento.

### 2.3.1 Matérias definidas como de ordem pública

Modernamente, não se aceita mais a figura do juiz passivo, absolutamente estranho ao litígio e à causa *sub judice*. Nesse sentido, além de questões processuais, há, seguramente, questões de direito material que, por força de seu ofício, o juiz não poderá desconhecer. Necessário, assim, fazer uma releitura do art. 128, do CPC: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.” Isso equivale a dizer que o juiz não conhecerá de questões que dependem de alegação da parte. O que se pretende aqui, no entanto, é explorar o final do dispositivo citado interpretando-o a *contrario sensu*, ou seja, há que se estabelecer um campo normativo-conceitual que estabeleça uma hipótese geral de iniciativa judicial da decisão de mérito.<sup>154</sup>

Explicitamente, o ordenamento processual reconhece que certas matérias poderão ser conhecidas *ex officio*. Trata-se do art. 303, do CPC, que estabelece: “Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: (...) II - competir ao juiz conhecer delas de ofício”. Assim, a questão básica é equacionar a tensão entre os arts. 128 e 303, II, *contrario sensu*, do Código de Processo Civil. O conceito que emerge disso é o de objeção.<sup>155</sup> Pontes de Miranda foi um dos precursores na utilização da expressão *objeção*, salientando que o direito brasileiro, que usa a palavra *exceção* em todos os sentidos possíveis, tem de distinguir a objeção da exceção.<sup>156</sup> Não há no CPC nada explícito quanto à diferenciação, mas doutrinariamente, é possível construir-se o conceito e a separação dos institutos.

Cabe ao magistrado, assim, na análise da causa, não se ater somente ao pedido das partes, mas também pronunciar-se sobre as objeções, enquadradas nas matérias denominadas de ordem pública. Essas matérias foram elevadas à

<sup>154</sup> KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 175-176

<sup>155</sup> KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 177

<sup>156</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 161 a 272. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 3. v. p. 133



categoria de ordem pública com possibilidade de análise de ofício por serem fundamentais ao deslinde da causa e por terem o condão de definir um processo, antes mesmo da análise das questões de mérito.

Importante salientar a distinção entre as exceções e as objeções. As exceções são as matérias que só podem ser enfrentadas pelo juiz com a manifestação das partes, pois, sem essa, não há possibilidade de análise pelo juiz. A exceção é um verdadeiro contradireito do réu, que ele exercita com o intuito de elidir as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor.<sup>157</sup> As objeções, pelo contrário, não necessitam da manifestação das partes, podendo ser examinadas *ex officio*<sup>158</sup>.

Há fatos extintivos ou impeditivos que, embora provados nos autos, não impedem que o juiz prolate uma sentença favorável ao autor, podendo ele, portanto, deixar de levá-los em consideração, por motivo de não terem sido alegados pelo réu. Fazendo isso, o julgador não profere uma sentença injusta, no sentido de sentença que inova contra o direito. No entanto, existem outros fatos extintivos e impeditivos que, uma vez provados nos autos, necessitam a consideração do magistrado, sob pena de, desconhecendo-os, proferir uma sentença injusta, inovando contra o direito. No primeiro caso, trata-se das exceções, pois sua existência não é obstáculo à prolação de uma sentença justa, sendo, por isso, necessária a reclamação da parte para o conhecimento do juiz, sob pena de violação ao princípio da demanda. No segundo caso, tem-se uma objeção, pois sua objeção impede a prolação de uma sentença favorável que será sempre injusta (contrária ao direito), se não forem aqueles fatos considerados pelo juiz, tendo havido ou não provocação do interessado.<sup>159</sup>

Nesse sentido, destacam-se as palavras de Ovídio Baptista da Silva:

Essa distinção conceitual é relevante por dois motivos: sem arguição expressa do réu, o juiz não poderá julgar improcedente a ação, com fundamento nalguma exceção substancial, o que significa que as exceções não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz; sob o ponto

---

<sup>157</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 3 v. p. 341

<sup>158</sup> Agir de ofício nada mais é que exercer o *officium iudicis*, ou seja, é um poder inerente ao juiz conferido pela lei (por exemplo, arts. 113, 267 e 301, do CPC, conforme se verá adiante) agir *ex officio* sobre determinadas matérias, como as objeções que são também matérias de ordem pública.

<sup>159</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 3 v. p. 342

de vista probatório também se destaca a diferença entre a contestação simples e a oposição, por parte do réu, de alguma exceção substancial; se ele arguir exceção, cabe-lhe, naturalmente, o ônus de prová-la (...). Deve-se, igualmente, distinguir entre as verdadeiras exceções substanciais e as denominadas *objeções*. Estas, como as exceções, impedem o prosseguimento da ação, mas podem e devem ser conhecidas *de ofício* pelo juiz.<sup>160</sup>

Distinguem-se, ainda, as objeções em materiais ou substanciais e processuais. As objeções substanciais são, por exemplo, a prescrição e a decadência. São temas de direito material que podem ser conhecidas pelo juiz, sem que as partes se manifestem a respeito. É um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde, para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado.<sup>161</sup> As objeções processuais, por sua vez, dizem respeito à relação jurídica processual, seja quanto à constituição, seja quanto ao desenvolvimento regular do processo e englobam as condições da ação, os pressupostos processuais.

Entende-se como de ordem pública, matérias cujo vício não atinge só o puro interesse particular das partes, e, sim, o interesse de toda a coletividade, de toda a ordem jurídica, ou seja, o interesse público. Justamente por essa razão que pode ser reconhecida, independentemente, de alegação das partes. As nulidades absolutas de índole processual se incluem no rol das matérias de ordem pública.<sup>162</sup>

As matérias definidas como de ordem pública, dentro da esfera processual, são, basicamente, os pressupostos processuais de existência, de validade e os negativos, e as condições da ação. Essas matérias constam, principalmente, em três artigos do Código de Processo Civil: arts. 113, 267 e 301. Contudo as matérias de ordem pública não se restringem a esses dispositivos, pois podem incluir todas as situações que tenham o condão de ensejar vícios que maculem o processo.

O art. 113, do CPC, prescreve que a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

<sup>160</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1 v. p. 318

<sup>161</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 3 v. p. 341

<sup>162</sup> AURELLI, Arlete Inês. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de requestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 23, n. 89, jan./mar., 1998. p. 277

O art. 267, do CPC, enumera as hipóteses que determinam a extinção do processo, sem resolução de mérito. O § 3º dispõe que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não for proferida a sentença de mérito, as matérias constantes nos incisos IV, V e VI. Esses incisos compreendem: a) a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; b) o reconhecimento de perempção, litispendência ou de coisa julgada; c) a não ocorrência de qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Merece ser feita uma observação quanto à expressão “enquanto não for proferida a sentença de mérito”. Essa denominação não retira ao julgamento dos tribunais as características, que lhe são inatas, de sentenças ou decisões, mesmo despachos. Ainda, de acordo com o art. 512, do CPC, “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”, ou seja, para os fins e efeitos do disposto nesse parágrafo, sentença de mérito é a que definir com caráter final, aplicando-se, portanto, o preceito do texto, também aos tribunais superiores, julgando originariamente ou em grau de recurso.<sup>163</sup>

O art. 301, do CPC, traz uma enumeração de diversas questões que devem ser analisadas preliminarmente pelo juiz, portanto, antes da análise da questão de mérito: a) inexistência ou nulidade da citação; b) incompetência absoluta; c) inépcia da petição inicial; d) perempção; d) litispendência; e) coisa julgada; f) conexão; g) incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; h) carência de ação; i) falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar. Excetuando-se a convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral), o § 4º, do art. 301, traz, expressamente, a autorização para que o juiz conheça todas essas matérias de ofício.

Os pressupostos processuais<sup>164</sup> são as exigências legais que, quando não atendidas, impedem o estabelecimento do processo ou o seu desenvolvimento

---

<sup>163</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2 p. 411

<sup>164</sup> Fredie Didier Jr. faz uma ressalva quanto à expressão “pressupostos processuais”. O autor afirma que pressuposto é tudo aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica. Já requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade. Assim, seria mais técnico falar em requisitos de validade, ao invés de pressupostos de validade. Pressupostos processuais é terminologia que deveria ser reservada apenas quando se referisse aos pressupostos de existência. No entanto, o próprio autor reconhece que a expressão está consagrada na doutrina e na lei. In: *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2010. 1. v. p. 230

válido, não atingindo, conseqüentemente, a sentença que deveria apreciar o mérito. São os requisitos jurídicos para a validade e a eficácia da relação processual. Os pressupostos, assim, são necessários para a análise de viabilidade do exercício do direito de ação sob o ponto de vista estritamente processual. O reconhecimento da ausência dos pressupostos processuais leva ao impedimento da instauração da relação processual ou à nulidade do processo.

Os pressupostos processuais costumam ser classificados em<sup>165</sup>: a) pressupostos de existência, que são os requisitos para que a relação processual se constitua validamente; b) pressupostos de desenvolvimento, que são os que devem ser atendidos, depois do estabelecimento regular do processo, a fim de que possa ter curso também regular, até a sentença de mérito ou a providência jurisdicional definitiva.

Os pressupostos de existência válida ou de desenvolvimento regular do processo são, por sua vez, classificados em subjetivos e objetivos.

Os subjetivos relacionam-se com os sujeitos do processo – juiz e partes – e compreendem: a) a competência do juiz para a causa; b) a capacidade civil das partes; c) a representação por advogado. Além de competente e de estar investido na função jurisdicional necessária ao julgamento da causa, não deve haver contra o juiz nenhum fato que o torne impedido ou suspeito (arts. 134-138, do CPC).

Os objetivos relacionam-se com a forma procedimental e com a ausência de fatos que impeçam a regular constituição do processo, compreendendo: a) a observância da forma processual adequada à pretensão; b) a existência nos autos do instrumento de mandato conferido ao advogado; c) a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso, ou de inépcia da petição inicial<sup>166</sup>; d) a inexistência de qualquer das nulidades previstas na legislação processual.

Vale ressaltar afirmação de Jorge Luis Dall’Agnol em relação a importância dos pressupostos de existência, a fim de que se perceba o quão relevantes são as matérias de ordem pública e o porquê da necessidade de serem analisadas de ofício, não importando a instância em que o processo esteja:

---

<sup>165</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 58-59

<sup>166</sup> Esse conjunto de pressupostos também é denominado de negativo ou extrínseco, pois, quando presentes, determinam a extinção do processo sem resolução do mérito.

No que diz respeito aos pressupostos de existência, a ausência de algum deles inibe a formação da relação processual. Não há processo, mas relação de fato, incapaz de gerar efeito permanente no mundo jurídico. É possível eventual e transitório efeito material, mas sem repercussão duradoura.<sup>167</sup>

Já as condições da ação são requisitos a observar, depois de estabelecida a relação processual para que o juiz possa solucionar a lide. Importam na análise do direito de ação concretamente exercido com a viabilidade abstrata da pretensão de direito material. As condições da ação, dessa forma, põem a ação em contato com as regras de direito material. Essas condições devem ser analisadas preliminarmente à apreciação de mérito, já que, ausente as condições da ação, tem-se a carência de ação, sendo o processo extinto sem julgamento de mérito (art. 267, inciso VI, do CPC).

As condições da ação na forma disposta no Código de Processo Civil têm inspiração nas idéias de Enrico Tullio Liebman. A ação, para Liebman, depende para sua existência de alguns requisitos constitutivos denominados condições da ação e que precisam ser individualizados com precisão. Essas condições também podem ser definidas como requisitos essenciais ao exercício da função jurisdicional.<sup>168</sup>

A exigência da observância das condições da ação deve-se ao princípio da economia processual: quando se percebe, em tese, segundo a afirmação do autor na petição inicial ou os elementos de convicção já trazidos com ela, que a tutela jurisdicional requerida não poderá ser concedida, a atividade estatal será inútil, devendo ser imediatamente negada. Mas, ainda que a resposta do juiz se exauria na pronúncia de carência de ação (porque não se configuram as condições da ação), terá havido exercício da função jurisdicional.<sup>169</sup>

Para os que, segundo as mais modernas concepções processuais, entendem que a ação não é o direito concreto à sentença favorável, mas o poder jurídico de obter uma sentença de mérito, ou seja, uma sentença que componha definitivamente o conflito de interesses de pretensão resistida (lide), as condições da

---

<sup>167</sup> DALL'AGNOL, Jorge Luis. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre : Lejur, 1988. p. 21

<sup>168</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957. 1 v. p. 39-40

<sup>169</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 280

ação são três<sup>170</sup>: a) possibilidade jurídica do pedido; b) interesse de agir; c) legitimidade das partes (art. 267, inciso VI, do CPC).

Possibilidade jurídica do pedido é condição que diz respeito à pretensão, consiste na admissibilidade em abstrato do provimento demandado, ou seja, de verificar se o fato não é expressamente vedado. Não pode haver uma demanda em que o juiz não pode se pronunciar.<sup>171</sup> Às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído, *a priori*, pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto.<sup>172</sup> Egas Dirceu Moniz de Aragão<sup>173</sup> faz uma ressalva quanto a essa conceituação: “

A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável.

Importante destacar que constitui tendência contemporânea, inerentes aos movimentos pelo acesso à justiça, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição).<sup>174</sup> Inclusive, o Projeto 166, do Senado Federal, (Novo Código de Processo Civil), no art. 338 que corresponde ao atual art. 301, do CPC, não contempla mais a possibilidade jurídica do pedido, limitando-se a considerar, no inciso XI, apenas a ausência de legitimidade ou de interesse processual como matérias passíveis de conhecimento de ofício pelo juiz.<sup>175</sup>

O interesse de agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*), por sua vez, consiste em um interesse processual, secundário e instrumental a respeito de um interesse substancial primário e tem como objeto o provimento que se demanda ao magistrado, como meio de obter a satisfação do interesse primário, da situação de

<sup>170</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 53

<sup>171</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957. 1 v. p. 45

<sup>172</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 280

<sup>173</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2. p. 439

<sup>174</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 281

<sup>175</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 319

fato objetivamente existente.<sup>176</sup> O Código de Processo Civil é expresso no seu art. 3º, dispondo que: “Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

O conceito de interesse de agir é lógico-jurídico, e não jurídico-positivo, pois passa pela verificação de duas circunstâncias: a utilidade e a necessidade do pronunciamento judicial. Há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido. Quanto ao exame da necessidade da jurisdição, esse é fundamentado na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito.<sup>177</sup>

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entendem que o interesse de agir deve envolver a análise, em cada caso concreto, da necessária e adequada prestação jurisdicional. A necessidade da tutela jurisdicional repousa na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial. A adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. Como exemplo, cita-se a inadequação do mandado de segurança para cobrança de créditos pecuniários.<sup>178</sup>

Por fim, a legitimidade ou qualidade para agir (legitimidade *ad causam*), ativa ou passivamente, consiste nos titulares dos interesses em conflito, ou os titulares da relação de direito material. Legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão. Legitimação passiva será o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem diz respeito o interesse de agir e a pessoa a quem diz respeito o confronto.<sup>179</sup> Ainda, classifica-se a legitimidade em: a) ordinária, quando alguém em nome próprio defende direito ou interesse próprio; b) extraordinária, quando alguém em nome próprio defende interesse ou direito alheio; c) representação processual

---

<sup>176</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957. 1 v. p. 41

<sup>177</sup> DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2010. 1. v. p. 211-212

<sup>178</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 281-282

<sup>179</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957. 1 v. p. 42

(legitimidade *ad processum*), quando alguém em nome alheio defende interesse alheio.

Pode-se afirmar que os principais aspectos da legitimidade *ad causam* são: a) trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei; b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu); c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda.<sup>180</sup>

Ainda, tem-se a regra do art. 6º, do CPC, enunciando que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Assim, em princípio é titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva). Aqui, caracteriza-se o que se denomina legitimação extraordinária ou substituição processual.<sup>181</sup>

A Constituição Federal, contudo, ampliou sobremaneira os estreitos limites do art. 6º, do CPC, que vinha sendo criticado pela doutrina por impedir, com seu individualismo, o acesso ao Poder Judiciário (sobretudo para defesa de interesses difusos e coletivos). O caminho evolutivo havia se iniciado pela implementação legislativa da denominada ação civil pública em defesa do meio-ambiente e dos consumidores, à qual a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, legitimou, além do Ministério Público e de outros órgãos do Poder Público, as associações civis representativas; e foi depois incrementado pela Constituição de 1988, que abriu a legitimação a diversas entidades para a defesa de direitos supra-individuais (art. 5º, incisos Xxi e LXX; art. 129, inciso III e § 1º, art. 103, entre outros). O Código de Defesa do Consumidor seguiu a mesma orientação (art. 82, com art. 81, parágrafo único).<sup>182</sup>

Vale ainda destacar que o Projeto 166, do Senado Federal, (Novo Código de Processo Civil), inova ao possibilitar a correção do pólo passivo do processo à vista da alegação de ilegitimidade *ad causam* pelo réu. O art. 339 prescreve que “alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima, o juiz facultará ao autor, em

<sup>180</sup> DIDIER Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2010. 1. v. p. 204

<sup>181</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 282

<sup>182</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 282-283



quinze dias, a emenda da inicial, para corrigir o vício. Nesse caso, o autor reembolsará as despesas e pagará honorários ao procurador do réu excluído, moderadamente arbitrados pelo juiz.”<sup>183</sup> Quanto à finalidade, o instituto tem correlato na nomeação à autoria do CPC atual (arts. 62 e 63), abolida como forma de intervenção de terceiro, embora pelo Projeto inexistisse dever de o réu apontar quem deve lhe suceder no pólo passivo, como ocorre no CPC (arts. 62, 63 e 69, inciso I). É conveniente, contudo, que o réu, quando possível, aponte quem é o legítimo para a causa, sob pena de perder o direito ao reembolso das despesas processuais.<sup>184</sup>

### 2.3.2 Matéria de ordem pública e preclusão

O instituto da preclusão é dividido, pela doutrina, em três modalidades: temporal, lógica e consumativa. A preclusão temporal está relacionada, exclusivamente, ao prazo estabelecido para a prática do ato. O legislador, com base na experiência e à luz de critérios discricionários, estabelece o tempo adequado para que a parte, devidamente cientificada, possa intervir no processo e realizar aquilo que entender necessário à defesa de seus interesses. Não observado o prazo previsto em lei, perde ela a possibilidade de praticar o ato processual.<sup>185</sup>

A preclusão lógica consiste na incompatibilidade entre dois atos processuais, devendo ser desconsiderado o último, porque outro, anterior e validamente praticado, produz efeitos inconciliáveis com os pretendidos posteriormente. Está fundada na idéia de renúncia ou de fato impeditivo. Ao praticar determinado ato, a parte abre mão de outro, presente ou futuro.<sup>186</sup>

Com relação à preclusão consumativa, definida como perda da faculdade processual já validamente exercida, a questão não é tão simples, especialmente porque invocada para explicar situações em que ela não incide. O abuso na adoção da preclusão consumativa vem impedindo a regularização tempestiva de atos

<sup>183</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.119

<sup>184</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.119

<sup>185</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146

<sup>186</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146

processuais eventualmente defeituosos. Pode-se até invocar valores éticos para afastar a preclusão consumativa em casos de irregularidades sanáveis. A parte, ao antecipar-se, procurou contribuir para a celeridade do processo. Não é justo apená-la com a perda da possibilidade de eliminar irregularidade ou realizar acréscimos, se observado o prazo legal. Punir quem quis colaborar e cometeu equívocos corresponde a sancionar desnecessariamente a parte que agiu de boa-fé. Equivale impor pena tão-somente em homenagem à forma, ainda que existente alternativa qualquer dano ao escopo da técnica. Esta conclusão, além de compatível com a celeridade e a ordem, atende aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual.<sup>187</sup>

O instituto da preclusão serve para garantir, basicamente, a observância de dois princípios: o da ordem legal e necessária das atividades processuais como uma sucessão de fases distintas, nitidamente separadas entre si, e o da eventualidade que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque e de defesa, ainda que contraditórios entre si.<sup>188</sup>

A preclusão é instituto fundamental ao bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento e para a delimitação das regras que compõem o formalismo processual. O formalismo processual contém a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria em uma disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou “a chicana do adversário”.<sup>189</sup>

Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar os poderes do juiz, e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. A realização do procedimento deixado ao simples querer do juiz, de acordo com as

---

<sup>187</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146-147

<sup>188</sup> OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 238

<sup>189</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28-29

necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes.<sup>190</sup>

A preclusão apresenta-se como limitador do exercício abusivo dos poderes processuais das partes, bem como impede que questões já decididas pelo magistrado possam ser reexaminadas, evitando-se com isso o retrocesso e a insegurança jurídica. Não há processo sem preclusão.

A preclusão também é uma entre as várias técnicas destinadas a evitar a demora do processo. Aliás, visa a possibilitar o próprio desenvolvimento dele, estabelecendo limites à prática de atos pelas partes e à discussão de questões processuais, a fim de que, mediante impulso oficial, se chegue ao exame da situação substancial, com a concessão ou denegação da tutela jurisdicional.<sup>191</sup>

Correlata a preclusão tem-se o princípio da eventualidade<sup>192</sup>, segundo o qual as partes devem apresentar de uma só vez e na fase adequada todos os meios de ataque e de defesa de que disponham, ainda quando um só ou vários desses meios venham a adquirir importância apenas na hipótese de não ser acolhido ou não dar resultado o primeiro (principal) com que eles vão combinados.<sup>193</sup>

A concentração de atos processuais, decorrente da aplicação da regra da eventualidade, representa, ao mesmo tempo garantia e obstáculo a um processo justo, adequado para refletir melhor maneira possível a situação jurídica fora do processo. Constituiu, sem dúvida, proteção contra a demora e ocultação da situação fática, acarretadas pelo transcurso de tempo. Todavia, implica também o risco de exclusão de alegações e pleitos omitidos sem culpa pela parte.<sup>194</sup>

Por outro lado, ainda no silêncio da parte, não se vedará ao juiz de conhecer certas matérias de interesse público. Ao mesmo tempo, a matéria conhecível de

---

<sup>190</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29

<sup>191</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128

<sup>192</sup> Eventualidade consiste no princípio segundo o qual todos os meios de ataque e de defesa devem ser apresentados de uma só vez, ainda que haja contradição. Tem como consequência impedir que quaisquer meios de ataque ou de defesa não apresentados com a inicial ou com a contestação o possam ser em momento posterior. Fica delimitada a controvérsia e os meios que cada um pretende se utilizar para a vitória. Ocorre a preclusão da faculdade de apresentar novos meios de ataque ou de defesa em outra fase. BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, v. 158, mar-abr. 1955. p. 63

<sup>193</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 3 v. p. 336

<sup>194</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 232

ofício e a apreciação da causa por um aspecto jurídico essencial, capaz de surpreender às partes, devem ser submetidas ao crivo do contraditório.<sup>195</sup>

É possível, no entanto, que o formalismo processual minimize a preclusão para certas situações (como faz em tema de prova e de exame das questões de ordem pública), sem, contudo, eliminá-la.<sup>196</sup> Ainda, nas palavras de Fredie Didier Jr.<sup>197</sup>:

(...) a preclusão não serve somente à ordem, à segurança, à celeridade do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsionadora do processo. A preclusão tem, igualmente, fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa-fé e a lealdade do itinerário processual. A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsionadora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica que é, a *preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger*.

Heitor Vitor Mendonça Sica afirma que a preclusão acabará por revelar-se instituto que se volta precipuamente a garantir celeridade processual e segurança jurídica às partes. Como esses não são os únicos valores dignos de proteção no sistema (também o é o valor da justiça das decisões), convém realmente que o tema seja revisitado, com vistas a adaptar sua interpretação de acordo com a garantia da efetividade do processo e da jurisdição que decorre do art. 5º XXXV, da Constituição Federal.<sup>198</sup>

Galeno Lacerda, na sua obra “Despacho Saneador”, afirma que a preclusão de decisões no curso do processo é substancialmente diversa do problema da preclusão das decisões terminativas. Enquanto nestas o magistrado esgota a jurisdição, extinguindo a relação processual, naqueles ele conserva a função jurisdicional, continua preso à relação do processo. Diante dessa constatação, o autor ainda faz alguns questionamentos:

<sup>195</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 234-235

<sup>196</sup> DIDIER Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2010. 1. v. p. 293

<sup>197</sup> DIDIER Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2010. 1. v. p. 293-294

<sup>198</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 04

Pode o magistrado, que conserva a jurisdição, fugir ao mandamento de norma imperativa, que o obriga a agir de ofício, sob o pretexto de que a decisão interlocutória precluiu? Reconhecido o próprio erro, poderá a falta de impugnação da parte impedi-lo de retratar-se? Terá esta, com sua anuência, tal poder de disposição sobre a atividade ulterior do juiz?<sup>199</sup>

Galeno Lacerda mesmo responde as suas indagações afirmando que não, pois, se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de norma processual imperativa. A partir daí é possível concluir que a preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que se torna vedada a retratação.<sup>200</sup>

Nesse sentido, entende-se que as questões de ordem pública não precluem e não se sujeitam ao princípio da eventualidade, ou seja, não há prazo para serem alegadas, tanto que podem, inclusive, ser declaradas de ofício. Exigir o prequestionamento dessas questões, entretanto, parece uma forma de conferir preclusão, pois, se não forem prequestionadas, não serão analisadas. Seria como dizer que matérias de ordem pública não precluem na instância ordinária, mas precluem na instância extraordinária, pois precisam ser alegadas previamente. Tal distinção não parece fazer sentido, mas é o que se encontra em alguns julgados do STJ, como o colacionado abaixo:

PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO EM RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. Na instância ordinária, tanto o juiz quanto o tribunal podem prover, de ofício, a respeito de temas processuais (v.g., carência de ação) e, também, acerca daqueles que dizem com o mérito da causa (v.g., nulidade de contrato); no recurso especial, todavia, essas matérias dependem de prequestionamento. Embargos de declaração rejeitados.<sup>201</sup>

<sup>199</sup> LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990. p. 160-161

<sup>200</sup> LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990. p. 161

<sup>201</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Embargos de Declaração do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento* nº 377285-PR, Terceira Turma, Relator Ari Pargendler, Data do Julgamento 24.06.2002, Data da Publicação. 02.09.2002.

É possível perceber, por meio da ementa acima, que a tradicional, ampla e irrestrita cognição das matérias de ordem pública limita-se, na esfera recursal, apenas aos tribunais inferiores (recursos ordinários), sendo que nos tribunais superiores encontra-se ela condicionada à existência do prequestionamento, que, assim, “acaba por se transfigurar, pragmaticamente, num evidente fator preclusivo das questões de ordem pública – natural e originariamente insuscetíveis de tal óbice processual.”<sup>202</sup>

Não obstante, há autores<sup>203</sup> que defendem que a necessidade de prequestionamento de questões de ordem pública vem do fato de o prequestionamento ser de matriz constitucional, enquanto que as questões de ordem pública são advindas de normas infraconstitucionais. Quem defende esse entendimento, afirma que deve ser respeitado o princípio da hierarquia das normas e que, apesar de a Constituição atual e a de 1967 silenciarem a respeito de sua necessidade, esse fato não deve ser interpretado como afastamento do “importante e clássico requisito”.<sup>204</sup>

Contudo, a previsão, constante nos arts. 267, §3º, e 301, §4º, do CPC, de conhecimento de ofício dessas questões é derivação natural da compreensão de ordem pública, visando ao interesse público em transcendência ao particular. Assim, o dever de manifestação do magistrado, mesmo na ausência de provocação da parte, impõe-se em razão do maior interesse público envolvido na demanda. Se não fosse dessa forma, o devido processo legal seria desobedecido e a prestação jurisdicional restaria frustrada.<sup>205</sup> Ainda, além de as matérias de ordem pública serem cognoscíveis de ofício, “pela sua relevância, a lei faculta ao juiz voltar a apreciá-las mesmo se sobre elas já tenha se pronunciado anteriormente.”<sup>206</sup>

Dessa forma, inócua se torna possível discussão acerca da diferença entre questões implícita ou explicitamente decididas, pois, se o entendimento largamente

<sup>202</sup> ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos Tribunais Superiores e exigência de prequestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 30, n. 128, out. 2005. p. 179

<sup>203</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e Repercussão Geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 138-139; LIMA, Alcides de Mendonça. A marcha processual do recurso extraordinário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 48, v. 287, set. 1959. p. 17-18.

<sup>204</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Recurso Especial – Pquestionamento. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano VI, n. 34, mar./abr., 2005. p. 134

<sup>205</sup> NORATO, Ester Camila Gomes. O efeito translativo nos recursos extraordinários *lato sensu*. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 16, n. 64, out./dez., 2008. p. 71-72

<sup>206</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 233

majoritário é pela não incidência de preclusão sobre a decisão que explicitamente reconheceu a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais, com muito maior razão parece evidente que as decisões implícitas não estejam sujeitas a tal eficácia preclusiva.<sup>207</sup>

Dessas constatações é possível concluir que não há essa suposta hierarquia normativa entre o prequestionamento e as matérias de ordem pública, já que não se pode admitir que um requisito puramente formal se sobreponha às questões que protegem o interesse público e que, na órbita processual, garantem a prestação da tutela jurisdicional direcionada à solução de conflitos e à pacificação social. Ainda, “as normas processuais não podem ser consideradas fim em si mesmo, embevecidas de formalismos e tecnicismos; são, antes, instrumento a serviço do direito material e, em última análise, da sociedade.”<sup>208</sup>

Desse modo, não se pode afirmar peremptoriamente que a exigência do prequestionamento, por derivar da ordem constitucional, pode sobrepujar, a qualquer custo, as regras processuais. Isso também em razão de as questões de ordem pública possuírem, igualmente, fulcro em valores constitucionais.<sup>209</sup>

Assim, afastar a ocorrência de preclusão em determinadas situações é, em síntese, tutelar o resultado do processo. Para o juiz, a preclusão não pode ser causa de perpetuação de injustiças. Em determinadas situações excepcionais, torna-se imperativo afastar a preclusão.<sup>210</sup> Diante de eventual vício processual, deve o juiz tentar saná-lo. Somente se impossível essa alternativa, porque a falha comprometeu definitivamente a ampla defesa e o contraditório, a anulação torna-se a opção adequada. O que importa, em um primeiro momento, é o fim do processo – qual seja, a solução justa para o litígio.<sup>211</sup>

<sup>207</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 233

<sup>208</sup> NORATO, Ester Camila Gomes. O efeito translativo nos recursos extraordinários *lato sensu*. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 16, n. 64, out./dez., 2008. p. 72

<sup>209</sup> MELO, Andréa Cherem Fabrício. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos Recursos Extraordinário e Especial. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 132, fev. 2006. p. 27

<sup>210</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. especial, jan./dez. 2003. p. 316

<sup>211</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 135

### 2.3.3 Considerações sobre a restrição à análise de ofício de matérias de ordem pública somente em instâncias ordinárias

As matérias de ordem pública antecedem o juízo de mérito, podendo, inclusive, prejudicá-lo. Equivalem, por isso, aos pressupostos genéricos da admissibilidade recursal, os quais, também no âmbito extraordinário, devem ser verificados e, ainda, por um duplo juízo de admissibilidade. Logo, questões de ordem pública não se equiparam a questões federais ou constitucionais sobre as quais, para que seja cumprida a exigência do prequestionamento, a decisão recorrida deve, obrigatoriamente, se manifestar. Essas questões constituem plano de fundo da causa. Podem, dessa forma, as questões de ordem pública apresentarem-se no apelo derradeiro para apreciação, sem a necessidade de anterior manifestação do tribunal *a quo*, exatamente por subentender-se que este, em se tratando de matéria cognoscível de ofício, implicitamente já fez o seu juízo.<sup>212</sup>

Nelson Luiz Pinto<sup>213</sup>, desde a década de 90, já expressava sua opinião no sentido de que as questões de ordem pública - consideradas como as condições da ação, pressupostos processuais de existência e de validade - deveriam ser conhecidas e decretadas de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça conhecer de ofício essas questões, evitando-se, assim, o trânsito em julgado da decisão viciada, que pode dar ensejo a propositura de ação rescisória (art. 485, inciso V, do CPC).

Warley Belo<sup>214</sup> destaca o abuso da exigência de se prequestionar matéria de ordem pública, principalmente tratando-se de prescrição. Para o conhecimento dessa, basta que a coação seja imputável ao órgão de gradação jurisdicional inferior. Isso poderá ocorrer quando esse haja examinado e não repellido a ilegalidade, quando se omite de decidir sobre a alegação do impetrante ou sobre matéria que devesse, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, pronunciar-se de ofício.

<sup>212</sup> MELO, Andréa Cherem Fabrício. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos Recursos Extraordinário e Especial. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 132, fev. 2006. p. 27

<sup>213</sup> PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o STJ – teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 182

<sup>214</sup> BELO, Warley. Supressão de Instância em Matéria de Ordem Pública? A Exigência Anômala de “Pquestionamento” da Prescrição Penal como Obstáculo de Acesso à Justiça. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, ano V, n. 27, dez./jan., 2009. p. 84



“Cabe o juiz zelar pelo processo e evitar a perpetração de injustiças, motivo pelo qual o legislador, ao erigir a matéria de ordem pública, impôs afastar-se a preclusão”.<sup>215</sup> A *ratio essendi* da cognoscibilidade oficiosa das questões de ordem pública, em qualquer tempo e grau de jurisdição, está atrelada a uma função maior relacionada ao papel do Estado-juiz no processo. Desse modo, interessa ao próprio Estado que sejam observadas as regras disciplinadoras do regular desenvolvimento processual, para que seja alcançado o fim almejado. A cognição de ofício das matérias de ordem pública é, assim, garantia da boa administração da justiça e da segurança jurídica.<sup>216</sup>

Dessa forma, querer invocar uma suposta hierarquia do prequestionamento, alegando ser de ordem constitucional, não é possível, já que algumas das questões de ordem pública como, por exemplo, incompetência absoluta, igualmente, possuem suas bases em princípios constitucionais como o do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF).

O que se deve ter em mente é que as matérias processuais de ordem pública antecedem as questões de mérito e que sua análise é fundamental para o deslinde da causa, não importando a instância (ordinária ou extraordinária) ou a espécie de recurso. Chega a ser temerário barrar-se a análise das questões de ordem pública em sede de recurso especial, pois, se a lide já chegou até esse recurso, deve-se considerar o tempo que o processo já levou a sua importância e, permitir que uma questão de ordem pública deixe de ser analisada, é fazer com que se perpetue o vício e que a demanda termine por ter um julgamento prejudicado ou, até mesmo, um resultado diverso do que deveria ter.

Ada Pellegrini Grinover defende que os pressupostos processuais e as condições da ação são requisitos indispensáveis todo o tempo durante o qual o Estado exerce a jurisdição, não sendo possível distinguir-se entre a atuação estatal por diferentes órgãos ou diante de instâncias diferentes. Assim, mesmo perante os

---

<sup>215</sup> MELO, Andréa Cherem Fabrício. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos Recursos Extraordinário e Especial. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 132, fev. 2006. p. 27

<sup>216</sup> MELO, Andréa Cherem Fabrício. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos Recursos Extraordinário e Especial. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 132, fev. 2006. p. 27

tribunais superiores, aqueles pressupostos devem estar presentes e, nessa medida, ser objeto de fiscalização por parte do órgão judicante.<sup>217</sup>

Na mesma esteira, Fernando Rubin defende que o prequestionamento é exigência tão somente para efeitos de admissibilidade da irresignação excepcional (recurso especial ou extraordinário), em nada, portanto, interferindo na análise de todo o tema das questões de ordem pública, a ser realizado após a formalidade relativa ao conhecimento do recurso. Assim, tendo sido admitido o recurso excepcional, em face do prequestionamento da matéria objeto do recurso (superado esse primeiro estágio bem definido), nada impede que ao proferir a decisão de mérito (segundo estágio) o Ministro relator entenda pela inexistência de uma das condições da ação ou um dos pressupostos processuais, e venha a partir daí a extinguir o feito, sem julgamento de mérito, reformando o julgado lavrado pelo Tribunal *a quo* em favor da parte recorrente (efeito translativo decorrente do art. 516 cumulado com art. 515, *caput*, ambos do CPC).<sup>218</sup>

Seria, inclusive, contrário à lógica imaginar que o STJ pudesse reconhecer um recurso especial, se presentes os requisitos constitucionais para tanto, e que, nessa situação, passassem a julgar a questão federal mesmo diante do óbice à existência ou à validade do processo. Assim, não parece razoável que, sendo o caso de conhecimento do recurso especial, o STJ deixe de conhecer a matéria de ordem pública, tão somente sob o argumento de que a mesma não teria sido alvo e apreciação pela instância inferior. “A presença dos pressupostos processuais é antecedente lógico do julgamento de mérito e, nessa medida, tais pressupostos são também antecedente lógico do julgamento do mérito dos recursos pelo STJ.”<sup>219</sup>

Nos tempos atuais discute-se tanto a questão da efetividade do processo e, ao mesmo tempo, ainda encontram-se idéias retrógradas, como de impedir a análise de questões de ordem pública no recurso especial, alegando-se hierarquia constitucional do requisito do prequestionamento. Ao mesmo tempo em que se busca um processo mais efetivo, mais célere e mais útil, continua-se a sustentar um

---

<sup>217</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (matéria que independe de prequestionamento). *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 804, out., 2002. p. 108

<sup>218</sup> RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Coleção Alvaro de Oliveira – Estudos de Processo e Constituição, 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 157-158

<sup>219</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (matéria que independe de prequestionamento). *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 804, out., 2002. p. 108

formalismo excessivo, afinal, qual a utilidade de impedir-se a análise de uma questão de ordem pública em recurso especial, permitindo-se que o processo se encerre e ainda dê ensejo ao ingresso de uma ação rescisória? Não há justificativa para isso.<sup>220</sup>

Existem, hoje, tantas teorias modernas que incluem flexibilizações das normas processuais, como, por exemplo, o ônus dinâmico da prova<sup>221</sup>, que fica difícil compreender a razão de impedir-se a análise de questões de ordem pública nos tribunais superiores invocando-se supostas hierarquias e impedimentos inexistentes. Força-se uma preclusão que não está disposta na lei. Uma preclusão prejudicial, não só às partes, como ao bom funcionamento da justiça, já que se impede o reconhecimento, por exemplo, de uma nulidade evidente, mas que, por não ter sido anteriormente alegada, não pode ser declarada.

Prega-se que os Ministros do STJ, mesmo que “vejam” um vício, ignorem isso, finjam que não viram, e deixem o processo prosseguir, mesmo diante de manifesto “problema” processual que, de tão grave, pode por fim ao processo no mesmo instante de seu reconhecimento. Atitude incompreensível e que vai de encontro a todas as teorias modernas e que procuram tornar o processo mais efetivo e eficaz.

---

<sup>220</sup> Interessante verificar opiniões atuais, ainda, extremamente conservadoras e formalistas como a de Clito Fornaciari Júnior que afirma: “Custa crer que, em momento em que se reclama da instabilidade que atinge as questões submetidas à Justiça e se propugna pela restrição à recorribilidade, venha admitir-se um reexame total quanto a questões que nem aos próprios contendores afigurou-se interessante enfrentar. O mero risco de futura rescisória não é suficiente para se escancarar o especial”. Ainda diz o autor: “... a idéia franqueia o risco da *reformatio in peius*, na medida em que o vencedor apenas parcialmente, ainda que busque uma vitória completa, pode, sem recurso do vencido, perder o que conseguiu, se a tanto se chegou sem atinar-se para vício formal ou questão de ordem pública, que poderia, por exemplo, ter conduzido o processo à extinção sem julgamento de mérito.” In: Uma nova dimensão para o recurso especial. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano 5, n. 26, set./out., 2008. p. 63. O que se depreende da opinião do autor é que se o processo já foi tão longe, não há motivo para se reconhecer um questão de ordem pública. É melhor deixar perpetuar-se uma nulidade, que ainda é passível de ser atacada por uma rescisória, do que reconhecer-se isso em Recurso Especial, tudo em prol da manutenção do caráter restritivo do recurso e da manutenção da expectativa do “vencedor” de ter conseguido o que pretendida. Com todo respeito, não há como se aceitar referida opinião. Processo não é jogo para ver quem ganha. Não é competição. É para solução de litígios e aplicação do direito da forma que se apresenta mais correta e justa.

<sup>221</sup> Importante destacar que o Projeto 166, do Senado Federal (Novo Código de Processo Civil) explicitou a possibilidade de dinamização do ônus da prova no seu art. 262: “Considerando as circunstâncias da causa, o juiz poderá, em decisão fundamentada e observado o contraditório, atribuir o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzi-la. Parágrafo único. A dinamização do ônus da prova será sempre seguida de oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 104

Assim, defende-se que as questões de ordem pública sejam, sim, analisadas no recurso especial, mesmo sem debate ou alegação anterior das partes ou do julgador. Se a norma processual considerou as questões de ordem pública importantes o suficiente para serem analisadas de ofício, não há que se restringir o que a lei mesmo determinou, colocando entraves e barreiras a aplicação de norma clara e que não possui qualquer tipo de conflito com as demais normas para a sua aplicação. Como já afirmado, a questão da hierarquia é criação doutrinária.

Não é lógico, nem coerente com o sistema processual admitir-se, de um lado, que o recurso especial reúna todas as condições de ser julgado, mas que, de outro lado, há nulidades que contaminam o processo e que impedem o julgamento do mérito. Isso sem levar em consideração que, por exemplo, a nulidade constante no art. 47, *caput* e parágrafo único do CPC, está perfeitamente ao alcance do STJ, por se tratar de aplicar o direito federal, não sendo necessário, para tanto, reexame de prova, e não existindo, tampouco, qualquer óbice para o conhecimento do recurso especial.<sup>222</sup>

O que se lamenta é ver que os tribunais, para diminuir a quantidade de recursos, comecem a impor cada vez mais barreiras ao exercício do direito. Tais entraves são tão absurdos que contrariam a lógica. Afinal, por que razão se deixa de analisar uma questão em um momento para analisá-lo posteriormente? A única resposta parece ser o interesse em diminuir os recursos e postergar a solução dos problemas, atitudes totalmente contrárias a uma concepção de processo efetivo, célere e eficaz.

---

<sup>222</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (matéria que independe de prequestionamento). Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 91, v. 804, out., 2002. p. 111

### 3. O PREQUESTIONAMENTO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO DIREITO COMPARADO E A NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Apesar de a solução para a questão da extensão e limites da cognição das questões de ordem pública em âmbito recursal se mostrar inequívoca à luz da teoria e estrutura fundamentais do processo, no plano concreto, constata-se, através de exame de julgados, que a orientação adotada pelos tribunais sobre o tema assume direcionamento diverso e que, em muitos casos, contraria a própria lógica do sistema estrutural do processo adotada no Brasil.<sup>223</sup>

Entretanto, em tempos de discussões acaloradas sobre demora dos processos, inefetividade das decisões, formalismo excessivo e processo justo, impossível não levantar a discussão sobre o prequestionamento e sua forma rígida utilizada pelo STJ, principalmente, pela forma injustificada que estão sendo barrados recursos com nulidades sendo argüidas. O Superior Tribunal que se propõe a ser o guardião da lei federal derrota o cidadão quando na intenção de barrar a quantidade excessiva de recursos, tolhe os seus direitos e perpetua decisões nulas. O problema da quantidade excessiva de recursos não é privilégio do Brasil, é um problema mundial, a questão é como cada país lida com isso.

As Cortes de Cassação italiana e francesa também desenvolveram formas de barreira à interposição de recursos de cassação, assim como os Estados Unidos com o *writ of certiorari*.

Depois de verificar-se, portanto, a história e os conceitos envolvendo o tema do prequestionamento de questões de ordem pública, torna-se importante tratar da face prática do problema: decisões judiciais. O que será visto nessa parte, será uma análise da evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conjugado com o estudo da experiência das Supremas Cortes com o recurso de cassação e o *writ of certiorari* norte-americano, sendo, por fim, feitas algumas considerações acerca da necessidade de uma uniformização da jurisprudência, de maior segurança

---

<sup>223</sup> ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos Tribunais Superiores e exigência de prequestionamento. Revista de Processo. São Paulo, ano 30, n. 128, out. 2005. p. 178-179

jurídica na análise dos recursos e de maior efetividade das decisões por meio da análise de questões de ordem pública, proporcionando, assim, um processo justo.

### **3.1 Decisões do STJ acerca da necessidade de prequestionamento de questão de ordem pública**

Desde sua criação, até recentemente, a jurisprudência do STJ apresentava-se absolutamente restritiva relativamente à cognição de temas de ordem pública abordados em recurso especial. Caso estes não compusessem a própria essência do recurso especial (vale dizer, a questão federal seria a própria lesão de dispositivos do CPC atinentes a matérias de ordem pública) e não tivessem sido objeto de prequestionamento, sua apreciação não era admitida pela jurisprudência unânime da Corte Especial. O que se nota nesta orientação jurisprudencial do STJ é o prestígio inflexível outorgado às condições de admissibilidade do recurso especial: o requisito do prequestionamento solidamente estabelecido como elemento condicionador da cognição de matérias de ordem pública em instância excepcional.<sup>224</sup>

A grande maioria das decisões do Superior Tribunal de Justiça que incluem pedidos de análise de questões de ordem pública considera ser imprescindível o prequestionamento dessas questões. Os argumentos são muitos: análise de ofício só nos tribunais inferiores, exigência constitucional, questões de ordem pública processual são infraconstitucionais, entre outras. Fato é que encontrar um acórdão que analise uma questão de ordem pública sem prequestionamento é raro. Pouquíssimas decisões analisaram essas questões sem haver pronunciamento anterior.

No entanto, o que se percebe é que o STJ para não parecer que está mudando o entendimento, criou estratégias para poder analisar as questões de ordem pública sem prequestionamento: o chamado efeito translativo. Só que o que mais impressiona é que o efeito translativo também é considerado por boa parte da

---

<sup>224</sup> MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recurso Especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, n. 151, p. set. 2007. p. 341

doutrina como um efeito apenas possível nas instâncias inferiores, ou seja, não é um efeito possível de ser aplicado em sede de recurso especial.

Assim, apesar de o STJ não admitir questões de ordem pública não prequestionadas, pois só pode análise de ofício nas instâncias inferiores, é possível aplicar o efeito translativo, atribuído por muitos somente às instâncias inferiores, nos Tribunais Superiores para salvar a análise das questões de ordem pública não prequestionadas.

Não obstante toda a confusão, o que se tem são decisões instáveis, opiniões divergentes, insegurança jurídica e um problema seriíssimo de inefetividade do provimento jurisdicional. Decisões pacíficas estão longe de existir. Pode-se dizer que a polêmica existe, é séria, mas parece que o assunto não está tendo a importância que deveria. É o que se passa a demonstrar a seguir.

### 3.1.1 Desnecessidade de prequestionamento de questões de ordem pública

É possível encontrar-se decisões antigas em que a dispensabilidade do prequestionamento de questões de ordem pública era realizada, como, por exemplo, verifica-se no trecho de voto do Ministro Waldemar Zveiter, do ano de 1996, colacionado abaixo:

(...) a matéria de ordem pública pode ser suscitada em qualquer fase do processo, até mesmo no Recurso Extraordinário ou Recurso Especial e ainda que não prequestionada. Consoante a doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores é dever do juiz pronunciá-la de ofício. (RTJ 56/642). Sobreleva anotar o mérito da questão, que é de ordem pública, vale repetir, deve prevalecer sobre o formalismo processual exacerbado, pena de se praticar ato de injustiça, com conseqüências de repercussões irreparáveis, a pretexto de se fazer cumprir a norma inserta na lei processual civil.<sup>225</sup>

Nota-se que nos primeiros anos de criação do STJ, já havia acórdãos que dispensavam o prequestionamento de questões de ordem pública, atendendo ao que a lei prescreve, ou seja, que referidas questões são passíveis de análise de

---

<sup>225</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n. 66567-MG*, Terceira Turma, Relator Waldemar Zveiter, Data do Julgamento 25.03.1996, Data da Publicação. 24.06.1996.

ofício em qualquer grau de jurisdição, não havendo preclusão nem nenhum entrave que proíba sua análise.

Importante, ainda, destacar que o trecho do voto colacionado ainda trata do formalismo exacerbado, ou seja, o próprio STJ já reconheceu que a exigência do prequestionamento das questões de ordem pública constitui formalismo excessivo que pode vir a causar “ato de injustiça” e “repercussões irreparáveis”.

Nessa mesma linha, evidenciando uma preocupação com a perpetuação de ilegalidades e vícios insanáveis, destaca-se voto do Ministro Humberto Gomes de Barros como relator do Recurso Especial nº 109474/DF, afirmando que: “(...) não me parece razoável que o Tribunal – mesmo enxergando no acórdão vício fundamental – nele opere modificação cosmética, perpetuando a nulidade.”<sup>226</sup>

A afirmação do Ministro Relator não poderia ser mais propícia. De fato, receber o Recurso Especial, verificar um vício fundamental e ignorá-lo é algo inaceitável. Fazendo isso, como referido pelo Ministro, é como se estivem modificando cosmeticamente o processo, maquiando-o e escondendo problemas gravíssimos. Ignorar vícios insanáveis é como fingir que não se está vendo erros graves, deixando o processo continuar como se nada estivesse acontecendo. Nada disso parece lógico.

No mesmo recurso especial, o Ministro José Delgado expressa em seu voto opinião perfeitamente aplicável à realidade atual, mesmo tendo sido o referido acórdão proferido há quase quatorze anos atrás:

A filosofia que temos adotado é a de que não podemos fechar o recurso especial e dele não conhecer quando estão presentes alguns aspectos relativos às condições da ação e aos pressupostos processuais. (...) O processo do final do Século XX não pode ser o mesmo do início do Século XX. Temos que ver em um processo – se processo, um Direito Formal – completamente diferente da realidade, especialmente nas relações jurídicas com o Poder Público. É essa a construção jurisprudencial que se tem firmado nesta Corte, sob a inspiração filosófico-jurídica que foi posta por V. Exa. e a qual acompanho integralmente.<sup>227</sup>

<sup>226</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial*, 109474-DF, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Data do Julgamento 09.09.1997, Data da Publicação. 20.10.1997.

<sup>227</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n. 109474-DF*, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Data do Julgamento 09.09.1997, Data da Publicação. 20.10.1997.



Nota-se que nessa época havia alguns Ministros dentro da Corte, que aceitavam o fato de as questões de ordem pública não poderem ser ignoradas. Recebido o recurso especial e aceitas as suas razões, entendia-se plenamente possível o reconhecimento de vícios insanáveis. Não havia necessidade de criar-se teorias mirabolantes para reconhecimento dessas questões sem prequestionamento e já se entendia perfeitamente que as questões de ordem públicas podiam ser declaradas de ofício, não sendo isso considerado uma afronta ao direito.

Atualmente, ainda são poucas as decisões a respeito da apreciação de questões de ordem pública sem prequestionamento e de ofício pelo Superior Tribunal de Justiça. Apesar disso, é possível encontrar acórdãos que enfrentam essas questões. Abaixo são colacionadas decisão do STJ, especificamente da 2ª Turma e do mesmo Ministro Relator Mauro Campbell Marques.

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DAS SÚMULAS 7, 83, 314 e 207, TODAS DESTA CORTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA CORTE A QUO SOBRE QUESTÕES RELEVANTES PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. A Súmula n. 207/STJ não se aplica na hipótese, tendo em vista que, a despeito de o acórdão recorrido ter reformado a decisão agravada por maioria, os embargos infringentes somente são cabíveis em apelação ou ação rescisória nos casos e na forma prevista no art. 530 do CPC.

2. *A alegada inexistência de prequestionamento, bem como a suposta incidência das Súmulas n. 7, 83 e 314, todas desta Corte, não justificam o desacolhimento do presente recurso especial em face da violação do art. 535 do CPC, tendo em vista que a análise do recurso no ponto não demanda revolvimento de matéria fático-probatória e é anterior à discussão relativa ao mérito.*

3. A ação executiva foi ajuizada antes do decurso do lapso prescrição quinquenal, sendo que a Corte a quo reconheceu a ocorrência de prescrição intercorrente, sem, contudo, aclarar as questões de ordem fática suscitada pelo ora recorrente nos embargos de declaração.

4. É cediço nesta Corte que o reconhecimento da ocorrência de prescrição intercorrente em sede de execução fiscal deve orientar-se pelo disposto no art. 40 da Lei n. 6.830/80 e, ainda, tem como pressuposto a inércia da Fazenda Pública exequente. Dessa forma, forçoso reconhecer que a prestação jurisdicional conferida na origem foi deficiente e, portanto, é o caso de determinar o retorno dos autos à origem para que o Tribunal a quo se manifeste sobre os vícios apontados nos embargos declaratórios.

5. Recurso especial provido para reconhecer a violação do art. 535 do CPC e determinar o recurso dos autos à origem.<sup>228</sup>

No caso em tela, o que ocorreu foi uma violação pelo acórdão *a quo* ao art. 515, do CPC, pois a análise das questões em relação à prova foi deficiente por parte dos julgadores. Como em sede de Recurso Especial a matéria probatória não pode ser analisada<sup>229</sup>, o acórdão foi devolvido à origem para que fossem sanadas as irregularidades, conforme se verifica por trecho do voto exposto abaixo:

É cediço nesta Corte que os Tribunais de Segundo Grau são soberanos em relação à prova dos autos, de forma que não é de se admitir omissão quanto à análise de questões probatórias por aquelas Cortes, eis que elas não poderão mais ser analisadas, em face do óbice da Súmula n. 7/STJ, em sede de recurso especial. Por isso, entendo que faz-se necessária a manifestação da Corte *a quo* para esclarecer a alegada contradição ventilada nos aclaratórios sobre o motivo da aposentadoria da autora, bem como para declarar a existência ou não de comprovação documental do termo *a quo* da restituição de imposto de renda pleiteada na inicial, uma vez que tais questões são relevantes para o deslinde da controvérsia e, dessa forma, reclamam o retorno dos autos à origem a fim de sejam sanados os vícios apontados nos embargos de declaração. Em face do acolhimento da preliminar de nulidade do aresto guerreado, resta prejudicada a análise do mérito recursal.

Salienta-se que o Ministro desconsiderou o fato de não ter ocorrido prequestionamento com relação à violação do art. 515, do CPC. Violações feitas pelo acórdão *a quo* muitas vezes se tornam difíceis de serem objeto de recurso especial, justamente pelo fato de que o problema surgiu por deficiência do julgamento e não há como a parte se manifestar anteriormente sobre algo que até então não existia.

Muitos julgadores nem aceitam os Embargos de Declaração opostos contra a omissão como prequestionamento, pois estes geralmente são rejeitados, gerando

---

<sup>228</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n. 1138217-RS*, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Data do Julgamento 24.08.2010, Data da Publicação. 30.09.2010. (Grifo nosso)

<sup>229</sup> Nota-se que dizer que as provas não foram analisadas devidamente já é uma forma de interferência nas questões de fato. O STJ, nessa decisão, entendeu que algumas provas relevantes não foram devidamente examinadas e só não o fez, por entender que seria um óbice a sua função, mas, dizer que não houve revolvimento da matéria fática probatória é impossível. Ou seja, nessa situação fica clara a difícil separação entre as questões de fato e de direito. A diante, quando do estudo do recurso de cassação e do trabalho das Cortes de Cassação, verificar-se-á que essa separação já não é vista da forma tão rígida como era anteriormente.

inexistência de manifestação do Tribunal sobre a matéria, deixando, assim, a parte sem ter como recorrer.

Acórdãos como este, simples, diretos e que não tentam manobras para dirimir os argumentos da parte e rejeitar o recurso interposto, são excelentes exemplos de uma justiça modelo, sem burocratização, sem formalismo excessivo, alcançando o que se almeja com as demandas judiciais: efetividade e segurança.

Com relação aos julgamentos *ultra* e *extra petita*, em que a maioria da doutrina e da jurisprudência exige Embargos de Declaração para viabilizar a interposição de Recurso Especial, destaca-se voto do Ministro Barros Monteiro<sup>230</sup>, de 1994, com fundamentação bastante sensata a respeito do assunto:

Acentuou ainda pouco o eminente Ministro Fontes de Alencar (REsp nº 17.078-0/RJ) que não há prequestionamento a reclamar quando o vício se acha inserido no Acórdão de que se recorre. É precisamente o que se dá no caso em apreciação, no qual o defeito concernente a julgamento *extra petita* surgiu com a prolação do decisório recorrido. Assim também entendera eu em outro julgado recente desta C. Turma (REsp nº 4.407-0/RJ) em que aflorou idêntico tema. No REsp nº 25/SP, publicado na RSTJ, vol. 3, pag. 1017, a C. Terceira Turma proclamou que o prequestionamento é requisito bem próprio de recurso dessa espécie, sendo dispensável, no entanto, quando a questão surja no acórdão, de ofício. Exigir-se a apresentação pela parte interessa de embargos declaratórios, para fins de prequestionamento, apenas, seria desvirtuar-se a finalidade para a qual foi instituído esse tipo de recurso. E, em caso de eventual omissão do litigante quanto a tal providência, não teria como esta C. Corte corrigir uma falha havida na instância *a quo*, mesmo nos casos de ocorrência manifesta. Eis por que considero satisfeito *in casu* o requisito do prequestionamento.

Percebe-se, dessa forma, que o STJ possuía, antigamente, decisões bem mais sensatas, que levavam em consideração a própria natureza dos Embargos de Declaração. Em casos como esse, de decisão *extra petita* do Tribunal local, fica mais evidente o quão é exagerado exigir da parte que interponha Embargos de Declaração, a fim de forçar a manifestação expressa do Tribunal. A irregularidade emana da própria decisão e o mais razoável, nessas situações, é entender-se que o prequestionamento existe, pois a questão federal esta presente pela violação do art. 515, do CPC.

<sup>230</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n. 45381-RS*, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, Data do Julgamento 10.05.1994, Data da Publicação. 19.09.1994.

Outro exemplo de julgado merecedor de destaque é o Voto do Ministro Jorge Scartezzini, em que, apesar de apresentados Embargos Declaratórios não aceitos pelo Tribunal *a quo* e ainda ter sido interposto o Recurso Especial sem alegação de violação ao art. 515, do CPC, o STJ admitiu e julgou, sob o argumento de que:

(...) não podemos admitir que o rigor processual implique numa supressão de um direito, juridicamente reconhecido, ou, como na espécie, na implementação de um direito já julgado parcialmente existente e, neste ponto, limitado. Macularíamos, com isso, o princípio da segurança jurídica.<sup>231</sup>

Fácil verificar que a decisão deu provas de que a Súmula 211 do STJ tem, em determinados casos, muito mais a atrapalhar e impedir a fluência do processo do que aplicar o direito à espécie com ânimo de definitividade. Esta é a função, afinal, constitucionalmente traçada para os nossos tribunais superiores.<sup>232</sup>

Nesse caso, ainda, observa-se que a admissibilidade do Recurso foi o princípio da segurança jurídica.<sup>233</sup> Isso é o que a parte espera quando recorre a um Tribunal Superior. Essa decisão não deveria ser considerada exceção, mas a regra dentro de um Estado de Direito. Ainda, observa-se que o julgado é do ano de 2003, ou seja, ainda há poucas vozes dentro do STJ que entendem a importância de se relativizar o prequestionamento.

### 3.1.2 Necessidade de prequestionamento de questões de ordem pública

As decisões do STJ que exigem a necessidade de prequestionamento de questão de ordem pública são diversas. Pode-se dizer que logo que a Constituição de 1988 entrou em vigor, nas primeiras decisões do novo Tribunal Superior, era

<sup>231</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n. 525718-SP*, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Data do Julgamento 05.08.2003, Data da Publicação. 13.10.2003.

<sup>232</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 80

<sup>233</sup> No mesmo sentido os seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n. 200378-DF*, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Data do Julgamento 21.09.1999, Data da Publicação. 08.11.1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n. 227940-AL*, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Data do Julgamento 26.10.1999, Data da Publicação. 27.03.2000.

mais fácil encontrar-se decisões flexíveis quanto ao prequestionamento, como se verificou anteriormente. No entanto, com o passar dos anos, acredita-se que, em virtude do aumento do número de recursos especiais, o pânico tenha se instaurado e voltou-se a exigir o prequestionamento de forma rígida, no intuito de barrar o maior número de recursos possíveis.

Exemplo disso é o trecho do voto do Ministro Francisco Falcão que evidencia bem o rigorismo dado ao requisito supostamente constitucional:

Com efeito, no que se refere à suposta afronta aos arts. 128 e 460 do CPC, tem-se que a questão acerca de o acórdão recorrido ser *extra petita* não restou debatida pelo Colegiado de origem, apesar de instado para tanto por meio dos aclaratórios, faltando-lhe, assim, o indispensável requisito do prequestionamento viabilizador das instâncias extraordinárias. Incidência do verbete sumular nº 211 deste STJ. Registre-se ainda que, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, indispensável é o prequestionamento para o conhecimento do recurso em sede extraordinária.<sup>234</sup>

Note-se que, primeiramente, a alegação era de que o acórdão recorrido continha uma decisão *extra petita*, ou seja, a questão de ordem pública surgiu na própria decisão<sup>235</sup>, impossível, portanto, sua alegação anterior. Em segundo, a parte interpôs Embargos de Declaração com o intuito de forçar a manifestação do Tribunal local, que não ocorreu, ou seja, a parte cumpriu com a suposta obrigação de provocar a discussão, não sendo sua a culpa da negativa. Por fim, tentou-se por meio de recurso especial reverter a nulidade, mas o STJ, embora cumprindo todos os requisitos sumularmente fixados, rejeitou a análise, por entender que a falta de manifestação do Tribunal local impedia a análise pelo Superior Tribunal.

A dúvida que fica é: o que mais a parte poderia fazer para haver o prequestionamento? A nulidade surgiu na decisão, os Embargos forem interpostos, mas, em razão de o Tribunal não ter se manifestado, considera-se a matéria não prequestionada e a parte tem que sofrer as conseqüências e aceitar uma decisão

---

<sup>234</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n. 884915-RO*, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, Data do Julgamento 07.11.2006, Data da Publicação. 18.12.2006.

<sup>235</sup> No mesmo sentido, alguns julgados que exigem prequestionamento de questões surgidas no acórdão recorrido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.273019-SP*, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Data do Julgamento 04.04.2000, Data da Publicação. 15.05.2000. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Agravo Regimental no Recurso Especial n.1154995-RS*, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, Data do Julgamento 17.12.2009, Data da Publicação. 08.02.2010. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n.726408-DF*, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, Data do Julgamento 15.12.2009, Data da Publicação. 18.12.2009.

nula? Isso é decisão efetiva? É essa a função do STJ? Obviamente, que não. Paulo Henrique dos Santos Lucon opina que:

Se a parte sustentou a falta de uma das condições da ação, opôs embargos de declaração e, ainda assim, o tribunal *a quo* permaneceu silente, poderá o Superior Tribunal de Justiça conhecer do recurso em face da violação aos artigos 535 e seguintes do Código de Processo Civil, tal como se a matéria tivesse sido prequestionada, pois, com o advento do artigo 515, parágrafo 3º do Código de Processo Civil, torna-se desnecessária a anulação do acórdão recorrido para que outro seja proferido com o devido prequestionamento da matéria. É preciso incorporar o espírito do processo civil contemporâneo e acabar com formalidades inúteis, que em nada repercutem para o resultado substancial do processo. Mas, se por um infortúnio (bastante comum), o Superior Tribunal de Justiça não conhecer do recurso por falta de prequestionamento, essa decisão afigurar-se-á injusta e violadora de preceitos legais e constitucionais.<sup>236</sup>

Essa prática judiciária faz com que repercuta no recorrente as conseqüências da omissão do *error in procedendo* do Tribunal *a quo*, renitente em pronunciar-se acerca da matéria federal, apesar de ser instado a fazê-lo por meio dos embargos prequestionadores.<sup>237</sup> A persistência do Tribunal local em não decidir de forma expressa sobre a questão constitucional prequestionada, mesmo com a oposição de embargos declaratórios, pode até ensejar a nulidade do acórdão por violação do *due process of law*, mas jamais poderá constituir ônus a ser imputado ao recorrente.<sup>238</sup>

O Superior Tribunal também continua a insistir que “apenas nas instâncias ordinárias é admissível o exame de ofício pelo juiz das condições da ação”, conforme voto do Ministro Garcia Vieira.<sup>239</sup> A decisão é de 2002, ou seja, ainda que estejam surgindo decisões mais flexíveis, ainda se encontram opiniões bastante radicais a respeito das questões de ordem pública.

<sup>236</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. especial, jan./dez. 2003. p. 323

<sup>237</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 290

<sup>238</sup> TOSTA, Jorge. Recurso Extraordinário – ausência de fundamentação explícita no acórdão objeto de embargos declaratórios com fim de prequestionamento - conseqüências. *Revista de Processo*, ano 21, n. 84, out./dez., 1996. p. 377

<sup>239</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n.236328-PE*, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, Data do Julgamento 16.04.2002, Data da Publicação. 20.05.2002.

Outro exemplo é o voto do Ministro Barros Monteiro afirmando que “mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, como alegam os agravantes, ainda assim não se prescinde do questionamento prévio junto à instância *a quo*, uma vez que indispensável para o conhecimento da matéria pela instância especial.”<sup>240</sup> Essa decisão é de 2005<sup>241</sup> e ressalta que o prequestionamento ainda é utilizado no sentido de questionamento das partes na instância inferior, ou seja, definição original de prequestionamento da Constituição de 1891 que, como já visto na primeira parte do trabalho, não se encaixa mais com a maioria dos precedentes, nem com a opinião da doutrina mais recente.

Questões de incompetência absoluta também têm sofrido a exigência de prequestionamento, como se verifica no voto da Ministra Denise Arruda<sup>242</sup>, em que um dos pontos levantados foi a incompetência da justiça estadual em julgar processo que tinha como assistente simples a ANEEL. No voto, a análise da questão foi rechaçada:

Na linha da jurisprudência deste Tribunal, "mesmo as questões de ordem pública ou examináveis de ofício, para serem objeto de julgamento nesta Corte em recurso especial, devem estar prequestionadas" (entre outros, o REsp n. 450.368-DF, DJ 15/12/2003, relator o Ministro Menezes Direito). Além disso, considerando também que o apelo especial é recurso de fundamentação vinculada, mostra-se defeso o conhecimento, nesta via, de matéria sem provocação da parte interessada.

Obviamente, não se discute aqui se era ou não questão de incompetência. O que se admira é a negativa do STJ em analisar questão tão crucial para o processo e que poderia gerar, inclusive, uma nulidade que contaminaria o processo como um todo. Pode-se questionar a razão de a parte não ter alegado antes, assim como se

---

<sup>240</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.582333-GO*, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, Data do Julgamento 17.03.2005, Data da Publicação. 09.05.2005.

<sup>241</sup> No mesmo sentido: “É assente neste Sodalício que o prequestionamento da matéria é pressuposto indispensável à admissibilidade do recurso especial, ainda que se trate de questão de ordem pública (...)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Embargos de Declaração no Recurso Especial n.594927-RS*, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, Data do Julgamento 15.02.2005, Data da Publicação. 02.05.2005. “Mesmo se tratando de questão de ordem pública, a preliminar apontada não pode ser conhecida pela ausência do prequestionamento. Incidem as Súmulas 282/STF e 211/STJ.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n.250544-SP*, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Data do Julgamento 15.02.2005, Data da Publicação. 14.03.2005.

<sup>242</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n.326097-CE*, Primeira Turma, Relator Ministra Denise Arruda, Data do Julgamento 27.04.2004, Data da Publicação. 25.05.2004.

pode questionar porque não houve pronunciamento do juiz de primeiro grau ou do Tribunal de ofício. O juiz e o Tribunal *a quo* podem não ter alegado nada, por entenderem que não se trata de incompetência, ou seja, o silêncio pode ser entendido como concordância. Fato é que as questões de ordem pública sempre estão presentes e não há porque o Tribunal justificar sua competência quando ele entende ser competente. Também não se pode imputar esse ônus de questionamento a parte, já que não há preclusão quanto a essas questões. Assim, não se entende a justificativa de negativa de análise dessas questões. Nesse sentido, afirma Cassio Scarpinella Bueno:

Sem que nenhuma das partes tenha argüido, por exemplo, a legitimidade ativa, nem por isto é vedado ao Tribunal decretar a carência da ação nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil independentemente de qualquer iniciativa dos litigantes (CPC, art. 267, § 3º). É desta decisão que se deverá recorrer ao Superior Tribunal de Justiça (ou ao Supremo Tribunal Federal, se for o caso), desnecessários embargos de declaração que, no máximo, só terão o condão de aflorá-la ou evidenciá-la. A razão é simples: já se decidiu ser o autor parte ilegítima para ação e esta decisão consuma-se com a realização do julgamento. É o que basta para o contraste perante as Cortes Superiores. Este tema — o da legitimidade — está, portanto, prequestionado.<sup>243</sup>

Não obstante, existem várias julgados, principalmente datados do fim dos anos 90 e início do ano 2000 que consideram o prequestionamento de ordem pública indispensável, mesmo o recurso tendo sido recebido por outros motivos.<sup>244</sup> Modificar o entendimento da Corte Especial não é tarefa fácil, principalmente pelos

<sup>243</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3024>>. Acesso em: 27 fev. 2011.

<sup>244</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recuso Especial n.117486-DF*, Segunda Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, Data do Julgamento 16.06.1997, Data da Publicação. 01.09.1997. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.190434-SP*, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Data do Julgamento 17.06.1999, Data da Publicação. 13.09.1999. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.286074-SP*, Segunda Turma, Relator Ministra Eliana Calmon, Data do Julgamento 18.05.2000, Data da Publicação. 01.08.2000. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Agravo Regimental no Recuso Especial n.197814-ES*, Terceira Turma, Relator Ministra Nancy Andrighi, Data do Julgamento 26.09.2000, Data da Publicação. 23.10.2000. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.429445-MA*, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Data do Julgamento 15.10.2002, Data da Publicação. 02.12.2002. Há também aceitação da inviabilidade de análise de questão de ordem pública, mesmo o recurso especial tendo sido recebido por outro motivo, na doutrina a exemplo de ATHENIENSE, Aristóteles. Avaliação do prequestionamento como requisito recursal. *Revista de Direito Renovar*, v. 27, set./dez., 2003, p. 23



impactos que isso acarretaria na quantidade de processos a serem analisados pelo STJ.

No entanto, alguns Ministros já estão levando em consideração a gravidade que é deixar de analisar questões de ordem pública, já que, grande parte delas levam a nulidade total do processo e permitir que o Tribunal Superior convalide nulidades é totalmente incompreensível. Dessa forma, a teoria do efeito translativo do recurso especial está permitindo que a barreira do prequestionamento impeça a justiça do caso concreto.

### 3.1.3 A tese da análise da ordem pública quando do recebimento do recurso especial por matéria distinta

A crescente preocupação com a perpetuação da ilegalidade e vícios insanáveis nas mais altas Cortes Jurisdicionais, acaba por fornecer o substrato político e pragmático a tornar inadmissível a vedação genérica da cognição das questões de ordem pública no âmbito dos tribunais superiores, tendência esta que já se encontra adeptos na doutrina e vem ganhando gradual ressonância junto ao próprio STJ, evidenciando, assim, a relevância e a preocupação acerca da problemática que o tema enseja.<sup>245</sup>

Uma das conseqüências dessa mudança de posição é a aceitação do efeito translativo em recuso especial, viabilizando, assim, que as questões de ordem pública sejam conhecidas, ultrapassada a fase de admissibilidade do recurso, ou seja, recebido por outros fundamentos, é possível que sejam conhecidas matérias passíveis de declaração *ex officio*. Referida orientação, já é recorrente, como se verifica em trecho do voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima:

Não obstante a ausência de prequestionamento, o conhecimento do recurso especial por outros fundamentos autoriza o conhecimento da

---

<sup>245</sup> ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos Tribunais Superiores e exigência de prequestionamento. Revista de Processo. São Paulo, ano 30, n. 128, out. 2005. p. 183

tese acerca da decadência, por se tratar de matéria de ordem pública. Precedentes do STJ.<sup>246</sup>

Tal posição é fundamental para que, por exemplo, decisões *ultra* ou *extra petita* possam ser analisadas pelo STJ, pois se não fosse pelo efeito translativo, impossível seria o conhecimento dessas hipóteses, pois, como fazer com que seja discutida pelo Tribunal de origem uma decisão dada pelo mesmo que foge dos pedidos da inicial? E como prequestionar, se a nulidade surgiu no próprio acórdão e o STJ não aceita Embargos de Declaração prequestionadores que trazem matéria inovadora e que foge do requisito da omissão?<sup>247</sup> A solução do efeito translativo permite que situações como essa não passem ilesas no recurso especial. Nesse sentido, importante colacionar trecho do voto do Ministro Teori Albino Zavascki:

Assim conhecido o recurso especial, cumpre "julgar a causa, aplicando o direito à espécie (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF). Para assim proceder, é ampla a devolutividade da matéria passível de exame, nela incluída a prevista no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º, do CPC. Em outras palavras, superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, que, em seu nível vertical, engloba o chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública. (...) Ora, no caso dos autos, há uma questão de ordem pública a ser solucionada, que diz respeito aos limites da devolutividade do agravo de instrumento, que, inquestionavelmente, foram ultrapassados pelo acórdão recorrido. (...) Houve, portanto, duplo *error in procedendo*: o do julgamento *ultra petita* e o da *reformatio in pejus*. Assim, conhecido o presente recurso especial, cumpre reconhecer essa nulidade, para, de ofício, cassar o acórdão recorrido, a fim de que o

<sup>246</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 856.929-AM*, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data do Julgamento 29.05.2008, Data da Publicação. 04.08.2008.

<sup>247</sup> Os embargos de declaração consubstanciam-se no instrumento processual destinado à eliminação, do julgado embargado, de contradição, obscuridade ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo Tribunal, não se prestando para promover a reapreciação do julgado. Outrossim, cumpre consignar que, mesmo para fins de prequestionamento, é imprescindível que existam os vícios elencados no art. 535 do Código de Processo Civil, pois os embargos declaratórios não são a via adequada para forçar o Tribunal a se pronunciar sobre a questão sob a ótica que o embargante entende correta. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 867101-DF*, Terceira Turma, Relator Ministro Massami Uyeda, Data do Julgamento 20.05.2010, Data da Publicação. 26.06.2010. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 726408-DF*, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, Data do Julgamento 15.12.2009, Data da Publicação. 18.12.2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 900534-RS*, Quarta Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Data do Julgamento 01.12.2009, Data da Publicação. 14.12.2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1042946-SP*, Terceira Turma, Relator Ministra Nancy Andrighi, Data do Julgamento 01.12.2009, Data da Publicação. 18.12.2009.

Tribunal de origem renove o julgamento do recurso submetido à sua apreciação, observados os limites próprios.<sup>248 249</sup>

Teori Albino Zavaskci, novamente, em outro julgado, expressa o que se entende como a real função do STJ: “função útil para o desfecho da causa”. Como o Ministro afirma, na decisão colacionada abaixo, o Superior Tribunal de Justiça não é via meramente consultiva e não é palco de desfiles de teses meramente acadêmicas, sendo sua condição também de ser instrumento para julgar uma causa determinada. Sendo assim, ao prequestionamento deve ser conferido caráter de relatividade, sob pena de representar um entrave insuperável ao desfecho do processo e à aplicação do direito a causa.

Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no Tribunal de origem. Questiona-se, por isso mesmo, a existência, nessa espécie recursal, do chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública, conforme permitem o art. 267, § 3º, e o art. 301, § 4º, do CPC. Há respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial que nega tal efeito aos recursos extraordinário e especial, à consideração de que ele seria incompatível com a exigência do prequestionamento, ínsita à Superior Tribunal de Justiça natureza dos recursos excepcionais. Tese contrária, defendida por também importante corrente de pensamento, adverte, todavia, que, apesar e seus estreitos limites de devolutividade, o recurso especial tem por finalidade, ainda assim, julgar uma "causa", e, como tal, não está inteiramente alheio ao caso concreto ou à relação jurídica efetivamente questionada. Nessas circunstâncias, não pode a instância extraordinária simplesmente ignorar eventuais defeitos ou nulidades que impeçam a prestação da tutela jurisdicional na hipótese em julgamento, ainda quando o empecilho não tenha sido objeto de exame na origem e nem tenha sido suscitado pela parte interessada. Ilustrativa síntese da polêmica foi desenvolvida por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, em seu Recurso Especial (São Paulo, RT, 2002, p.336-342). Com a razão, em meu entender, a segunda corrente. Embora destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é, entretanto, uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Não se pode desconhecer a sua condição de instrumento para julgar uma causa determinada. Era assim na sua

<sup>248</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 869.534-SP*, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Data do Julgamento 27.11.2007, Data da Publicação. 10.12.2007.

<sup>249</sup> No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 803656-PR*, Primeira Turma, Relator Ministra Denise Arruda, Data do Julgamento 20.10.2009, Data da Publicação. 13.11.2009.

gênese, o recurso extraordinário, ainda submetido ao disposto na Súmula 456/STF: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". E é o que está no Regimento Interno do STJ: "Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". Bem se vê, portanto, que também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa, a uma situação em espécie. Ora, isso não pode ser ignorado quando se examina o requisito do prequestionamento. Há de se atribuir a esse requisito um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie. Assim, nos casos em que eventual nulidade ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que a matéria seja conhecida e enfrentada de ofício. Nesses limites, portanto, também o efeito translativo é inerente ao recurso especial.<sup>250</sup>

Esse é o comportamento que se espera de um Tribunal Superior: aplicação do direito à espécie, reconhecendo-se nulidades que impedem que o Recurso Especial cumpra sua função de ser útil. Não adianta o STJ julgar um recurso, sabendo que há uma nulidade evidente, apenas em respeito ao cumprimento da exigência do prequestionamento.

A aplicação da Súmula 456 do STF é, inclusive, um dos principais fundamentos de aceitação do efeito translativo do recurso especial.<sup>251</sup> Com a justificativa de aplicação do direito à espécie, o STJ está encontrando um meio de suavizar o rigorismo do prequestionamento. Apesar de o requisito ainda ser ferrenhamente utilizado como determinante na análise dos recursos especiais, o fato de o Superior Tribunal estar admitindo a análise de ofício, após a admissibilidade, já é um grande passo, pois, inclusive, todos os argumentos a respeito da impossibilidade de exame *ex officio* nas Cortes Superiores está sendo derrubada.

---

<sup>250</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 609.144-SC*, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Data do Julgamento 06.04.2004, Data da Publicação. 24.05.2004.

<sup>251</sup> Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 698061-MG*, Segunda Turma, Relator Ministra Eliana Calmon, Data do Julgamento 08.03.2005, Data da Publicação. 27.06.2005.

### 3.2 A Cassação italiana e francesa e o *Writ of Certiorari* norte-americano

Entre os países da família romano-germânica, de vocação codicista, não há uniformidade no regime de controle dos dissídios jurisprudenciais, existindo duas espécies de órgãos: as Cortes de Cassação e as Cortes de Revisão. A primeira é encarregada só do contraste objetivo entre a tese albergada no julgado recorrido acerca da exegese de um texto legal, e aquela predominante no âmbito do Tribunal, sem formulação de juízo de valor acerca do mérito, ou seja, do acerto ou desacerto da decisão recorrida. A segunda, consiste nos chamados Tribunais de grande instância, ou de Cortes de Apelação que, ao conhecer de impugnações fundadas em divergência jurisprudencial, reexaminam o próprio fulcro da controvérsia, assim rejulgando a causa, em segundo grau.<sup>252</sup>

Dessa forma, pode-se concluir que os Tribunais de Cassação caracterizam-se por anular as decisões, procedendo ao reenvio da causa para outra Corte, diferenciando-se, assim, dos Tribunais de Revisão que podem rejulgar a causa. No entanto, na prática, tais diferenças tem sido atenuadas. O coeficiente histórico-ideológico da cassação está sendo paulatinamente reduzido e, apesar de suas características básicas, o sistema se reintegrou no contexto da prestação jurisdicional, dando lugar à “cassação moderna”, a tal ponto que hoje, na França e na Itália, têm-se reconhecido à Corte o poder de julgar sem reenvio em determinadas circunstâncias. No entanto, a visão tradicional ainda identifica o “modelo cassacional” a uma visão centralista da produção jurídica, no sentido de um centro de “controle nomofilático” puro, enquanto que no campo semântico da revisão, inclui-se o atendimento ao direito da parte, em oposição à pura unificação do direito que tocara à cassação.<sup>253</sup>

Esse contraponto é facilmente percebido quando se verifica a própria definição dada pelas Cortes Italiana e Francesa a sua função, como se verá adiante, e a realidade do que está ocorrendo no desempenho de seus julgamentos atuais. Isso demonstra que, mesmo as Cortes de cassação que, originalmente, foram criadas com o intuito de uniformizar a aplicação do Direito, estão percebendo que

---

<sup>252</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 227

<sup>253</sup> KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 84-85

não há como “manter distância” do caso e das partes. As Cortes também são responsáveis por garantir ao cidadão segurança jurídica, efetividade do judiciário e processo justo.

Essa conduta das Cortes será vista a seguir e que deixa bem claro a preocupação que elas têm também com a razoável duração dos processos. As Cortes não se vêem mais distantes das partes e, nesse sentido, o STJ que nem se caracteriza como Corte de Cassação, mas Corte de Revisão, não poderia esquivar-se de analisar questões de ordem pública que estão intimamente ligadas aos problemas da prestação jurisdicional justa.

Não obstante isso, o problema do excesso de recursos nas Cortes é preocupação não só na França e na Itália, como também nos Estados Unidos, que realiza um vasto trabalho, com adoção de novas técnicas, visando ao aprimoramento do Poder Judiciário para que seja oferecida uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz.<sup>254</sup> França e Itália possuem um mecanismo de filtragem para os recursos, assim como os Estados Unidos que utilizam da discricionariedade da Suprema Corte na possibilidade ou não de admissibilidade dos recursos.

A seguir, procurar-se-á mostrar, brevemente, como as Cortes Italiana e Francesa lidam com o recebimento dos recursos e como elas tem se comportado com relação às suas funções, assim como se fará um breve análise do *writ of certiorari* norte-americano que possui um sistema bem particular, com diversas regras e com uma ampla discricionariedade no recebimento dos seus recursos.

### 3.2.1 O Recurso de Cassação italiano e francês

A *Corte Suprema de Cassazione* italiana é o vértice da jurisdição ordinária. Entre as principais funções que são atribuídas pela lei fundamental sobre o ordenamento judiciário de 30 de maio de 1941, n. 12 (art. 65) estão a de assegurar a exata observância e a uniforme interpretação da lei, a unidade do direito objetivo

---

<sup>254</sup> Reis, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. Anotações sobre o poder judiciário americano. Revista de informação legislativa, v.33, nº 129, p. 237-247, jan./mar. de 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176396>>. Acesso em: 15 fev. 2011. p. 238

italiano e o respeito ao limite das diversas jurisdições. Uma das características fundamentais de sua missão monofilática e unificadora, com o fim de assegurar a certeza na interpretação da lei, é constituída pelo fato de que, a princípio, as disposições em vigor não permitem que a Corte de Cassação conheça os fatos de uma causa, salvo quando resultam já adquiridos durante o processo e antes do julgamento e na medida em que é necessário saber para avaliar a solução que a lei permite que se use como motivo de recurso para a Corte de Cassação.<sup>255</sup>

O recurso de cassação pode ser interposto contra a decisão do juízo ordinário, nas seguintes situações: em matéria civil, a violação de direito material (*errores in iudicando*) ou processual (*errores in procedendo*), os vícios da motivação (ausência, insuficiência ou contradição) da sentença impugnada, ou, ainda, os motivos relativos à jurisdição. O similar é previsto em matéria penal.

Quando a Corte reconhece um dos vícios mencionados, há o poder-dever não somente de cassar a decisão do juiz do grau inferior, mas também enunciar o princípio de direito que deverá ser observado na medida impugnada, sendo que o juiz de reenvio deverá conformar-se com a aplicação desse princípio quando proceder ao reexame da causa. Os princípios estabelecidos pela Corte de Cassação não são, contudo, vinculantes ao juiz, a menos que a decisão da Corte possa ser considerada como um “precedente” influente. Na realidade, os juízes das instâncias inferiores se conformam com as decisões da Corte de Cassação na maioria dos casos.

Não há necessidade de autorização especial para interpor recurso perante a Corte Suprema. De acordo com o artigo 111 da Constituição Italiana<sup>256</sup>, todo cidadão

---

<sup>255</sup> Definição dada pela própria Corte de Cassação italiana na sua página na internet. In: *Corte Suprema di Cassazione*. <<http://www.cortedicassazione.it/Cassazione/Cassazione.asp>>. Acesso em: 18 jan. 2011.

<sup>256</sup> Art. 111: La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

pode recorrer a Corte de Cassação por violação a lei contra qualquer medida de autoridade judiciária, sem ter que apresentar qualquer recurso em matéria civil ou penal, ou contra qualquer medida que limite a liberdade pessoal. Cabe também à Corte a atribuição de estabelecer a jurisdição quando há conflito entre um juiz ordinário e um especial – italiano ou estrangeiro –, que tem poder de julgar a causa e a competência de resolver um conflito entre juízes de mérito.

Importante referir que, além do acesso livre, existe a possibilidade de manejar-se o recurso de cassação *per saltum* (*ricorso di cassazione per saltum*), previsto no art. 360, do Código de Processo Civil Italiano<sup>257</sup>. Assim, havendo concordância da parte contrária, pode-se dispensar a apelação e recorrer-se diretamente à Corte de Cassação.

A Corte italiana, apesar de declarar o seu acesso livre, possui uma Câmara de Conselho, cuja função está disposta no art. 375 do Código de Processo Civil<sup>258</sup>. A Corte pronuncia-se na Câmara de Conselho quando, por requisição do Ministério

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione. ITÁLIA. *Costituzione*, de 30 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Constituzione/ConstituzioneRepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2011.

<sup>257</sup> Art. 360 (Sentenze impugnabili e motivi di ricorso) Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro; 4) per nullità della sentenza o del procedimento; 5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio. Può inoltre essere impugnata con ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, se le parti sono d'accordo per omettere l'appello; ma in tal caso l'impugnazione può proporsi soltanto a norma del primo comma, n. 3). Non sono immediatamente impugnabili con ricorso per cassazione le sentenze che decidono di questioni insorte senza definire, neppure parzialmente, il giudizio. Il ricorso per cassazione avverso tali sentenze può essere proposto, senza necessità di riserva, allorché sia impugnata la sentenza che definisce, anche parzialmente, il giudizio. Le disposizioni di cui al primo comma e terzo comma si applicano alle sentenze ed ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge. ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*, de 28 de outubro de 1940. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>>. Acesso em 20 jan. 2011.

<sup>258</sup> Art. 375 (*Pronuncia in camera di consiglio*) Oltre che per il caso di regolamento di competenza, la Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in camera di consiglio con ordinanza quando, su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, riconosce di dover dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale, pronunciare il rigetto di entrambi per mancanza dei motivi previsti nell'articolo 360, ordinare la integrazione del contraddittorio o la notificazione di cui all'articolo 332, oppure dichiarare la estinzione del processo per avvenuta rinuncia. La Corte, se ritiene che non ricorrono le ipotesi di cui al comma precedente, rinvia la causa alla pubblica udienza. Le conclusioni del pubblico ministero sono notificate almeno venti giorni prima dell'adunanza della Corte in camera di consiglio agli avvocati delle parti, i quali hanno facoltà di presentare memorie entro il termine di cui all'articolo 378. ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*, de 28 de outubro de 1940. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>>. Acesso em 20 jan. 2011.



Público ou de ofício reconhece o dever de declarar a inadmissibilidade do recurso principal ou incidental ou, ainda, rejeitando ambos por falta dos motivos previstos no art. 360 do CPC Italiano, quando se verifica a necessidade de tomar medidas instrutórias (integração do juízo, notificações de acordo com o art. 332, do CPC Italiano<sup>259</sup>) ou declarar a extinção do processo por renúncia.

Essa Câmara de Conselho demonstra que é possível no sistema de Cassação Italiano um juízo preventivo de admissibilidade dos recursos. Essa tentativa, todavia, é limitada ao aspecto formal, segundo Salvatore Satta, não podendo ser realizado um juízo preventivo sobre o fundamento. Quando a lei trata de ausência de motivos, deve-se entender que o recorrente invocou um motivo que não é formalmente previsto no art. 360.<sup>260</sup>

Ferdinando Mazzarella já afirma que esse mecanismo constitui um filtro preliminar para os recursos serem rejeitados por inadmissibilidade ou porque manifestamente infundados. O autor, no entanto, informa que essa disposição não obteve êxito, e os recursos vem sendo praticamente todos analisados. Isso em razão de evitar-se discussões meramente formais e também pelo fato de que é muito ambígua a formulação relativa a rejeição do recurso por ausência de motivos.<sup>261</sup>

Apenas fazendo-se uma comparação com a situação do recurso especial e o prequestionamento, repara-se que na Itália o filtro meramente formal e dúbio acabou sendo naturalmente rejeitado em função das inúmeras discussões que iria levantar. Ambos os filtros, tanto o brasileiro como o italiano foram criados com o intuito de barrar os recursos, mas enquanto lá se desistiu do formalismo, aqui o que aconteceu foi exatamente o contrário.

---

<sup>259</sup> Art. 332 (*Notificazione dell'impugnazione relativa a cause scindibili*) Se l'impugnazione di una sentenza pronunciata in cause scindibili è stata proposta soltanto da alcuna delle parti o nei confronti di alcuna di esse, il giudice ne ordina la notificazione alle altre, in confronto delle quali l'impugnazione non è preclusa o esclusa, fissando il termine nel quale la notificazione deve essere fatta e, se è necessario, l'udienza di comparizione. Se la notificazione ordinata dal giudice non avviene, il processo rimane sospeso fino a che non siano decorsi i termini previsti negli articoli 325 e 327 primo comma. ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*, de 28 de outubro de 1940. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>>. Acesso em 20 jan. 2011.

<sup>260</sup> SATTÀ, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959. p. 390

<sup>261</sup> MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1983. p. 97. Mazzarella ainda culpa o fato de a Câmara de Conselho não ter obtido êxito por ser o mesmo órgão que julga o que faz o filtro, perdendo, assim a capacidade de realizar realmente uma função de filtragem. MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1983. p. 123

Importante destacar que a Corte de Cassação Italiana possui um poder corretivo que consiste em, reconhecendo que o dispositivo da sentença impugnada está conforme o direito, corrigir a motivação, rejeitando a cassação, de acordo com o disposto no art. 384, do CPC Italiano.<sup>262</sup> Assim, quando a Corte reconhece que a sentença de mérito produziu uma modificação jurídica, um efeito prático que a lei não consentia e que o juiz realizou um raciocínio injusto ou uma falsa interpretação, há a modificação da motivação da sentença, sem que seja aceita a cassação.<sup>263</sup> É um instituto semelhante à substituição de motivos francesa que se verá adiante.

Mazzarella destaca que essa disposição não tem precedentes no velho código, sendo esse comportamento da Corte fruto de uma praxe jurisprudencial, sendo afirmada em contraste com a função institucional de mero controle de censura<sup>264</sup>, ou seja, a Corte, contrariando sua função institucional, passou a substituir os motivos da sentença, quando verificava que a lei estava correta, porém sua interpretação não, deixando de reenviá-la e de cassá-la.

Essa atividade da Corte não tem como ser realizada sem algum contato com a justiça do caso e, ainda, revela uma reação prática transformada em norma à rigidez da contraposição entre cassação com reenvio e sem reenvio. Essa correção da motivação revela, ainda, uma sub-rogação do juízo de reenvio, fazendo surgir o problema quanto aos limites em que deve operar a Corte. Esses, segundo Mazzarella, devem ser ditados pelo princípio dispositivo e pelo respeito ao direito de defesa e não deve ficar adstrito apenas às questões que podem ser analisadas de ofício pela Corte.<sup>265</sup>

---

<sup>262</sup> Art. 384 (Enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito) La Corte enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, primo comma, n. 3), e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza. La Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte, ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione. Non sono soggette a cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto; in tal caso la Corte si limita a correggere la motivazione. ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*, de 28 de outubro de 1940. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>>. Acesso em 20 jan. 2011.

<sup>263</sup> SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959. p. 393-394

<sup>264</sup> MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1983. p. 112

<sup>265</sup> MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1983. p. 112-113

O que se percebe é que a Corte de Cassação italiana está modificando sua função original e rígida, adotando, inclusive, a substituição dos motivos da sentença. A rigidez da instituição está sendo flexibilizada aos poucos e isso em nome da melhor prestação jurisdicional para a parte. A Câmara de Conselho teve sua função praticamente inutilizada para que discussões com as partes fossem dispensadas, assim como a modificação de motivos sem reenvio teve como um dos seus pilares a intenção de proporcionar um processo mais célere, pois o reenvio para modificação dos motivos seria apenas mais uma razão de demora para a finalização do litígio.

Cabe à Corte de Cassação, também, garantir ao cidadão a certeza do direito. No entanto, deve-se ter em consideração que cada norma jurídica é suscetível de diversas interpretações e aplicações e cada juiz pode, na falta de um órgão de racionalização, encontrar e impor à parte a sua opinião. A Corte, assim, representa esse órgão de racionalização, tendente a assegurar ao cidadão a certeza jurídica, ou seja, podendo conferir ao cidadão que utiliza o instrumento processual a possibilidade de prever a solução jurídica do seu litígio.<sup>266</sup>

Bove refere que a função nomofilática se mostra como estritamente ligada, mais que a um abstrato interesse geral de exata e uniforme interpretação da lei, a um interesse processual da parte à previsibilidade ou, ao menos, no plano da questão de direito, ao êxito do processo. Em outras palavras, a Corte de Cassação não é vista como um órgão supremo distante da parte e de seu interesse, mas é vista como um órgão com uma função fundamental no plano prático: a de dar a cada cidadão, que pretende pleitear um direito, a possibilidade de prever antes de ingressar com um processo, com todo o seu custo em termos de tempo e de dinheiro, o êxito disso do ponto de vista da solução jurídica.<sup>267</sup>

Isso demonstra que a Corte de Cassação, originalmente, tinha a pretensão de apenas decidir as questões de direito, não considerando os fatos, sendo, portanto, distante das partes, pois seu intuito seria o de uniformizar a jurisprudência. Fato é que a prática fez com que a Corte percebesse que sua função está diretamente ligada à parte, na medida em que é preciso conferir ao cidadão uma certeza jurídica, ou, ao menos, como referido por Bove, uma previsibilidade quanto à solução possível do seu litígio.

---

<sup>266</sup> BOVE, Mauro. Il sindacato della corte di cassazione: contenuto e limiti. Milano: Giuffrè, 1993. p. 97

<sup>267</sup> BOVE, Mauro. Il sindacato della corte di cassazione: contenuto e limiti. Milano: Giuffrè, 1993. p. 97

Isso está intimamente ligado ao problema enfrentado pelo STJ quanto à necessidade de prequestionamento de questão de ordem pública: não há previsibilidade. Não há uma certeza quanto à posição do Superior Tribunal sobre a questão. A parte não sabe se o seu recurso especial será aceito ou não. Não há nem consenso sobre o que é prequestionamento e como esse se caracteriza.

Nesse sentido é interessante verificar a experiência da Corte de Cassação que, criada com o intuito de uniformização da jurisprudência, se deu conta de que o cidadão está intimamente ligado às suas decisões. A Corte não pode ser considerada como um órgão tão superior ao ponto de distanciar-se da sua atribuição que não é apenas de mera pacificação de entendimentos, mas de conferir uma resposta ao cidadão, uma certeza. A parte tem o direito de ter uma resposta.

O processo não pode ser uma loteria em que a decisão depende do juiz ou da Turma de Ministros que analisará o recurso. Imperioso, dessa forma, que o STJ decida o que considera como prequestionamento e as possíveis exceções à exigência, se há o efeito translativo de fato e se ele deve ser considerado e se as questões de ordem pública podem ser analisadas de ofício.

Na França, o papel reservado a *Cour de Cassation* tem razões históricas, deitando raízes desde a antiga monarquia<sup>268</sup>, quando aparecia sob o nome de *Conseil de Parties*. Sobrevindo a revolução, os constituintes em sessão de 20 de outubro de 1789, entenderam que se deveria assegurar aos cidadãos um último apelo a uma Corte Superior, não para simples revisão do já antes decidido nas instâncias ordinárias, senão para melhor e definitivo resguardo dos textos legais, sob um tríplice enfoque: a) sua inteireza positiva; b) sua força coercitiva (cassação por *contravention expresse à la loi*); c) sua eficácia social. Na seqüência, em maio de 1970, o Tribunal recém criado recebeu contornos mais definitivos, nominando-se, desde então, *Cour de Cassation*, e reafirmando-se a vedação para o julgamento do mérito das causas que, via recursal, lhe fossem submetidas.<sup>269</sup>

A Corte de Cassação francesa, assim, é a mais alta jurisdição da ordem judiciária francesa. Ela é precedida pelo Tribunal de cassação estabelecido pela Assembléia Constituinte em 1970 durante a Revolução Francesa. A missão da Corte

---

<sup>268</sup> Na realidade, como visto no primeiro capítulo, as origens da Corte remontam a época do Antigo Regime, em que o rei controlava a justiça e era sua fonte e havia uma possibilidade de recurso de cassação contra as sentenças dos parlamentos. O que a Revolução Francesa fez foi justamente retomar a instituição, outorgando aos juízes o poder que pertencia ao Chefe de Estado.

<sup>269</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 234

é revisar a pedido das partes as decisões emanadas dos tribunais e Cortes de Apelação, tanto em matéria penal como civil. A Corte só decide questões de direito e de aplicação da lei, não decidindo sobre fatos. Ela assegura por sua jurisprudência uma aplicação harmoniosa da lei. Desde 1991, a Corte, a pedido dos tribunais, dá sua opinião sobre questões de direitos novos surgidos em casos extensos e complexos.<sup>270</sup>

Aqui, faz-se uma breve reflexão histórica a respeito de uma antiga divisão da Corte de cassação. Inicialmente, existiam três *seções*: *la chambre de requêtes*, *la chambre civile* e *la chambre criminelle*. O Decreto-lei de 12 de novembro de 1938 criou, posteriormente, a *chambre sociale*. Quando havia um recurso com matéria criminal, ele era diretamente aceito pela *chambre criminelle*, assim como quando havia recurso em matéria trabalhista ou, após a guerra, matéria de seguridade social, a *chambre sociale* prontamente aceitava. La *Chambre de Requêtes* - que não existe mais desde a lei de 22 de julho de 1947-, todavia, tinha como função filtrar os recursos em matéria civil que deveriam ser enviados para a *chambre civile*.

Se os motivos para a rejeição fossem evidentes (*mal-fondé*), a *chambre civile* rejeitava prontamente o recurso. Se o recurso estivesse bem fundamentado (*bien-fondé*) e a questão fosse discutível, *la chambre de requêtes* enviava o recurso para a *Chambre civile*. Apesar de apenas existir essa filtragem em matéria civil, a *chambre de requêtes* começou a ganhar destaque na jurisprudência, chegando a tornar-se uma verdadeira divisão civil, de forma bem mais precisa do que exigia sua função original. Por essa razão, a lei de 1947 conferiu uma nova roupagem à Corte de Cassação, suprimindo *La chambre de requêtes*.

Atualmente, as *chambres* francesas já são em número de seis: três *chambres* civis, uma *chambre* comercial, econômica e financeira, uma *chambre* penal e uma *chambre* social. Cada *chambre* tem um presidente e conselheiros em números desiguais de acordo com a respectiva importância dos recursos que a *chambre* deve conhecer. Todas são divididas em *seções* em que a formação do juízo é variável. Um caso é julgado por três magistrados quando o recurso é inadmissível, não se funda em motivos sérios, o que leva a declará-lo inadmitido, ou a solução do caso deve impor-se, ou seja, quando a decisão recorrida é confirmada. Nos demais casos, deve haver julgamento por no mínimo cinco magistrados com

---

<sup>270</sup> Definição dada pela própria Corte de Cassação francesa na sua página na internet. In: *Cour de Cassation*. < [http://www.courdecassation.fr/institution\\_1/](http://www.courdecassation.fr/institution_1/) > Acesso em: 18 jan. 2011.

voto deliberativo. Mediante decisão de seu presidente, a *chambre* pode reunir-se em sessão plenária quando, por exemplo, a decisão puder provocar uma reviravolta na jurisprudência ou quando tratar-se de um tema sensível.<sup>271</sup>

A Corte de Cassação francesa possui duas grandes funções em matéria civil e penal: o controle normativo e o controle disciplinar. O controle normativo consiste em analisar os motivos de violação à lei (civil e penal) e a falta de base legal (civil). Em relação à falta de base legal, isso não implica necessariamente uma apreciação errônea do direito por parte do juiz, mas, sim, supondo que o juiz não justificou suficientemente sua decisão.<sup>272</sup>

A noção de controle disciplinar se refere, em primeiro lugar, às obrigações que se impõe aos juízes sobre a maneira que tem de ditar e elaborar suas decisões. Com isso a Corte procura assegurar o respeito por parte dos juízes de sua obrigação em matéria de exceções das pretensões e dos motivos das partes, de resposta às conclusões e da motivação dos juízos e das sentenças. A exigência de motivação das decisões também abarca não só a obrigação de enunciar os fundamentos de direito, senão também a obrigação de não se contradizer, de não utilizar fundamentos de direito hipotético ou duvidoso e de não empregar fundamentos de direito inoperantes. Também constituem objeto do controle disciplinar as acusações que invocam um desconhecimento das obrigações deontológicas dos juízes e, mais em particular, das que compõem um processo justo: princípio do contraditório, especialmente quando o motivo se contempla como de ofício, princípio da imparcialidade, princípio da publicidade das audiências, juízo em um prazo razoável.<sup>273</sup>

O controle disciplinar representa uma carga pesada para a Corte de Cassação, já que um grande número de recursos invoca um ou vários motivos que o exigem. Não obstante, é impossível evitá-lo devido, por uma parte, a grande quantidade, diversidade e heterogeneidade das jurisdições que a Corte controla e,

---

<sup>271</sup> FRANÇA. *Cour de Cassation*. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2011

<sup>272</sup> FRANÇA. *Cour de Cassation*. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2011

<sup>273</sup> FRANÇA. *Cour de Cassation*. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2011

por outra parte, “a importância fundamental das exigências de um processo justo em um Estado de Direito.”<sup>274</sup>

Essa última frase é da própria Corte de Cassação e representa a importância dada às questões processuais nos recursos à Corte. Reconhece-se lá o problema da quantidade de processos, mas, no entanto, também se reconhece a importância de proporcionar às partes um processo justo, fundamental e necessário a um estado que se diz de direito. Isso era o que também o STJ deveria ter como entendimento.

Com relação ao procedimento dos Recursos de Cassação na Corte, atualmente, há um mecanismo de filtragem que lembra a *chambre de requêtes*, mas que possui uma roupagem diferente. Foi a lei de 25 de junho de 2001 que dispôs sobre esse novo procedimento. Antigamente, havia apenas uma *chambre* responsável pela filtragem, hoje cada *chambre* se incumbem de analisar os seus recursos, mediante a formação variável de três magistrados. No procedimento extinto, era obrigatória a análise de todos os recursos, hoje só passam por esse procedimento os que parecem justificar uma decisão de não admissão. Essa filtragem, portanto, pressupõe uma análise pela *chambre* sobre o recurso e, ainda, uma parecer do Ministério Público. A decisão emitida não precisa ser fundamentada. Qualquer caso que justifique um exame em profundidade é objeto de uma instrução escrita do conselheiro designado, em que devem constar a análise do caso, como um relatório, apontando, ainda, a análise dos motivos, os interesses envolvidos das questões de direito envolvidas, referências jurisprudenciais e a proposta de juízo que se entende adequada. A formação de três magistrados foi determinada por uma lei de 23 de abril de 1997. Esse grupo, portanto, é que determina se rejeita, cassa, declara improcedente ou não admite o recurso de cassação.<sup>275</sup> Assim, a Corte de Cassação passou a adotar, novamente, uma forma filtragem, disposta no art. L431-1<sup>276</sup>, do Código de Organização Judiciária Francês.

---

<sup>274</sup> FRANÇA. *Cour de Cassation*. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2011

<sup>275</sup> FRANÇA. *Cour de Cassation*. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2011

<sup>276</sup> Article L431-1- Les affaires soumises à une chambre civile sont examinées par une formation de trois magistrats appartenant à la chambre à laquelle elles ont été distribuées. Cette formation statue lorsque la solution du pourvoi s'impose. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre. Toutefois, le premier président ou le président de la chambre concernée, ou leurs délégués, d'office ou à la demande du procureur général ou de l'une des parties, peuvent renvoyer directement une affaire à l'audience de la chambre par décision non motivée. FRANÇA. Code de L'organisation Judiciaire, de 1 de fevereiro de 2011. Disponível em:

Note-se que, comparando-se com o procedimento do prequestionamento, o sistema de filtragem francês é bastante distinto, principalmente pelo fato de a aceitação dos recursos ser discricionária. O acesso à Corte é livre em todas as matérias, mas em questões cíveis há a possibilidade de o recurso não ser examinado pela Corte. A alteração na legislação francesa é recente, levando-se em consideração que foi feita em 2001 e que desde 1947 essa filtragem não era mais realizada.

Não obstante, o art. 604, do Código de Processo Civil Francês dispõe sobre o Recurso de Cassação afirmando que “*le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit.*”<sup>277</sup> O art. 620, do Código de Processo Civil Francês prevê, por sua vez que “*la Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné (...)*”.<sup>278</sup> A conjugação desses dois dispositivos faz com que a Corte de Cassação francesa confira duas conseqüências decorrentes da censura: a anulação fatal da decisão, pelo dispositivo errado ou a manutenção, promovendo a substituição de motivos, considerando o dispositivo como exato, mas a motivação contrária ao direito.<sup>279</sup> Ainda, importante destaque para a lei de 3 de janeiro de 1979 que alterou a redação do art. 627 do Código de Processo Civil Francês<sup>280</sup>, que

---

<[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D8237601135BA827E4CE4D6D8044BF54.tpdjo11v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20110221](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D8237601135BA827E4CE4D6D8044BF54.tpdjo11v_2?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20110221)>. Acesso em: 20 fev. 2011.

<sup>277</sup> FRANÇA. Code de Procédure Civile, de 16 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20110221>>. Acesso em 20 jan. 2011. O recurso de cassação por meio da Corte de Cassação tende a fazer censura à decisão que não está em conformidade com as regras de direito. (Tradução livre).

<sup>278</sup> FRANÇA. Code de Procédure Civile, de 16 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20110221>>. Acesso em 20 jan. 2011. A Corte de Cassação pode rejeitar o recurso, substituindo o motivo errôneo por um motivo de puro direito. (Tradução livre).

<sup>279</sup> JOLY, André. Prefácio. In: PRIEUR, *La substitution de motifs par La cour de cassation*. Paris: Economica, 1986. p. III

<sup>280</sup> Art. 627 - Ainsi qu'il est dit à l'article L131-5 du Code de l'organisation judiciaire : "La Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond. Elle peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée. En ces cas, elle se prononce sur la charge des dépens afférents aux instances devant les juges du fond. L'arrêt emporte exécution forcée. FRANÇA. Code de L'organisation Judiciaire, de 1 de fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D8237601135BA827E4CE4D6D8044BF54.tpdjo11v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20110221](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D8237601135BA827E4CE4D6D8044BF54.tpdjo11v_2?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20110221)>. Acesso em: 20 fev. 2011.



conjugado com os artigos citados anteriormente, permite que a Corte de Cassação possa cassar a decisão sem realizar o reenvio.<sup>281</sup>

O art. 620 que instituiu a substituição de motivos surgiu no Novo Código de Processo Civil francês como uma novidade. No entanto, ele só veio para homologar está técnica que já havia aparecido discretamente na jurisprudência da Corte do Século XIX. A própria Corte, dessa forma, reconheceu a substituição de motivos como uma faculdade relevante derivada do seu poder discricionário. André Joly afirma que isso jamais foi admitido pela Corte, entretanto é possível constatar pelo estudo de sua jurisprudência.<sup>282</sup>

Micaela Curami informa que nos últimos anos do século XVIII já era possível encontrar na jurisprudência da Corte de Cassação a praxe de rejeitar o recurso fundado em um erro não causal e de corrigir a parte da motivação em direito que continha um erro.<sup>283</sup> O motivo desse retardo legislativo pode ser atribuído à própria natureza da substituição de motivos e no problema de colocação sistemática que tal instituto põe no ordenamento processual francês. A idéia que está na base da Corte de Cassação é a de cisão entre o controle de legalidade e o controle da justiça da sentença: o juízo de cassação pode operar um mero controle de legalidade, estando preclusa a investigação sobre o mérito da causa. Confrontando essa rigidez, a substituição de motivos, parece, à primeira vista, expressão de um poder novo, estranho a sua natureza institucional.<sup>284</sup>

A substituição de motivos pode decorrer de uma regra de ordem pública ou de interesse privado. O motivo atacado pode ser tanto de fundo, como de procedimento ou de competência.<sup>285</sup> Ainda, é possível constatar que a Corte de

---

<sup>281</sup> A própria Corte justifica esse procedimento afirmando que “a Corte pode anular sem reenvio, seja porque a cassação não implica em voltar a decidir sobre a questão de mérito, seja porque os fatos, tal como foram constatados e apreciados soberanamente pelos juízes de mérito, a permitem aplicar a norma de direito adequado. O objetivo é acelerar, assim, o curso dos procedimentos e permitir o respeito de uma exigência de grande importância do processo justo, ou seja, o direito da parte em ser julgada em um prazo razoável.” FRANÇA. *Cour de Cassation*. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2011 (Tradução livre)

<sup>282</sup> JOLY, André. Prefácio. In: PRIEUR, La substitution de motifs par La cour de cassation. Paris: Economica, 1986. p. III

<sup>283</sup> CURAMI, Micaela. La substitution de motifs nella cassazione francese. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 45, n. 3, lugl./sett., 1990. p. 754

<sup>284</sup> CURAMI, Micaela. La substitution de motifs nella cassazione francese. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 45, n. 3, lugl./sett., 1990. p. 755-756

<sup>285</sup> PRIEUR, La substitution de motifs par La cour de cassation. Paris: Economica, 1986. p. 59

Cassação pode utilizar todas as qualificações como todas as regras de direito para substituir a motivação da decisão contestada.<sup>286</sup>

Prieur propõe uma definição da noção de substituição de motivos: caracteriza-se como a técnica que permite remediar um vício de fundo, o erro da motivação, que resulta na cassação a título da violação da lei, pela adoção de uma motivação própria, tanto em direito como nos fatos, em substituição à decisão atacada.<sup>287</sup>

Isso leva a conclusão que a substituição de motivos confronta diretamente a missão tradicional conferida à Corte de Cassação. Ao permitir que a Corte adote uma motivação própria, tanto de fato como de direito, ela deixa de ser vista apenas como o órgão de simples controle da aplicação do direito. É fácil perceber que de guardiã do direito, a Corte Suprema francesa passou a ocupar o topo da hierarquia judiciária, sendo a mais competente tecnicamente para proceder ela mesma a uma aplicação direta do direito quando as circunstâncias permitem. O novo Código de Processo Civil, assim, consagrou tardiamente essa extensão do papel da Corte de Cassação.<sup>288</sup>

Comparando esses dois sistemas com o brasileiro, Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>289</sup> chega à seguinte conclusão:

Portanto, pode-se dizer que no modelo brasileiro nossos órgãos judiciais colegiados operam, em princípio, como Cortes de revisão, podendo, em certos casos, atuar como instâncias de cassação; nesta última hipótese, agindo numa sorte de *custos legis*, procedem a um *contraste objetivo de legalidade* acerca da estrutura formal do processo e da validade técnico-jurídica do julgado, delibação essa que pode levar ao descarte da decisão recorrida, reenviando-se os autos ao juízo *a quo*. Aliás, bem por isso, os aspectos concernentes à existência e validade do processo, e às condições da ação, são cognoscíveis de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, arts. 243 a 250; 267, § 3º), não se lhes aplicando a preclusão *pro judicato*.

Dessa forma, ainda que se entenda que não é papel do STJ agir como Corte de Cassação, em certos casos há de ocorrer a declaração de nulidade do julgado ou de todo um processo, dependendo da irregularidade verificada, pois, como destaca

<sup>286</sup> PRIEUR, La substitution de motifs par La cour de cassation. Paris: Economica, 1986. p. 77

<sup>287</sup> PRIEUR, La substitution de motifs par La cour de cassation. Paris: Economica, 1986. p. 89

<sup>288</sup> PRIEUR, La substitution de motifs par La cour de cassation. Paris: Economica, 1986. p. 216

<sup>289</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 242

o autor referido, cabe aos tribunais superiores preceder ao “contraste objetivo de legalidade acerca da estrutura formal do processo e da validade técnico-jurídica do julgado”. Não há no Brasil a separação da cassação e da revisão e, por esse motivo, mais imperioso que o STJ analise questões de ordem pública que, além de não precluírem, são fundamentais para que se proporcione às partes processos justos e decisões efetivas. Afinal de contas, se o monopólio da resolução de conflitos foi dado ao judiciário, fundamental que esse exerça seu papel de forma a proporcionar ao cidadão a melhor solução para o seu litígio em conformidade com os preceitos legais.

### 3.2.2 O *Writ of Certiorari* anglo-saxão

O *writ of certiorari*, chamava-se, inicialmente, de *writ of error*, que vinha da *common law* e foi retirado da Lei Orgânica do Judiciário (federal) norte-americano em 1928. Se a *federal question* não chegasse à Suprema Corte por meio do *writ of appeal*, poderia, quando considerada *imperative public importance* pela Corte, ser excepcionalmente aceita por meio do *writ of certiorari*.<sup>290</sup>

O termo *certiorari* significa um *writ* (ordem judicial) original, ao determinar que juízes de uma corte inferior ou oficiais certifiquem e transfiram o registro dos procedimentos da corte inferior no caso em exame para uma corte superior. No vocabulário da Suprema Corte, o sentido originário do termo foi expandido. *Certiorari* refere-se, genericamente, ao processo de revisão discricionária pela Suprema Corte de uma decisão de corte inferior. Essa revisão é buscada por meio de uma petição que requer *writ of certiorari*.<sup>291</sup>

A Constituição norte-americana, como documento eminentemente principiológico, dedicou apenas um artigo, o art. III, ao Judiciário Federal. Instituiu um tribunal nacional de cúpula, a Suprema Corte dos Estados Unidos (*United States Supreme Court*). Fixou tão-só sua competência originária (*Trial court*), deixando para

---

<sup>290</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Recurso Extraordinário: raízes. *Revista de Direito Renovar*, v. 27, set./dez., 2003. p. 8

<sup>291</sup> MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A Repercussão Geral e o Writ of Certiorari: breve diferenciação. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 26, p. 139-146, 2009. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/view/32](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/32)>. Acesso em: 10 jan. 2011. p. 141

o Congresso estabelecer a competência recursal (*appellate jurisdiction*), o número de juízes, bem como a criação oportuna de tribunais federais inferiores. “Como o Direito estadunidense é acima de tudo “direito judicial”, mesmo a competência originária, constitucional, foi-se alterando com o andar dos tempos.”<sup>292</sup>

Antes da criação dos tribunais regionais federais (*U. S. Courts of Appeals*), pela Reforma de 1891 (*Evarts Act*), a Suprema Corte, afora litígios interestaduais relativos a limites de fronteira e mais outros poucos casos, praticamente atuava como “tribunal de revisão”. A massa processual (*caseload*) era folgada. No tempo de John Jay, primeiro presidente da Corte (1789-1795), “não era incomum o juiz (*justice*) sair a cavalo para julgar conflitos de interesses resolvidos por outros tribunais estaduais.”<sup>293</sup>

Com a industrialização dos Estados Unidos, o número de apelações que deviam ser apreciadas obrigatoriamente (*mandatory appeals*) pela Suprema Corte aumentou muito. Com isso, teve-se de alterar em 1891 a Lei Orgânica do Judiciário Federal (1789 *Judiciary Act*). Foram, como se antecipou, criados os “*Circuits*”, ou seja, os tribunais regionais federais (*U.S. Courts of Appeals*), que passaram a atuar como tribunais intermediários em relação à Suprema Corte e à primeira instância federal. Introduziu-se, mais, na jurisdição recursal, o instituto do *Writ of Certiorari*, de raízes no *common law*.<sup>294</sup>

Algumas apelações continuaram de conhecimento obrigatório (*mandatory*); outras, porém, só por meio de *petition for writ of certiorari*. A pauta da Suprema Corte tornou-se mais uma vez compatível. Em 1914, veio uma nova lei que, por um lado, expandiu mais a jurisdição da Suprema Corte e, por outro, corroborou com o caráter discricionário do *certiorari*. A regra, que prevaleceu de 1789 até então, era de que a jurisdição recursal sobre decisões dos tribunais estaduais se restringia aos casos em que houvesse improcedência de argumento aduzido em ação ou defesa,

<sup>292</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92452>>. Acesso em: 27 dez. 2010. p. 8

<sup>293</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92452>>. Acesso em: 27 dez. 2010. p. 8

<sup>294</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92452>>. Acesso em: 27 dez. 2010. p. 8

em matéria federal. Com a lei de 1914, a Suprema Corte passou a ter jurisdição também quando o julgamento resultasse na procedência da pretensão, mas, daí por diante, apenas mediante o acolhimento do *writ of certiorari*.<sup>295</sup>

Após a Primeira Guerra Mundial, a *caseload* da Suprema Corte ficou novamente abarrotada, insuportável. Nessa época, o presidente da Corte (*chief justice*) era William Howard Taft (1921-1930), que no governo de Theodore Roosevelt (1901-1909), como assessor, já havia feito um esboço de projeto de lei (*bill*) para dificultar ainda mais o acesso das “apelações obrigatórias”. O Congresso se mostrou irredutível. A mudança pretendida não foi feita. Em 1925, depois de muito lobby, o Congresso cedeu e alterou a lei orgânica do Judiciário: o *Judge’s Bill* aumentou ainda mais o *discretionary power* da Suprema Corte. Por outras palavras, as apelações de conhecimento obrigatório (*mandatory appeals*) diminuíram e, em compensação, cresceu o número de *petitions for writ of certiorari*. Nesse último caso, o recurso só seria conhecido se contasse com o aval de quatro dos nove juízes da Corte. Seu primeiro requisito era que a causa ou controvérsia, julgada em última instância pelos tribunais estaduais ou federais, se apresentasse substancialmente relevante para todo o país.<sup>296</sup>

Na prática, o critério da relevância funcionava da seguinte maneira:

(...) os assessores (*law clerks*) dos juízes, pessoas altamente gabaritadas e contratadas por um ano, faziam uma primeira triagem. Estudavam a *petition* e elaboravam relatório com a minuta de seu entendimento pela concessão (*for granting*) ou pela denegação (*for denying*) do recurso. O justice muitas vezes discutia previamente o caso com seu assessor antes de mandar (facultativamente) seu voto (*opinion*) para seus colegas (*brethren*). O presidente da Corte, então, elaborava uma lista de feitos (*discuss list*) para que os diversos recursos nela incluídos fossem debatidos em sessão reservada (*conference*).<sup>297</sup>

<sup>295</sup> DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral – perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 95

<sup>296</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92452>>. Acesso em: 27 dez. 2010. p. 8

<sup>297</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92452>>. Acesso em: 27 dez. 2010. p. 8-9

Interessante notar que havia superposições na fixação dos pressupostos de cabimento do *appeal* e do *certiorari*, de modo que, em algumas hipóteses, tanto se podia tentar o acesso à Corte por uma via quanto por outra. O mais aconselhável era utilizar o *appeal*, cujo conhecimento escapava ao juízo discricionário da Corte, ao menos na medida amplíssima em que ela o exercitava no tocante ao *certiorari*. Por outro lado, a escolha errônea do *appeal* não prejudicava necessariamente a parte: facultava-se à Corte conhecer do recurso como se fosse uma *petition for writ of certiorari*.<sup>298</sup>

Já em 1928, estabeleceu-se a possibilidade de concessão de *certiorari* limitado, ou seja, passou-se a admitir a discussão de “questões constitucionais” inseridas no contexto de um determinado caso concreto. De acordo com esta técnica, o mérito do caso nem sempre será analisado, mas apenas uma questão específica envolvida, ignorando-se outras matérias também abordadas na discussão. Na prática, esta acabou tornando-se a regra. Assim, aquilo que havia sido imaginado como uma forma de lidar rapidamente com casos explicitamente infundados ou já cobertos pelos precedentes consolidados na jurisprudência tornou-se um mecanismo de poder discricionário na escolha da agenda da Suprema Corte.<sup>299</sup>

Esta utilização ampla da discricionariedade conferida pelo *writ of certiorari*, especialmente em sua modalidade limitada, traz consigo problemas de harmonização com a justificação tradicional do judicial review e com a exigência do devido processo legal (*due process*).<sup>300</sup>

As pautas continuavam congestionadas. Muitos recursos de *certiorari* demoravam às vezes mais de ano para serem julgados. Com a criação de entidades que podiam editar normas próprias (*agencies* e *commissions*), o número de conflitos de interpretação da legislação federal e da própria Constituição cresceu expressivamente. Na década de 1960, na presidência de Earl Warren (1953-1969), o

<sup>298</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 581

<sup>299</sup> PINTO, José Guilherme Berman C. O Writ of Certiorari. *Revista Jurídica*, v. 9, n. 86, ago./set., 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_86/Artigos/PDF/JoseGuilherme\\_rev86.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/Artigos/PDF/JoseGuilherme_rev86.pdf)> Acesso em: 15 jan. 2011. p. 90

<sup>300</sup> PINTO, José Guilherme Berman C. O Writ of Certiorari. *Revista Jurídica*, v. 9, n. 86, ago./set., 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_86/Artigos/PDF/JoseGuilherme\\_rev86.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/Artigos/PDF/JoseGuilherme_rev86.pdf)> Acesso em: 15 jan. 2011.p. 90

serviço judicial aumentou muito em razão dos *civil rights*. Na década seguinte (1970), a *caseload* ficou mais carregada ainda com as demandas relativas a seguro social e a aposentadoria de empregados.

Em 1972, o *Justice Lewis Powell* (1972-1987) teve uma idéia, fruto de observação. Sugeriu a criação de uma “cesta” (*pool*), onde os *law clerks* dos diversos gabinetes (*chambers*) trabalhassem em conjunto. O serviço ficou racionalizado. O denominado *certiorari pool*, de imediato, deu bons resultados. Em 1988, o Congresso alterou mais uma vez a lei orgânica da magistratura: as *mandatory appeals* na prática desapareceram. Em outras palavras, o acesso recursal hoje só mesmo por intermédio da *petition for writ of certiorari*, cuja admissão fica, primeiramente, sujeita aos critérios objetivos do Regimento Interno da Suprema Corte (U.S.S.C. Rules – Rule n. 10), e, em segundo lugar, ao critério subjetivo da relevância, que consiste em avaliação discricionária. O *writ of certiorari* só vai para a *discuss list* se pelo menos quatro dos nove juízes entenderem que a questão é relevante para o país e para a sociedade de um modo geral. Se não figurar na lista, o recurso não é conhecido.<sup>301</sup>

O vigente Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Supreme Court Rules of United States*) é bastante detalhista quanto ao procedimento do *writ of certiorari*. São sete itens com vários subitens na Parte III intitulada de *Jurisdiction on Writ of Certiorari*.

A *Rule 10*<sup>302</sup> dispõe que rever o julgamento não é uma “questão de direito” (*question right*), mas de “discrção da Corte” (*judicial discretion*). Nas letras (a), (b) e

<sup>301</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92452>>. Acesso em: 27 dez. 2010. p. 9

<sup>302</sup> Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari - Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law. ESTADOS UNIDOS. Rules of the

(c), estão dispostos os casos em que cabe o *writ*: a) uma corte de apelação dos Estados Unidos editou uma decisão em conflito com a decisão de outra corte de apelação americana na mesma matéria; ou decidiu uma questão federal de forma conflitante com a decisão de uma corte estadual de última instância; ou se distanciou tanto do procedimento judicial usual e aceitável ou ratificou tal distanciamento perpetrado por uma corte inferior, que se exige o exercício do poder de supervisão da Corte; b) uma corte estadual de última instância tenha decidido uma questão federal importante numa forma que conflite com uma decisão de outra corte estadual de última instância ou de uma corte federal de recursos; c) uma corte estadual ou uma corte federal de recursos tenha decidido uma questão importante de direito federal que não foi, mas deveria ter sido, examinada pela Corte, ou decidiu uma questão federal importante numa forma que conflite com decisões relevantes da Suprema Corte. Os aspectos constantes nessas três letras resumem-se à divergência jurisprudencial, exceção feita à parte final da letra “a”, que autoriza o *certiorari* por vícios processuais.<sup>303</sup>

Importante destaque para a frase final da regra, que diz ser raramente aceito o *writ*, caso a alegação seja sobre conclusões errôneas de fatos (*erroneous factual findings*) ou sobre má aplicação de uma regra propriamente dita de direito (*misapplication of a properly stated rule of law*).

Quando a divergência jurisprudencial ocorre entre tribunais da mesma hierarquia, ou entre tribunais entre os quais não existe vinculação hierárquica, a intervenção da Suprema Corte pode se justificar meramente para o exercício da função uniformizadora. Quando o caso for de divergência entre a jurisprudência da Suprema Corte e o entendimento do tribunal *a quo*, além da uniformização, existe necessidade de se restaurar o *stare decisis* violado pelo julgado que desrespeitou o precedente da Suprema Corte.<sup>304</sup>

---

Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>303</sup> DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral – perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 105

<sup>304</sup> DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral – perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 105



A *Rule 11*<sup>305</sup> admite a subida excepcional de uma causa para a Suprema Corte mesmo antes de ela dar ingresso na segunda instância federal, quando se tratar de *imperative public importance*.

A *Rule 12*<sup>306</sup> cuida das custas do *writ* e do número de cópias (quarenta) da *petition of certiorari*. Se o requerente foi pessoa considerada pobre (*in forma pauperis*), o número de cópias é reduzido para dez. Se o réu for preso, sem advogado, basta uma cópia. A *Rule 12.3*<sup>307</sup> atribui ao peticionário a responsabilidade de notificar com presteza os requeridos (*The petitioner's duty to notify all respondents promptly*). A *Rule 12.4*<sup>308</sup> diz que se houver mais de um interessado processual, basta uma só *petition*. Ainda, causas idênticas ou que apresentem pontos íntimos (*closely related questions*) admitem uma única *petition*. A *Rule 12.5*<sup>309</sup> trata sobre o que seria uma contestação do requerido (*respondent*) que

---

<sup>305</sup> Rule 11. Certiorari to a United States Court of Appeals Before Judgment - A petition for a writ of certiorari to review a case pending in a United States court of appeals, before judgment is entered in that court, will be granted only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court. See 28 U. S. C. § 2101(e). ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>306</sup> Rule 12. Review on Certiorari: How Sought; Parties - 1. Except as provided in paragraph 2 of this Rule, the petitioner shall file 40 copies of a petition for a writ of certiorari, prepared as required by Rule 33.1, and shall pay the Rule 38(a) docket fee. 2. A petitioner proceeding in forma pauperis under Rule 39 shall file an original and 10 copies of a petition for a writ of certiorari prepared as required by Rule 33.2, together with an original and 10 copies of the motion for leave to proceed in forma pauperis. A copy of the motion shall precede and be attached to each copy of the petition. An inmate confined in an institution, if proceeding in forma pauperis and not represented by counsel, need file only an original petition and motion. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>307</sup> Rule 12.3. Whether prepared under Rule 33.1 or Rule 33.2, the petition shall comply in all respects with Rule 14 and shall be submitted with proof of service as required by Rule 29. The case then will be placed on the docket. It is the petitioner's duty to notify all respondents promptly, on a form supplied by the Clerk, of the date of filing, the date the case was placed on the docket, and the docket number of the case. The notice shall be served as required by Rule 29. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>308</sup> Rule 12.4. Parties interested jointly, severally, or otherwise in a judgment may petition separately for a writ of certiorari; or any two or more may join in a petition. A party not shown on the petition as joined therein at the time the petition is filed may not later join in that petition. When two or more judgments are sought to be reviewed on a writ of certiorari to the same court and involve identical or closely related questions, a single petition for a writ of certiorari covering all the judgments suffices. A petition for a writ of certiorari may not be joined with any other pleading, except that any motion for leave to proceed in forma pauperis shall be attached. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>309</sup> Rule 12.5. No more than 30 days after a case has been placed on the docket, a respondent seeking to file a conditional cross-petition (i. e., a cross-petition that otherwise would be untimely) shall file, with proof of service as required by Rule 29, 40 copies of

também deve vir com quarenta cópias. A *Rule 12.6*<sup>310</sup> trata da manifestação da parte contrária quanto à juntada de documentos e da possibilidade de manifestação de apoio ao requerente que deverá ser juntado no prazo máximo de 20 dias da colocação da questão em pauta. A *Rule 12.7*<sup>311</sup> disciplina que, normalmente, o “secretário” do tribunal recorrido (*clerk*) fica aguardando a notificação do *clerk* da Suprema Corte para remeter a documentação formada (*record*). As páginas já devem seguir numeradas, e as cópias certificadas, nada impedindo que o secretário do tribunal recorrido envie, quando julgar conveniente, documento original.

---

the cross-petition prepared as required by Rule 33.1, except that a cross-petitioner proceeding in forma pauperis under Rule 39 shall comply with Rule 12.2. The cross-petition shall comply in all respects with this Rule and Rule 14, except that material already reproduced in the appendix to the opening petition need not be reproduced again. A cross-petitioning respondent shall pay the Rule 38(a) docket fee or submit a motion for leave to proceed in forma pauperis. The cover of the cross-petition shall indicate clearly that it is a conditional cross-petition. The cross-petition then will be placed on the docket, subject to the provisions of Rule 13.4. It is the cross-petitioner’s duty to notify all cross-respondents promptly, on a form supplied by the Clerk, of the date of filing, the date the cross-petition was placed on the docket, and the docket number of the cross-petition. The notice shall be served as required by Rule 29. A cross-petition for a writ of certiorari may not be joined with any other pleading, except that any motion for leave to proceed in forma pauperis shall be attached. The time to file a conditional cross-petition will not be extended. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>310</sup> Rule 12.6. All parties to the proceeding in the court whose judgment is sought to be reviewed are deemed parties entitled to file documents in this Court, unless the petitioner notifies the Clerk of this Court in writing of the petitioner’s belief that one or more of the parties below have no interest in the outcome of the petition. A copy of such notice shall be served as required by Rule 29 on all parties to the proceeding below. A party noted as no longer interested may remain a party by notifying the Clerk promptly, with service on the other parties, of an intention to remain a party. All parties other than the petitioner are considered respondents, but any respondent who supports the position of a petitioner shall meet the petitioner’s time schedule for filing documents, except that a response supporting the petition shall be filed within 20 days after the case is placed on the docket, and that time will not be extended. Parties who file no document will not qualify for any relief from this Court. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>311</sup> 7. The clerk of the court having possession of the record shall keep it until notified by the Clerk of this Court to certify and transmit it. In any document filed with this Court, a party may cite or quote from the record, even if it has not been transmitted to this Court. When requested by the Clerk of this Court to certify and transmit the record, or any part of it, the clerk of the court having possession of the record shall number the documents to be certified and shall therewith a numbered list specifically identifying each document transmitted. If the record, or stipulated portions, have been printed for the use of the court below, that printed record, plus the proceedings in the court below, may be certified as the record unless one of the parties or the Clerk of this Court requests otherwise. The record may consist of certified copies, but if the lower court is of the view that original documents of any kind should be seen by this Court, that court may provide by order for the transport, safekeeping, and return of such originals. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

A *Rule 13.1*<sup>312</sup> dispõe que o prazo para a propositura do pedido na Suprema Corte deve ser feito dentro de 90 dias do julgamento a ser revisto. A *Rule 13.2*<sup>313</sup> afirma que o pedido a destempo (*out of time*) é sumariamente indeferido. A *Rule 13.3*<sup>314</sup> diz que o prazo é computado do registro do julgamento. A *Rule 13.4*<sup>315</sup> trata do prazo das contrarrazões (*respondent*) que também deverá ser apresentada dentro do prazo regimental. A *Rule 13.5*<sup>316</sup> determina que o Juiz da Suprema Corte pode ampliar o prazo para até 60 dias (*for good cause*).

A *Rule 14.1*<sup>317</sup> é bastante extensa e disciplina cuidadosamente como deve ser a *petition for certiorari*. Deve ser ela concisa, sem detalhes desnecessários

---

<sup>312</sup> Rule 13. Review on Certiorari: Time for Petitioning - 1. Unless otherwise provided by law, a petition for a writ of certiorari to review a judgment in any case, civil or criminal, entered by a state court of last resort or a United States court of appeals (including the United States Court of Appeals for the Armed Forces) is timely when it is filed with the Clerk of this Court within 90 days after entry of the judgment. A petition for a writ of certiorari seeking review of a judgment of a lower state court that is subject to discretionary review by the state court of last resort is timely when it is filed with the Clerk within 90 days after entry of the order denying discretionary review. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>313</sup> Rule 13.2. The Clerk will not file any petition for a writ of certiorari that is jurisdictionally out of time. See, e. g., 28 U. S. C. § 2101(c). ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>314</sup> Rule 13.3. The time to file a petition for a writ of certiorari runs from the date of entry of the judgment or order sought to be reviewed, and not from the issuance date of the mandate (or its equivalent under local practice). But if a petition for rehearing is timely filed in the lower court by any party, or if the lower court appropriately entertains an untimely petition for rehearing or sua sponte considers rehearing, the time to file the petition for a writ of certiorari for all parties (whether or not they requested rehearing or joined in the petition for rehearing) runs from the date of the denial of rehearing or, if rehearing is granted, the subsequent entry of judgment. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>315</sup> Rule 13.4. A cross-petition for a writ of certiorari is timely when it is filed with the Clerk as provided in paragraphs 1, 3, and 5 of this Rule, or in Rule 12.5. However, a conditional cross-petition (which except for Rule 12.5 would be untimely) will not be granted unless another party's timely petition for a writ of certiorari is granted. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>316</sup> Rule 13.5. For good cause, a Justice may extend the time to file a petition for a writ of certiorari for a period not exceeding 60 days. An application to extend the time to file shall set out the basis for jurisdiction in this Court, identify the judgment sought to be reviewed, include a copy of the opinion and any order respecting rehearing, and set out specific reasons why an extension of time is justified. The application must be filed with the Clerk at least 10 days before the date the petition is due, except in extraordinary circumstances. For the time and manner of presenting the application, see Rules 21, 22, 30, and 33.2. An application to extend the time to file a petition for a writ of certiorari is not favored. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>317</sup> Rule 14. Content of a Petition for a Writ of Certiorari - 1. A petition for a writ of certiorari shall contain, in the order indicated: (a) The questions presented for review, expressed concisely in relation to the circumstances of the case, without unnecessary detail. The questions

(*unnecessary detail*), sem repetições. Se o *petitioner* estiver sentenciado à morte (*death sentence*), tal fato deve ficar em destaque: um *capital case*. Todas as partes envolvidas na decisão que será revista deverão ser indicadas.<sup>318</sup> Se a petição exceder cinco páginas ou mil e quinhentas palavras, será feita uma tabela de conteúdo.<sup>319</sup> Devem ser citados opiniões oficiais e não-oficiais de Cortes ou agências administrativas.<sup>320</sup> Deve ser indicada a data do julgamento, assim como os pedidos a serem analisados. A data de qualquer nova audiência, bem como as datas e os termos de possível pedido de prorrogação de prazo. Indicar, também as disposições legais.<sup>321</sup> Os textos constitucionais e legais devem ser transcritos.<sup>322</sup> Deve ser feita uma descrição sucinta do caso, estabelecendo os fatos que devem ser considerados: se for solicitada a revisão de uma decisão de uma Corte Estadual, deve ser especificada a fase que está o processo, tanto na Corte de primeira

---

should be short and should not be argumentative or repetitive. If the petitioner or respondent is under a death sentence that may be affected by the disposition of the petition, the notation "capital case" shall precede the questions presented. The questions shall be set out on the first page following the cover, and no other information may appear on that page. The statement of any question presented is deemed to comprise every subsidiary question fairly included therein. Only the questions set out in the petition, or fairly included therein, will be considered by the Court. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>318</sup> (b) A list of all parties to the proceeding in the court whose judgment is sought to be reviewed (unless the caption of the case contains the names of all the parties), and a corporate disclosure statement as required by Rule 29.6. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>319</sup> (c) If the petition exceeds five pages or 1,500 words, a table of contents and a table of cited authorities. The table of contents shall include the items contained in the appendix. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>320</sup> d) Citations of the official and unofficial reports of the opinions and orders entered in the case by courts or administrative agencies. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>321</sup> (e) A concise statement of the basis for jurisdiction in this Court, showing: (i) the date the judgment or order sought to be reviewed was entered (and, if applicable, a statement that the petition is filed under this Court's (Rule 11); (ii) the date of any order respecting rehearing, and the date and terms of any order granting an extension of time to file the petition for a writ of certiorari; (iii) express reliance on Rule 12.5, when a cross-petition for a writ of certiorari is filed under that Rule, and the date of docketing of the petition for a writ of certiorari in connection with which the cross-petition is filed; (iv) the statutory provision believed to confer on this Court jurisdiction to review on a writ of certiorari the judgment or order in question; and (v) if applicable, a statement that the notifications required by Rule 29.4(b) or (c) have been made. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>322</sup> (f) The constitutional provisions, treaties, statutes, ordinances, and regulations involved in the case, set out verbatim with appropriate citation. If the provisions involved are lengthy, their citation alone suffices at this point, and their pertinent text shall be set out in the appendix referred to in subparagraph 1(i). ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

instância quanto na Corte de apelação e se foi levantada questão federal, devem ser declaradas todas as circunstâncias acerca do pedido, a fim de demonstrar a competência da Corte; se for pedida a revisão de decisão da Corte de Apelação, a base para a jurisdição federal será a Corte de primeira instância.<sup>323</sup> Deve haver um argumento forte e conciso ampliando as razões invocadas para o subsídio do *writ*.<sup>324</sup> Por fim, deve conter o *writ* um apêndice com: pareceres, despachos, conclusões legais em conjugação com a decisão a ser revista; qualquer outro parecer ou despacho de Corte ou Agência Administrativa; qualquer ordem de nova audiência; a decisão a ser revista; qualquer outro material considerado relevante.<sup>325</sup> A *Rule* 14.2<sup>326</sup> especifica que não deve haver anexos e nada além do necessário para o

<sup>323</sup> (g) A concise statement of the case setting out the facts material to consideration of the questions presented, and also containing the following: (i) If review of a state-court judgment is sought, specification of the stage in the proceedings, both in the court of first instance and in the appellate courts, when the federal questions sought to be reviewed were raised; the method or manner of raising them and the way in which they were passed on by those courts; and pertinent quotations of specific portions of the record or summary thereof, with specific reference to the places in the record where the matter appears (e. g., court opinion, ruling on exception, portion of court's charge and exception thereto, assignment of error), so as to show that the federal question was timely and properly raised and that this Court has jurisdiction to review the judgment on a writ of certiorari. When the portions of the record relied on under this subparagraph are voluminous, they shall be included in the appendix referred to in subparagraph 1(i). (ii) If review of a judgment of a United States court of appeals is sought, the basis for federal jurisdiction in the court of first instance. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>324</sup> (h) A direct and concise argument amplifying the reasons relied on for allowance of the writ. See Rule 10. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>325</sup> (i) An appendix containing, in the order indicated: (i) the opinions, orders, findings of fact, and conclusions of law, whether written or orally given and transcribed, entered in conjunction with the judgment sought to be reviewed; (ii) any other relevant opinions, orders, findings of fact, and conclusions of law entered in the case by courts or administrative agencies, and, if reference thereto is necessary to ascertain the grounds of the judgment, of those in companion cases (each document shall include the caption showing the name of the issuing court or agency, the title and number of the case, and the date of entry); (iii) any order on rehearing, including the caption showing the name of the issuing court, the title and number of the case, and the date of entry; (iv) the judgment sought to be reviewed if the date of its entry is different from the date of the opinion or order required in subparagraph (i) of this subparagraph; (v) material required by subparagraphs 1(f) or 1(g)(i); and (vi) any other material the petitioner believes essential to understand the petition. If the material required by this subparagraph is voluminous, it may be presented in a separate volume or volumes with appropriate covers. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>326</sup> Rule 14.2. All contentions in support of a petition for a writ of certiorari shall be set out in the body of the petition, as provided in subparagraph 1(h) of this Rule. No separate brief in support of a petition for a writ of certiorari may be filed, and the Clerk will not file any petition for a writ of certiorari to which any supporting brief is annexed or appended. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

writ. A *Rule 14.3*<sup>327</sup> disciplina a rigidez da necessidade dos termos serem claros e de não ocorrer excesso de páginas além do previsto. A *Rule 14.4*<sup>328</sup> complementa afirmando que se a *petition* não for breve e clara, poderá sofrer pena de indeferimento. A *Rule 14.5*<sup>329</sup> traz a ressalva de que o secretário poderá baixar a *petition* para ser emendada ou refeita pelo requerente.

A *Rule 15.1*<sup>330</sup> dispõe que o resumo das razões (*brief*) do *respondent* não é de apresentação obrigatória, salvo se tratar de sentença de pena de morte. A *Rule 15.2*<sup>331</sup> dispõe que os limites de páginas não devem ser ultrapassados e que na *petition* devem ser alegados todos os erros percebidos na decisão, tanto de fato como de direito. A *Rule 15.3*<sup>332</sup> determina que o prazo para depósito do *brief* é de

---

<sup>327</sup> Rule 14.3. A petition for a writ of certiorari should be stated briefly and in plain terms and may not exceed the word or page limitations specified in Rule 33. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>328</sup> Rule 14.4. The failure of a petitioner to present with accuracy, brevity, and clarity whatever is essential to ready and adequate understanding of the points requiring consideration is sufficient reason for the Court to deny a petition. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>329</sup> Rule 14.5. If the Clerk determines that a petition submitted timely and in good faith is in a form that does not comply with this Rule or with Rule 33 or Rule 34, the Clerk will return it with a letter indicating the deficiency. A corrected petition submitted in accordance with Rule 29.2 no more than 60 days after the date of the Clerk's letter will be deemed timely. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>330</sup> Rule 15. Briefs in Opposition; Reply Briefs; Supplemental Briefs - 1. A brief in opposition to a petition for a writ of certiorari may be filed by the respondent in any case, but is not mandatory except in a capital case, see Rule 14.1(a), or when ordered by the Court. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>331</sup> Rule 15.2. A brief in opposition should be stated briefly and in plain terms and may not exceed the word or page limitations specified in Rule 33. In addition to presenting other arguments for denying the petition, the brief in opposition should address any perceived misstatement of fact or law in the petition that bears on what issues properly would be before the Court if certiorari were granted. Counsel are admonished that they have an obligation to the Court to point out in the brief in opposition, and not later, any perceived misstatement made in the petition. Any objection to consideration of a question presented based on what occurred in the proceedings below, if the objection does not go to jurisdiction, may be deemed waived unless called to the Court's attention in the brief in opposition.

<sup>332</sup> Rule 15.3. Any brief in opposition shall be filed within 30 days after the case is placed on the docket, unless the time is extended by the Court or a Justice, or by the Clerk under Rule 30.4. Forty copies shall be filed, except that a respondent proceeding in forma pauperis under Rule 39, including an inmate of an institution, shall file the number of copies required for a petition by such a person under Rule 12.2, together with a motion for leave to proceed in forma pauperis, a copy of which shall precede and be attached to each copy of the brief in opposition. If the petitioner is proceeding in forma pauperis, the respondent shall prepare its brief in opposition, if any, as required by Rule 33.2, and shall file an original and 10 copies of that brief. Whether prepared under Rule 33.1 or Rule 33.2, the brief in opposition shall comply with the requirements of Rule 24 governing a respondent's brief, except that no summary of the argument is required. A brief in opposition may not be joined with any other pleading, except that any motion for leave to proceed in forma pauperis shall be attached.

trinta dias da pauta. A *Rule 15.4*<sup>333</sup> dispõe que toda alegação contra o *certiorari* deve ser exposto no *brief*, assim como objeções contra a jurisdição da Corte para conceder o *writ*. A *Rule 15.5*<sup>334</sup> dispõe sobre depósito do *brief*. A *Rule 15.6*<sup>335</sup> disciplina que pode haver resposta aos pontos novos apresentado pelo *brief* do requerido da parte de qualquer dos requerentes. A *Rule 15.7*<sup>336</sup> trata sobre a *cross-petition* que seria uma petição cruzada. A *Rule 15.8*<sup>337</sup> trata da possibilidade de as partes juntarem novo *brief*, enquanto estiver pendente o julgamento do *certiorari*, desde que o motivo para nova juntada seja demonstração de casos novos, nova legislação ou novas alegações que não eram conhecidas à época da juntada anterior.

A *Rule 16*<sup>338</sup> enuncia as três possíveis decisões que a Suprema Corte pode tomar ao analisar a petição de *certiorari*: (i) negar o *certiorari*, hipótese em que a

The brief in opposition shall be served as required by Rule 29. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>333</sup> Rule 15.4. No motion by a respondent to dismiss a petition for a writ of certiorari may be filed. Any objections to the jurisdiction of the Court to grant a petition for a writ of certiorari shall be included in the brief in opposition. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 5 an 2011.

<sup>334</sup> Rule 15.5. The Clerk will distribute the petition to the Court for its consideration upon receiving an express waiver of the right to file a brief in opposition, or, if no waiver or brief in opposition is filed, upon the expiration of the time allowed for filing. If a brief in opposition is timely filed, the Clerk will distribute the petition, brief in opposition, and any reply brief to ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>335</sup> Rule 15.6. Any petitioner may file a reply brief addressed to new points raised in the brief in opposition, but distribution and consideration by the Court under paragraph 5 of this Rule will not be deferred pending its receipt. Forty copies shall be filed, except that a petitioner proceeding in forma pauperis under Rule 39, including an inmate of an institution, shall file the number of copies required for a petition by such a person under Rule 12.2. The reply brief shall be served as required by Rule 29. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>336</sup> Rule 15.7. If a cross-petition for a writ of certiorari has been docketed, distribution of both petitions will be deferred until the cross-petition is due for distribution under this Rule. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>337</sup> Rule 15.8. Any party may file a supplemental brief at any time while a petition for a writ of certiorari is pending, calling attention to new cases, new legislation, or other intervening matter not available at the time of the party's last filing. A supplemental brief shall be restricted to new matter and shall follow, insofar as applicable, the form for a brief in opposition prescribed by this Rule. Forty copies shall be filed, except that a party proceeding in forma pauperis under Rule 39, including an inmate of an institution, shall file the number of copies required for a petition by such a person under Rule 12.2. The supplemental brief shall be served as required by Rule 29. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>338</sup> Rule 16. Disposition of a Petition for a Writ of Certiorari - 1. After considering the documents distributed under Rule 15, the Court will enter an appropriate order. The order may be a

decisão inferior é mantida integralmente; (ii) admitir o *certiorari*, convocando os litigantes para apresentar razões orais e escritas defendendo suas respectivas posições; e (iii) proferir uma decisão sumária sobre o mérito (*summary disposition*). Neste terceiro caso, são necessários seis juízes para, imediatamente, proferir-se uma decisão sobre o mérito de determinada questão, confirmando ou reformando o julgamento anterior.<sup>339</sup>

Hoje, mais de 7.000 recursos de *certiorari* chegam à Suprema Corte todo ano. A maioria das *petitions* diz respeito a questões criminais, sobretudo de réus “legalmente miseráveis”, como se diz tecnicamente no Brasil, ou *in forma pauperis*, como se fala tecnicamente por lá. De 1.825 recursos interpostos com pagamento de custas, só 4% receberam um “*granted*”; dos mais de 6.000 *writs of certiorari* de “recorrentes miseráveis”, o percentual ficou em torno de 5%.<sup>340</sup> As partes não possuem direito a recurso, pois o que é considerado é o interesse social.<sup>341</sup>

A Constituição dos Estados Unidos, como já se antecipou, não fixou o número de juízes da Suprema Corte. Deixou por conta do Congresso. Originalmente, seis eram os julgadores: um *chief justice* e cinco *associate justices*. Lei de 1801 cortou um cargo de *associate*. Um ano depois, nova lei voltou com o número original. Em 1807, houve um acréscimo de mais um juiz-membro. Outro *associate justice* foi somado em 1837, mais outro, em 1863. Lei de 1866 determinou, porém, ficasse o número de *associates* congelado em seis. Por fim, em 1869, veio

---

summary disposition on the merits. 2. Whenever the Court grants a petition for a writ of certiorari, the Clerk will prepare, sign, and enter an order to that effect and will notify forthwith counsel of record and the court whose judgment is to be reviewed. The case then will be scheduled for briefing and oral argument. If the record has not previously been filed in this Court, the Clerk will request the clerk of the court having possession of the record to certify and transmit it. A formal writ will not issue unless specially directed. 3. Whenever the Court denies a petition for a writ of certiorari, the Clerk will prepare, sign, and enter an order to that effect and will notify forthwith counsel of record and the court whose judgment was sought to be reviewed. The order of denial will not be suspended pending disposition of a petition for rehearing except by order of the Court or a Justice. ESTADOS UNIDOS. Rules of the Supreme Court of the United States, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

<sup>339</sup> PINTO, José Guilherme Berman C. O Writ of Certiorari. *Revista Jurídica*, v. 9, n. 86, ago./set., 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_86/Artigos/PDF/JoseGuilherme\\_rev86.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/Artigos/PDF/JoseGuilherme_rev86.pdf)> Acesso em: 15 jan. 2011. p. 93

<sup>340</sup> MESSITE, Peter J. The Writ of Certiorari: Deciding Which Cases to Review. *America.gov*. Disponível em: <<http://www.america.gov/st/usg-english/2008/July/20080814211720XJyrreP0.5789301.html>>. Acesso em: 12 jan 2011.

<sup>341</sup> REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. Anotações sobre o poder judiciário americano. *Revista de informação legislativa*, v.33, nº 129, p. 237-247, jan./mar. de 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176396>>. Acesso em: 15 fev. 2011. p. 240



mais alteração: a Corte seria constituída de um presidente (*chief*) e oito juízes-membros (*associates*), montante que permanece até hoje.<sup>342</sup>

Para que se aceite este papel diferenciado da Suprema Corte, é preciso reconhecer seu caráter político, e não meramente jurídico. Sua função dentro do mecanismo de freios e contrapesos imaginado pela teoria democrática estadunidense é mais destacada sob esta compreensão, ultrapassando a esfera do puramente jurídico.<sup>343</sup>

Existe uma dicotomia em relação ao papel da Corte no processo político norte-americano, entre o ativismo e a contenção judicial. O ativismo prega o poder da Corte realizar mudanças significativas na política pública, podendo, inclusive, incentivar ou derrubar políticas legislativas ou executivas. Os defensores do ativismo consideram-no como um dever previsto constitucionalmente que protege os direitos fundamentais do homem. O inverso ao ativismo é a contenção judicial que considera que a Corte não deve influenciar no processo político da sociedade.<sup>344</sup>

Richard Posner<sup>345</sup> destaca que o caráter discricionário da Corte dos Estados Unidos está fazendo com que ela, nos últimos tempos, esteja optando por somente analisar questões constitucionais, admitindo cada vez menos a análise de questões federais. Por isso, Posner afirma que a Corte está cada vez mais se tornando uma

<sup>342</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92452>>. Acesso em: 27 dez. 2010. p. 9. Interessante mencionar o paralelo traçado por Dínio Santis Gracia entre a Cassação Italiana, a Cassação Francesa e a Corte Suprema dos Estados Unidos em artigo datado do ano de 1996. Segundo o autor, esta última “conta com 9 juízes que julgam cerca de 160 recursos por ano (cabendo a cada um 18 processos). Ela recebe cerca de 4.000 causas anualmente, mas, graças ao poder discricionário que tem de selecionar as que vai decidir, retém para exame apenas cerca de 350 processos, dos quais, perto da metade, são decididos sumariamente através de uma sentença *per curiam*, com simples referência a um precedente”. Em situação oposta, encontra-se “a Corte de Cassação Italiana, dotada de 352 magistrados que decidem perto de 35.200 causas por ano (tocando a cada um 97 feitos). Ao Tribunal não cabe a faculdade de selecionar os recursos, devendo conhecer de todos os que lhe são encaminhados em forma legal.” Quanto a Cassação francesa afirma o autor que “apresenta números menores, dispendo de 135 magistrados, julga anualmente cerca de 10.000 processos (atribuídas a cada juiz 75 causas). Falta-lhe, também, o poder seletivo de que dispõe a Corte Suprema dos Estados Unidos.” In: Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v.734, dez., 1996. p. 45

<sup>343</sup> PINTO, José Guilherme Berman C. O Writ of Certiorari. *Revista Jurídica*, v. 9, n. 86, ago./set., 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_86/Artigos/PDF/JoseGuilherme\\_rev86.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/Artigos/PDF/JoseGuilherme_rev86.pdf)> Acesso em: 15 jan. 2011. p. 92

<sup>344</sup> REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. Anotações sobre o poder judiciário americano. *Revista de informação legislativa*, v.33, nº 129, p. 237-247, jan./mar. de 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176396>>. Acesso em: 15 fev. 2011. p. 240

<sup>345</sup> POSNER, Richard. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 31, nov. 2005. p. 39

Corte Política. A discricionariedade sem regras também é um dos motivos apontado pelo autor como causador da progressiva diminuição de casos julgados pela Suprema Corte, já que ela tem o controle total sobre suas decisões, tornando-se o que o autor chama de *superlegislature*, pois a Corte, ultimamente, apenas proclama novas leis que regulam futuras transações e relações.<sup>346</sup>

Exemplo desse comportamento de *superlegislature* é a legislação permitindo que a Justiça decida somente casos que envolvam questões não só jurídicas como políticas.<sup>347</sup> Paul D. Carrington e Roger C. Cramton tecem críticas bastante ferrenhas ao sistema da Corte, não só quanto à discricionariedade de escolha dos recursos e a *superlegislature*, mas também quanto ao sistema de escolha dos juízes. Os autores acreditam que deve haver uma reforma judiciária para que esse sistema de poder dos juízes da Corte termine e que ela passe a julgar mais recursos e retome sua função original.<sup>348</sup>

O caráter discricionário da Corte, como visto, é bastante criticado, principalmente, pelo excesso de poder dado aos juízes e a total liberdade de escolha dos casos que serão julgados. No entanto, mais uma vez, percebe-se que o critério escolhido como filtro dos recursos não é unanimemente aceito. Apesar disso, Ernest J. Brown<sup>349</sup> destaca que seria praticamente impossível que todos os recursos interpostos perante a Corte fossem examinados, embora todos se enquadrem na competência da Corte.

O sistema americano, dessa forma, possui um sistema de filtragem discricionário. A Suprema Corte decide se vai ou não julgar o *certiorari* de acordo com seus critérios. No entanto, tal discricionariedade não é de todo aceita, pelo menos não da forma como ela parece ser exercida, ou seja, sem nenhum tipo de regra ou orientação a ser seguida.

<sup>346</sup> POSNER, Richard. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 31, nov. 2005. p. 60 e 71

<sup>347</sup> CARRINGTON, Paul D.; CRAMTON, Roger C. Judicial Independence in excess: reviving the judicial duty of the Supreme Court. *Cornell Law Review*, v. 94, n. 587, jun., 2009. Disponível em: <[http://www.law.gwu.edu/News/20092010Events/Nov09\\_Conference/Documents/Carrington-Cramton%20-%20Judicial%20Independence.pdf](http://www.law.gwu.edu/News/20092010Events/Nov09_Conference/Documents/Carrington-Cramton%20-%20Judicial%20Independence.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2011. p. 590

<sup>348</sup> CARRINGTON, Paul D.; CRAMTON, Roger C. Judicial Independence in excess: reviving the judicial duty of the Supreme Court. *Cornell Law Review*, v. 94, n. 587, jun., 2009. Disponível em: <[http://www.law.gwu.edu/News/20092010Events/Nov09\\_Conference/Documents/Carrington-Cramton%20-%20Judicial%20Independence.pdf](http://www.law.gwu.edu/News/20092010Events/Nov09_Conference/Documents/Carrington-Cramton%20-%20Judicial%20Independence.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2011. p. 612 e 636

<sup>349</sup> BROWN, Ernest J..Foreword: Processo f Law. *Harvard Law Review*, v. 72, n. 1, Nov., 1958. Disponível em: <<http://novo.periodicos.capes.gov.br/>>. Acesso em: 23 fev. 2011. p. 95

Herbert Wechsler reconhece que a necessidade de barrar-se o acesso livre à Corte é necessária, mas que, no entanto, essa barreira não deve ser discricionária, mas, sim, respeitando os preceitos da *Court Rules*. De acordo com o autor deveria haver uma forma de controlar o processo interpretativo por meio de *Standards*, diferente do sistema discricionário de se abster ou intervir. Ele também ressalta que a *Court Rule* já possui disposições nesse sentido, porém, elas deveriam ser aprimoradas e sua aplicação deveria ser fiel, para evitar que reivindicações de qualquer tipo possam interferir na aceitação ou negação do recurso.<sup>350</sup>

### **3.3 Necessidade de uniformização da jurisprudência em conformidade com os princípios da segurança jurídica e da efetividade do processo**

No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana.<sup>351</sup>

A instabilidade das decisões é algo frustrante tanto para os operadores do direito quanto para as pessoas que recorrem ao judiciário para resolverem seus problemas. Quanto mais leigas as pessoas são, mais difícil fica compreender como o processo do vizinho “deu certo” e o dela não.

Fato é que os julgadores são pessoas comuns e como todo ser humano pode mudar de idéia e divergir de outras pessoas. O que um juiz pensa a respeito do mesmo dispositivo legal, outro pode pensar diferente. O Direito é uma ciência humana, não é exata. Não há fórmulas e caminhos únicos para solucionar os problemas. Justamente, nisso é que resultam os problemas.

---

<sup>350</sup> WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 73, n. 1, p. 1-36, nov. 1959. Disponível em: <<http://novo.periodicos.capes.gov.br/>>. Acesso em: 23 fev. 2011. p. 9

<sup>351</sup> GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *Mundo Jurídico*, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de setembro de 2010.

A unanimidade é difícil de ser conquistada quando cada pessoa pode decidir de acordo com suas convicções e, principalmente, quando fatores externos influenciam nas decisões como a quantidade de processos e o impacto econômico nacional que uma sentença pode atingir. Não obstante, o direito é um fenômeno cultural e histórico e assim como o mundo e a sociedade evolui e se transforma, o direito também se adapta à realidade atual.

No entanto, apesar de todos os fatores que influenciam as decisões judiciais, algumas variantes não podem ser consideradas a ponto de prejudicarem as partes envolvidas. Não se pode admitir que a quantidade de processos seja fator que influencie as decisões judiciais<sup>352</sup>, como o não recebimento de um recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal de matéria processual, por considerar-se essa uma violação reflexa à Constituição ou a negação do recebimento de um recurso especial versando sobre matéria de ordem pública por falta de prequestionamento. Assim como é difícil perceber que os julgadores podem deixar de declarar um tributo inconstitucional pela repercussão econômica que isso teria nos cofres públicos.

Também não é possível admitir que dentro de um mesmo órgão como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça haja tanta divergência sobre um mesmo assunto. Se há polêmica, deve-se reunir todos os Ministros a fim de uniformizar as decisões. Permitir que o caos se prolongue, leva a consequências drásticas e, inclusive, uma descrença no papel que o Judiciário desempenha na resolução dos conflitos.

Essa preocupação com a uniformidade acerca da interpretação do direito federal entre as Turmas e os Ministros que compõem as Cortes Superiores já foi manifestada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, conforme trecho do voto exposto abaixo:

(...) o Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e

---

<sup>352</sup> Torna-se de suma importância ressaltar que o processo célere não é aquele que tem solução rápida, mas aquele em que não houve perda de tempo, ou seja, não houve dilações indevidas, interposição de recursos protelatórios, produção de provas desnecessárias. É por isso que se coloca a questão da celeridade em contraposição a segurança jurídica. Em nome da celeridade não se pode permitir que as partes, que o juiz e o legislador suprimam direitos dos litigantes, como vem ocorrendo.

coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse *mister*. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.<sup>353</sup>

A função constitucional do STF e do STJ é prejudicada pela elevada divergência jurisprudencial existente acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial e em relação ao prequestionamento. Isto porque, em vez de funcionarem como Tribunais que confirmam uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem a discrepância acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos criados para este fim, referidos Tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a confusão acerca de quais são e de como se configuram, efetivamente, os requisitos constitucionais dos recursos extraordinário e especial.<sup>354</sup>

A diversidade de interpretações implica que um dos valores funcionais do direito seja abalado: a certeza. Quanto mais variadas forem as correntes de pensamento a respeito de uma mesma lei, tanto mais seriamente despida de certeza ela ficará e, conseqüentemente, essa circunstância contribui para que o direito não tenha o grau de certeza desejável, pois a linguagem do direito é a lei. Dessa forma, é sempre uma preocupação dos sistemas jurídicos encontrar técnicas que possibilitem, o quanto isso seja possível, um só entendimento a respeito de um mesmo texto de lei. É possível afirmar, assim, que “a lei é vocacionada a ter um só entendimento, dentro de uma mesma situação histórica. A diversidade de entendimentos, na mesma conjuntura histórica, compromete o valor da certeza (do Direito).<sup>355</sup>

---

<sup>353</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 228432-RS*, Corte Especial, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Data do Julgamento 01.02.2002, Data da Publicação. 18.03.2002.

<sup>354</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 283

<sup>355</sup> ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 33

Por mais que seja difícil uniformizar opiniões e decisões, é preciso que haja o mínimo de segurança jurídica. Não se pode encarar o Judiciário como se fosse uma loteria e que ter sorte seja necessário para se ter um resultado favorável. Existem, sim, assuntos e matérias em que é possível estabelecer-se uma uniformidade, como no caso da necessidade ou não de prequestionamento de questões de ordem pública. Nesse sentido, importante opinião de Cassio Scarpinella Bueno:

Enquanto estas questões não forem decididas com ânimo de definitividade parece crucial, com o devido respeito dos que pensam diferentemente, que não só o alcance dos referidos arts. 102, III e 105, III, estará em xeque, mas, também — senão principalmente —, o art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. O acesso à Justiça e o devido processo legal estão comprometidos por uma questão que, em última análise, é formal: se, é verdade, há, hoje, consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da indispensabilidade do prequestionamento — até porque sua previsão constitucional parece irretorquível —, ainda se debate acerca da sua forma ou do seu modo de surgimento. Omissão quanto a este ponto é insustentável em um Estado Democrático de Direito, em que nem a lei pode excluir lesão ou ameaça a direito do Poder Judiciário.<sup>356</sup>

Não se está discutindo resultado de demandas, está se discutindo a possibilidade de que determinadas matérias passam ser analisadas sem prequestionamento devido a sua relevância. O assunto é polêmico, mas encontrar a solução não é impossível. Espera-se que o art. 543-C<sup>357</sup>, do CPC, que instituiu um

<sup>356</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3024>>. Acesso em: 27 fev. 2011.

<sup>357</sup> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos

mecanismo de retenção recursal no STJ, seja utilizado de forma que a discussão sobre prequestionamento de questões de ordem pública obtenha uma solução única.

O problema aqui não é só de segurança jurídica, mas também quanto à efetividade dos processos. Postergar a análise de questões de ordem pública para uma possível ação rescisória e permitir que se perpetuem nulidades não são atitudes que se coadunam com o que se espera de um processo efetivo.

Para que se tenha efetividade é preciso permitir que se analise as questões de ordem pública sem prequestionamento. Não se está tratando de questões particulares dos processos, nem de matérias específicas a determinados casos, está se tratando de matérias elevadas a categoria de ordem pública, tamanha a sua relevância.

Não se pode considerar que essa relevância seja restrita ao primeiro e segundo graus, tribunais comuns, mas também aos tribunais superiores. Colocar restrições que não existem não atendem nem a segurança jurídica, nem a efetividade do processo. É o que passará a mostrar a seguir.

### 3.3.1 Segurança jurídica X efetividade do processo: a necessidade de prequestionamento como empecilho à aplicação do direito

A efetividade de prestação jurisdicional tem sido tema constante nas discussões processuais. Há hoje uma preocupação a mais com o tema, visto que, nos últimos tempos, houve um significativo aumento no número de demandas e, conseqüentemente, um aumento no tempo da tramitação dos processos. Isso tudo põe em xeque a questão da segurança jurídica e a efetividade dos processos. Por

---

de habeas corpus. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. BRASIL, *Código de Processo Civil*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

um lado, temos um número considerável de normas a serem aplicadas e, de outro, a necessidade de se ter uma prestação jurisdicional efetiva. Ocorre que, muitas vezes, a aplicação de todas as normas e o excesso de segurança leva a inutilidade do processo, principalmente, pela demora.

Por efetividade, entende-se como a busca pela real aproximação entre o processo e o bem da vida a que aquele é direcionado. Não basta, pois, somente promover o acertamento da lide se o aparato estatal não é hábil a garantir ao autor, de forma célere e eficaz, a satisfação de fato de seu direito. A efetividade da prestação jurisdicional, assim, conjuga a rapidez da resposta do judiciário bem como a correção dessa resposta, nos termos dos ditames do Direito.<sup>358</sup>

A efetividade qualificada, em uma perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a “necessidade de tutela” manifestada na demanda.<sup>359</sup> Por outro lado, a efetividade do instrumento processual, tanto em termos de tempo quanto de conteúdo qualificado dos pronunciamentos judiciais, e, ainda, a predisposição dos meios necessários para a efetiva realização do direito reconhecido pelo órgão jurisdicional, com vistas à justiça do caso concreto, não pode perder de vista o direito fundamental ao processo justo (conceito que supera o devido processo legal), elemento a introduzir na discussão do valor da segurança.<sup>360</sup>

A efetividade não pode ser entendida de forma absoluta. Efetividade como valor absoluto configura uma efetividade perniciosa, “símbolo de uma mentalidade tecnoburocrática, preocupada mais com a performance, com a estatística, que com os valores fundamentais do processo”.<sup>361</sup> A efetividade digna de proteção virtuosa ou qualificada, que “não prejudique o direito ao processo justo”, conciliando-se, na medida do possível, com a segurança jurídica, sem a qual não há justiça possível.

---

<sup>358</sup> NORATO, Ester Camila Gomes. O efeito translato nos recursos extraordinários lato sensu. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 16, n. 64, out./dez., 2008. p. 63

<sup>359</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 21, nov./dez., 2007. p. 117

<sup>360</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v. p. 61-62

<sup>361</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115



Definitivamente, “a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este”.<sup>362</sup>

Em face de mudanças essenciais na sociedade, atualmente não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, visto que deve estar a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade do direito fundamental a um processo equânime. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às peculiaridades do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto.<sup>363</sup>

O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição por meio de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possível na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.

Isso não significa que os fins justifiquem os meios. Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.<sup>364</sup>

Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de *garantias fundamentais do processo*,

---

<sup>362</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. *Revista de Processo. Revista dos Tribunais*, ano 31, n. 137, jul., 2006. p. 17-19

<sup>363</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v. p. 62

<sup>364</sup> GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *Mundo Jurídico*, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de setembro de 2008.

universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito<sup>365</sup>.

Todas essas questões relativas à efetividade também remetem à questão da duração razoável do processo. Em 8 de dezembro de 2004 foi promulgada a Reforma do Judiciário, por meio da Emenda nº 45 (DOU 31.12.2004), inserindo o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a todo indivíduo, criando o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, determinando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A inserção do referido inciso revela a insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e o entendimento de que esta deve ser efetiva, adequada e acima de tudo célere, sob pena de ser frustrado o acesso à justiça prestado pelo Estado.

Processos lentos e demorados não condizem com a efetividade e adequação que a prestação jurisdicional deve ter. Um resultado tardio pode ser completamente imprestável perante a realidade fática do momento em que é recebido. A demora no trâmite processual é desanimador para aqueles que recorrem ao Poder Judiciário buscando a tutela de seus direitos. Não são raros os processos cíveis que se arrastam por anos, trazendo para a parte prejuízos materiais e até psicológicos.

Uma decisão judicial, por mais justa e correta que possa parecer, muitas vezes, é ineficaz, quando a prestação jurisdicional é entregue em momento que não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado. Não resta dúvida que a prestação jurisdicional, quando não entregue contemporaneamente, pode provocar o perecimento do direito, não mais interessando ao seu titular, por não estar apto a produzir os efeitos desejados.

O tempo, do mesmo modo que perpetua situações não guerreadas e corrói direitos que não são adequadamente tutelados na esfera jurisdicional, tem o poder de ir além do aspecto meramente cronológico, passando a interferir na própria

---

<sup>365</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto). *Revista de Processo*. São Paulo, ano 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun., 1998.

concepção de processo, uma vez que é o tempo que controla a máquina judiciária.<sup>366</sup>

Importante destacar que a Convenção Europeia também consagrou, no seu art. 50, norma importantíssima para dar maior efetividade e normatividade à tutela dos direitos fundamentais, refletindo diretamente em possíveis condenações que envolvam duração razoável do processo:

Se a decisão da Corte declara que um julgamento proferido ou uma medida ordenada por uma autoridade judiciária, ou qualquer outra autoridade de uma das partes contratantes, encontra-se inteira ou parcialmente em oposição às obrigações estatuídas pela Convenção, e se o direito interno de tal parte não permite reparação integral dos danos oriundos de julgamento ou da medida, a Corte concede, se caso, ao demandante lesado, uma satisfação equânime.

A partir da edição desse diploma supranacional foi, sem dúvida, que o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional autônomo e de todos os membros da coletividade (incluindo pessoas jurídicas) à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável.<sup>367</sup>

Não há justiça social quando o Estado, por meio do Poder Judiciário, não consegue de forma efetiva dar respostas às demandas que lhe são apresentadas.<sup>368</sup> A própria Corte Europeia de Direitos do Homem, no caso Salesi contra Itália, ressaltou que “a aplicação do artigo 6 § 1 constitui atualmente uma questão de domínio da segurança social”<sup>369</sup>, ou seja, a duração razoável dos processos é uma questão que envolve a sociedade como um todo, pois envolve uma questão de segurança para a sociedade.

O tempo, no entanto, é fator essencial ao processo para que seja possível a realização do conjunto de atos necessários à busca da prestação jurisdicional. Isso significa que sempre será necessária uma duração mínima que permita o exercício

<sup>366</sup> ALBERTON, Cláudia Marlise da Silva. O Princípio da Razoável Duração do Processo sob o Enfoque da Jurisdição, do Tempo e do Processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 72

<sup>367</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do Processo sem Dilações Indevidas. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, n. 277, nov. 2000. p. 8

<sup>368</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e o prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 284

<sup>369</sup> ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos do Homem. Salesi contra Itália, série A, nº 257-E, 26 de fevereiro de 1993. In: BERGER, Vincent. *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L’Homme*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 226

das garantias processuais<sup>370</sup>. O transcorrer do tempo é fisiológico e patologicamente ligado ao processo e é, em essência, co-natural à administração da justiça, levando-se em conta que o procedimento é uma sucessão de atos divididos no tempo.<sup>371</sup> François Ost, destaca, em estudo clássico do tema, a idéia do tempo do direito:

(...) o direito afecta directamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito. (...) O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico no seio do qual a sua acção se desenrolaria; da mesma forma, o direito não se limita a impor ao calendário alguns atrasos normativos deixando o tempo desenrolar-se normalmente para tudo o resto. Pelo contrário, é do interior que direito e tempo se trabalham mutuamente. Contra a visão positivista que não pára de exteriorizar o tempo, mostraremos que só é possível “expressar o direito” “dando tempo ao tempo”; longe de se resumir ao compasso formal do seu desenrolar cronológico, o tempo é uma das principais apostas da capacidade instituinte do direito.<sup>372</sup>

O tempo é dimensão fundamental da vida humana, desempenhando no processo idêntico papel. Considerando-se o processo como uma entidade da vida social, a demora de sua conclusão corre em detrimento da própria eficácia do direito material que visa proteger. Em consequência, a natureza dinâmica e extrínseca do processo como ordenação de atos tendentes à composição final da lide insere o tempo como obstáculo a ser contornado e administrado pelo Estado.<sup>373</sup>

A duração excessiva do processo, portanto, é extremamente danosa quando pensamos nos problemas que a excessiva morosidade pode causar, como o perecimento de pretensões, danos econômicos e até mesmo estímulo a realização de acordos desvantajosos, gerando um total descrédito no Poder Judiciário. É preciso ressaltar, no entanto, que a demora dos feitos deve ser combatida, mas que

<sup>370</sup> Carlos Henrique Ramos ressalta que inúmeras garantias processuais básicas, dispostas nas Constituições e em diversos documentos internacionais, são contraditórias entre si, como, por exemplo, a ampla defesa e a celeridade processual, tornando-se necessário o alcance de uma proporcionalidade ou de um ponto de equilíbrio entre as mesmas para que se consiga o *processo justo* que ofereça garantias mínimas aos cidadãos. In: *A Promessa de Duração Razoável do Processo e o Direito Processual Público*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 32, nov. 2005. p. 21

<sup>371</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A Ordem Constitucional e o Novo Direito Civil*. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2011/729>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

<sup>372</sup> OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 14

<sup>373</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. A Tutela Adequada na Reforma Constitucional de 2004. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 124, jun. 2005. p. 81

não se deve ter a ilusão de que a justiça será instantânea e, sim, prestada no tempo justo e adequado que permita a sua efetividade.

Nesse contexto, fica explícita a exigência de que a prestação jurisdicional ocorra em prazo razoável e que existem meios necessários à sua efetivação. Cruz e Tucci ressaltam a importância do direito de acesso à justiça:

(...) é até curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, não exprima apenas que todos podem ir a juízo, mas, também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.<sup>374</sup>

Dessa forma, é incompreensível entender como ainda se exige o prequestionamento de questões de ordem pública. Se o que se busca é um processo efetivo, não faz sentido o prosseguimento de um feito que não culminará na solução justa e efetiva do litígio, unicamente, porque, por um lapso na primeira instância, a desobediência de uma matéria de ordem pública não foi reconhecida, vedando-se fazê-lo em sede recursal. Se assim se procedesse, a resposta jurisdicional restaria completamente desvinculada da realidade social, em flagrante inefetividade da prestação.<sup>375</sup>

Ademais, o STJ parece estar “esquecendo” do seu papel como Tribunal Superior e, para isso, colaciona-se abaixo trecho de um voto vista do Ministro Jorge Scartezzini:

Sendo a finalidade desta Corte Superior a uniformização dos julgados infra-constitucionais e perfilando-me a consagrada doutrina, assevero que o processo não é instrumento apenas técnico, mas sobretudo ético. Não se pode admitir que a severidade processual implique numa supressão de direitos, juridicamente reconhecidos, ou como, na espécie, na implementação de um direito já julgado inexistente. Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Atinge-se, com isso, valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material, com a correta prestação jurisdicional, como meio de certeza e segurança para a sociedade. Afasta-se, em consequência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da

<sup>374</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 66

<sup>375</sup> NORATO, Ester Camila Gomes. O efeito translativo nos recursos extraordinários *lato sensu*. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 16, n. 64, out./dez., 2008. p. 63

prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas. (...) Desta forma, a visão instrumental do processo, com repúdio a seu exame exclusivamente interno e rigoroso, constitui abertura do sistema para infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material. Atinge-se, assim, valores maiores, que são a correta prestação jurisdicional como meio de certeza e segurança para a sociedade.<sup>376</sup>

Fundamental destacar as expressões “o processo não é instrumento apenas técnico, mas sobretudo ético” e “não se pode admitir que a severidade processual implique numa supressão de direitos”. É esse tipo de conduta que se espera de um Tribunal Superior que tem como um de seus objetivos ser guardião da aplicação da lei federal.

Parece que, em algumas situações, esquece-se que as questões processuais não constituem meras formalidades, muito menos fazem parte da burocracia jurídica. As questões de ordem pública, principalmente, constituem a base dos processos. Uma ilegitimidade passiva, por exemplo, faz com que tudo que foi decidido dentro do processo, não tenha efeitos, pois foi constituído contra parte errada. É como se admitisse a construção de um edifício, sobre uma base que não sustenta o número total de andares. A construção ficará eternamente errada, ainda que, aparentemente, pareça sustentável.

Como bem mencionou o Ministro Jorge Scartezini, busca-se com o processo “valores maiores, que são a correta prestação jurisdicional como meio de certeza e segurança para a sociedade.” Por essa razão, não se compreende como o STJ possa ignorar nulidades e questões graves, em prol de um rigorismo excessivo, permitindo que irregularidades possam se perpetuar.

O que se deve ter em mente é que as questões de ordem pública, como o próprio nome já diz, são públicas, dizem respeito não a um interesse exclusivo da parte, mas interesse da sociedade como um todo. Os pressupostos processuais, as condições da ação e todas as matérias denominadas de ordem pública interferem diretamente na prestação jurisdicional, pois afetam diretamente a efetividade da decisão e o processo justo – que será tratado adiante.

---

<sup>376</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 200378-DF. Quinta Turma. Ministro Relator Gilson Dipp. Data do Julgamento: 21.09.1999. DJU: 08.11.1999.

### 3.3.2 Consequências da exigência de prequestionamento: decisões inúteis, nulidades absolutas e inexistência dos processos

Sabe-se que existem remédios que podem socorrer a parte com o objetivo de sanar decisão eivada de nulidade. A ação rescisória e a *actio nullitatis* são exemplos do que poderia ser feito para “salvar” um processo. No entanto, “de que adianta ser extremamente radical e ignorar vício tão grave, que mesmo após o trânsito em julgado poderá vir a ser reparado e terá que ser objeto de nova ação?”<sup>377</sup> Não parece ser racional julgar um processo que se sabe ter uma nulidade absoluta. Fala-se tanto em efetividade da jurisdição, mas ao mesmo tempo impõem-se formalidades exageradas e que colocam em risco toda a atividade jurisdicional e, inclusive, a credibilidade do sistema processual.

Há nulidades como a citação que, até mesmo após o trânsito em julgado, podem ser apreciadas. Então, qual seria a razão para não ser possível fazer esse questionamento em sede de recurso especial? Se essas matérias podem ser inclusive atacadas por posterior ação rescisória, quando do trânsito em julgado, seria ferir o princípio da economia processual impedir que essas matérias sejam apreciadas em sede de recurso especial.<sup>378</sup>

Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>379</sup> traz outro exemplo de situação em que é praticamente impossível deixar-se de reconhecer a questão de ordem pública: violação à regra do litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa. Nesse caso, há dois prismas a serem observados: o primeiro, relativo à própria eficácia da sentença ou acórdão portador de tal vício; o segundo, de ordem constitucional, relacionado com o respeito à garantia constitucional do contraditório.

Primeiramente, então, deve-se considerar que é ineficaz a sentença ou acórdão proferido sem a presença de todos os litisconsórcios necessários. Nesses casos o ato jurisdicional é nulo por infração a uma norma processual de ordem pública (art. 47, parágrafo único, do CPC), não existindo preclusão apta a

<sup>377</sup> CARVALHO, Patrícia Torres Barreto Costa. Efeito translativo nos recursos excepcionais. *Revista de processo*. São Paulo, ano 34, n.171, maio, 2009. p. 274

<sup>378</sup> AURELLI, Arlete Inês. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 23, n. 89, jan./mar., 1998. p. 279

<sup>379</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. especial, jan./dez. 2003. p. 325

impossibilita o reconhecimento de tal irregularidade. Os efeitos substanciais da decisão não podem ser impostos a quem não foi parte – o terceiro pode considerar a decisão como *res inter alios acta*; é inútil a sentença que não seja portadora de qualquer resultado prático, anulando o ato que somente para os contraditores e deixando-o íntegro para os demais. Outro ponto que deve ser considerado é que as regras que disciplinam o litisconsórcio necessário relacionam-se com o escopo maior de evitar julgamentos conflitantes. Nesses casos, o legislador impõe a coligação litisconsorcial de seus titulares com vista a preservar a harmonia das decisões.<sup>380</sup>

Em segundo, é imprescindível a observância do contraditório como meio apto a legitimar o produto final do Judiciário. A fim de observado o processo justo, que é necessariamente realizado em contraditório e com a igualdade entre as partes, sempre que afirmada em juízo situação jurídica incindível todos os imediatamente atingidos pela eficácia direta da tutela jurisdicional devem participar do processo, em litisconsórcio necessário unitário. Sendo o litisconsórcio ativo, tem o juiz de determinar a intervenção de ofício – intervenção *iussu iudicis*. Sendo o litisconsórcio passivo, tem de determinar ao demandante que promova a citação dos litisconsortes faltantes. “No Estado Constitucional, não existe litisconsórcio facultativo unitário. Todo litisconsórcio unitário é igualmente necessário.”<sup>381</sup>

José Carlos Barbosa Moreira possui entendimento correlato ao esboçado acima, embora afirme que a proposição “todo litisconsórcio unitário é, *ipso facto*, necessário” seja, na prática, insustentável, porque “divorciada da realidade que a vida nos põe diante dos olhos”.<sup>382</sup> Decerto não se vai pretender que sejam forçados a litigar juntos os acionistas que queiram fazer anular uma deliberação da assembléia social, nem os herdeiros que desejem propor ação de sonogados, nem as pessoas estranhas à sociedade conjugal a quem a lei civil permita promover em juízo a declaração de nulidade do casamento; mas é incontestável que, na hipótese de litigarem juntas duas ou mais dessas pessoas, com igual fundamento, em qualquer dos casos mencionados a sentença de mérito há de ter, para todas, teor homogêneo, sendo inconcebível que se julgue procedente o pedido de uma e

<sup>380</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. especial, jan./dez. 2003. p. 325-326

<sup>381</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v. p. 187 (Grifo no original)

<sup>382</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 382



improcedente o de outra. “Na prática, não se poderá deixar de submeter a regime especial semelhante litisconsórcio, que é unitário, embora *facultativo*, diga o que disser o art. 47.”<sup>383</sup>

O juiz, assim, tem de controlar de ofício a observância das normas que impõe o litisconsórcio necessário (art. 267, § 3º, do CPC). Trata-se de providência imposta pela ordem pública, a fim de que o processo tenha reais condições de prestar tutela ao direito da parte, não se desenvolvendo inutilmente.<sup>384</sup>

Cândido Rangel Dinamarco noticia, ainda, que mesmo sem ter sido a questão do litisconsórcio necessário suscitada em apelação, vinha o Supremo Tribunal conhecendo dela em recurso extraordinário dispensando o prequestionamento, porque o próprio acórdão poderia trazer vício que violaria a lei (Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 74347-DF*. Primeira Turma. Ministro Relator Soares Muñoz. Data do Julgamento: 04.04.1978. DJU: 19.05.1978, com atenção especial ao voto do Ministro Xavier Albuquerque; Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80193-SP*. Primeira Turma. Ministro Relator Antônio Neder. Data do Julgamento: 25.11.1975. DJU: RTJ 78/877).<sup>385</sup>

Dessa forma, havendo violação a essas regras superiores, o recurso especial deve ser conhecido e provido, principalmente naqueles casos em que a decisão será *inutiliter data*. É por isso que as matérias relacionadas com as nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento. A violação à norma jurídica por inobservância de matéria de ordem pública é de suma importância e não pode ser simplesmente desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária.<sup>386</sup>

Tudo isso atinge diretamente o que se pensa sobre o processo justo. Será justa a decisão que deriva de um processo justo. Isso implica a renúncia a valorar se uma decisão é ou não justa pelo seu conteúdo ou pelos efeitos que produz e leva o

<sup>383</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v. p. 382 (Grifo no original)

<sup>384</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v. p. 182

<sup>385</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio: um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. p. 194, nota de rodapé 365.

<sup>386</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: Ordem Pública e Pquestionamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. especial, jan./dez. 2003. p. 326-327

observador a considerar o modelo de desenvolvimento do processo que levou aquela decisão.<sup>387</sup>

A questão atual é que devemos nos preocupar não apenas em colocar à disposição dos sujeitos um processo justo, mas que também seja efetivo e eficaz. Isso tudo implica diretamente em dois valores essenciais, presentes em qualquer ambiente processual, o da segurança e o da efetividade, orientando, inclusive, o juiz na aplicação das regras e das normas de princípio.<sup>388</sup> Assim, segurança e efetividade devem ser considerados como postulados-normativos-aplicativos, pois estruturam a aplicação de outras normas no objetivo de promover determinado fim.<sup>389</sup>

Deve-se considerar que, no momento em que a controvérsia é posta diante do juiz, isto equivale a dizer que existem diversas hipóteses possíveis de decisão. Então, se o problema da decisão consiste na escolha entre as várias hipóteses de decisão, se pode dizer que o problema da decisão justa corresponde ao problema da escolha da decisão melhor. Trata-se, portanto, de individualizar critérios aos quais determinarão, no âmbito das decisões possíveis, qual será considerada relativamente “melhor” e, assim, justa.

Para isso, Taruffo desenvolve três critérios<sup>390</sup> que devem ser analisados na busca da obtenção da decisão justa, quais sejam: a) justeza da escolha e da interpretação da regra (norma) jurídica aplicada ao caso; b) devida avaliação dos fatos relevantes do caso; c) emprego de um procedimento válido e justo para atingir a decisão.

Importante frisar que o três requisitos são fundamentais para que se tenha uma decisão justa, por essa razão, não basta ter apenas um requisito satisfeito. Isso não significa, entretanto, que sempre que obtivermos um processo justo, a decisão será justa. O juiz pode cometer erros no juízo de fato como no juízo de direito, com a consequência que a decisão final será injusta, mesmo sendo resultado de um procedimento correto.

Os critérios citados, no entanto, não são definidos em termos rigorosos porque demandam uma noção de grau. É como uma escala com dois pólos

---

<sup>387</sup> TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista di Diritto Processuale*, ano. 51, n. 2, 1997. p. 317

<sup>388</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 124-125

<sup>389</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 135-136

<sup>390</sup> TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista di Diritto Processuale*, ano. 51, n. 2, 1997. p. 322

extremos, sendo que no meio há inúmeras posições intermediárias. Cada um desses critérios pode ser pensado como uma linha entre esses dois pontos, em que se colocam muitos pontos intermediários, em posições diversas. Não se trata, entretanto, de graduação quantitativa.<sup>391</sup>

A correção da interpretação é uma função dos *standards* e dos métodos de interpretação do direito que se acreditam válidos e aceitáveis em um contexto determinado, mas também do modo em que esses vêm corretamente aplicados no caso particular. O juízo da verdade dos enunciados relativos aos fatos da causa, por exemplo, não são analisados em termos de verdadeiro e falso, mas em relação ao maior ou menor grau de confirmação que as provas atribuíram a cada hipótese de fato.

Assim, cada decisão é teoricamente caracterizada de um valor de exatidão da solução da questão de direito, de um valor de aceitação das versões dos fatos que o juiz adotou e de um valor de exatidão do procedimento que levou a decisão. É necessário, ainda, pensar-se em uma área conceitual na qual se colocam todas as possíveis combinações de critérios em exame, nas quais cada um dos respectivos valores sejam ao menos postos em um grau mínimo aceitável.

O processo justo é, portanto, endereçado a produzir decisões justas, possuindo, assim, relação com o seu resultado.<sup>392</sup> Vale dizer que a obtenção de uma decisão justa vai além da observância do devido processo legal, ou seja, do processo justo.<sup>393</sup>

Nesse sentido, levando-se em consideração os três requisitos básicos para se ter uma decisão justa, o prequestionamento viola a terceira condição, pois não é um requisito de admissibilidade do recurso especial que leva a um procedimento não válido. O prequestionamento, nesse sentido, é fato que impede a justeza do procedimento e, por conseguinte, da decisão.

---

<sup>391</sup> TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista di Diritto Processuale*, ano. 51, n. 2, 1997. p. 323

<sup>392</sup> CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*. n. 152, out. 2007. p. 102-103.

<sup>393</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 181

### 3.3.3 A desnecessidade de prequestionamento de questão de ordem pública como meio de promover um processo civil orientado à eficácia e a maximização de resultados

A percepção de que o processo civil é ramo de direito público constitui grande premissa metodológica que conduz a colocá-lo como alvo de uma série de preceitos e garantias postos na Constituição, traduzindo-se em um verdadeiro sistema de promessas e limitações. As promessas são no sentido de dar solução aos conflitos e conduzir os sujeitos à ordem jurídica justa e as limitações consistem em uma série de condicionamentos e restrições a esse exercício. Tais limitações visam assegurar às partes uma série de posições e possibilidades no processo, que o juiz não pode desrespeitar. Isso tudo reflete nas garantias que a ciência processual moderna reúne e enfeixa no conceito de tutela constitucional do processo.<sup>394</sup>

É extremamente perigoso, contudo, o problema que atualmente o mundo enfrenta com relação à excessiva duração dos processos. Por essa razão é que torna-se de suma importância ressaltar que o processo célere não é aquele que tem solução rápida, mas aquele em que não houve perda de tempo, ou seja, não houve dilações indevidas, interposição de recursos protelatórios, produção de provas desnecessárias.

O prequestionamento, nesse sentido, não pode ser contemplado de modo absoluto, sob pena de contribuir à inexistência de uma efetiva prestação jurisdicional, sendo que, em relação às questões de ordem pública, seu conceito não só pode, como é recomendável que seja relativizado, no sentido de dispensar sua exigência. As matérias de ordem pública devem ser de ampla cognição, levando-se em consideração a impossibilidade de se operar a preclusão, tutelando-se, assim, o resultado útil do processo já que a análise da questão de ordem pública repercutirá diretamente no desfecho processual.<sup>395</sup>

---

<sup>394</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 1 v. p. 193-194

<sup>395</sup> MELO, Andréa Cherem Fabrício. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos Recursos Extraordinário e Especial. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 132, fev. 2006. p. 26-27

O Ministro Almeida Santos<sup>396</sup> já se manifestava em 1989 sobre a necessidade de se repensar o prequestionamento de questão de ordem pública em termos mais liberais, pois seria absurdo não conhecer de alegação de coisa julgada ou da argüição de incompetência absoluta, da supressão de instância e outras questões de peso e relevo.

Corroborando com a referida opinião, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, também entendia que “em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante a questões que possam ser conhecidas, por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é de atenuar-se o seu rigor.”<sup>397</sup>

No mesmo sentido, Nelson Luiz Pinto<sup>398</sup> afirmava em 1992 que, relativamente às questões de ordem pública que, por disposição legal, devem ser conhecidas e decretadas de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, §3º, do CPC), que são, essencialmente, os vícios ligados à falta das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos de existência e de validade, bem como à presença dos pressupostos processuais negativos, deve ser dispensado o prequestionamento, devendo o Superior Tribunal de Justiça, até mesmo *ex officio*, conhecer dessas questões, evitando-se, assim, o trânsito em julgado de uma decisão viciada, que poderá ensejar a propositura de ação rescisória (art. 485, inciso V, do CPC).

Deve-se ter atenção ao fato de que, embora muitos doutrinadores e a própria jurisprudência entenda o prequestionamento como exigência constitucional, o requisito não se encontra expresso na Constituição. Isso é mais um motivo para aceitar-se que, em se tratando de questão de ordem pública, não se exija o prequestionamento. Alcides de Mendonça Lima<sup>399</sup> já alertava para tal situação:

Em nenhum dispositivo de código ou lei esparsa aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar a admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, ainda que ambos sejam fundados. A atividade do órgão *ad quem*, em

<sup>396</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso Especial – Visão Geral. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 1989. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso\\_especial\\_visao\\_geral.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso_especial_visao_geral.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. 2010. p. 159

<sup>397</sup> RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília, v. 1, n. 2, p. 119-134, jul./dez. 1989.

<sup>398</sup> PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o STJ – teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 182

<sup>399</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. Prequestionamento. Porto Alegre: *AJURIS*, ano 20, n. 57, mar., 1993. p. 229 (Grifo nosso)

tal caso, para na preliminar sem apreciar o mérito do próprio meio. Entretanto, apesar dessa falta de exigência legal, o STF ou STJ, sistematicamente, não conhecem daqueles recursos se não tiver havido o prequestionamento nos graus inferiores da questão submetida àqueles venerandos Tribunais. Tal orientação é tanto mais grave porque afasta o julgamento final até de matéria constitucional, prevalecendo, assim, o vício grave. *É dada mais importância ao aspecto formal do que à natureza relevante da questão.*

No mesmo sentido, Galeno Lacerda pronuncia-se a respeito da exigência do requisito:

No que diz com o prequestionamento, trata-se de erro enorme, de ofensa mortal à Constituição, porque sujeita a aplicação de todas as leis, inclusive da Lei Maior, à *condição resolutive* do “princípio dispositivo”, do falso poder de disposição das partes, ou ao arbítrio de Juízes e tribunais inferiores. Nesta perspectiva forte e realista, que sepulta o tão decantado “ativismo judicial”, não cabe cogitar sequer de embargos declaratórios inoperantes. Cabe, sim, proclamar com desassombro, o gravíssimo e insuportável equívoco dessa postura.<sup>400</sup>

Assim, a ausência de prequestionamento não pode ser levada ao ponto de deixar subsistir a lesividade atacada no recurso. O STJ não pode ficar cerceado em sua missão relevantíssima, deixando persistir resultado contrário à ordem jurídica. A finalidade precípua de um recurso é o de sanar erro na decisão atacada, ou, então, mantê-la, dando-lhe mais força para ser executada.

Logo o tão decantado prequestionamento não deverá ter influência decisiva na solução do processo, obstando o andamento normal com o julgamento final do tema debatido. Acima do eventual congestionamento dos órgãos judiciários está o final de fazer justiça, que não pode ser sacrificado com questões sibilinas. Aquele *desideratum* é que fortalece a ordem jurídica social.<sup>401</sup>

Interessante é perceber, por exemplo, que parece mais “fácil” relativizar a Coisa Julgada, um instituto constitucional, com disposição expressa, que aceitar a ausência de prequestionamento de questões de ordem pública. Instituto esse que não aparece expresso em nenhum dispositivo legal. Qual a razão para tal absurdo? A lógica ainda parece ser a da quantidade de processos. O impacto em número de

<sup>400</sup> LACERDA, Galeno. Críticas ao prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 758, dez., 1998. p. 81

<sup>401</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. Prequestionamento. Porto Alegre: *AJURIS*, ano 20, n. 57, mar., 1993. p. 229 (grifo nosso)

processos que a relativização da Coisa Julgada causa é infinitamente menor do que a ausência de prequestionamento de questões de ordem pública, porém, a primeira é infinitamente mais grave que a segunda.

Percebe-se, aqui, uma total inversão de valores no meio jurídico. As conseqüências pesam mais que o próprio direito. De um lado, um rigorismo técnico praticamente incompreensível em prol de barrar quantidade de recursos especiais, de outro, uma flexibilidade inexplicável, drástica, com risco de abrir precedentes perigosos, mas que, em tese, não causam grande impacto na quantidade de trabalho do Tribunal Superior.

O que se deve ter em consideração é que o prequestionamento, entendido como presença de questão federal no acórdão recorrido, não pode ser uma exigência absoluta. Há casos e situações em que a sua exigência torna o processo injusto, inefetivo e faz com que decisões equivocadas sejam validadas. Por essa razão, é importante que se estabeleçam quais são as situações que levam a desconsideração do prequestionamento.

Vicente Greco Filho enumera duas situações em que isso deve ocorrer: Quando o fundamento novo aparecer no próprio acórdão recorrido, como, por exemplo, nas hipóteses de acórdão *extra* ou *ultra petita*, e quando a despeito da interposição de embargos de declaração, o tribunal se recusa a examinar a questão colocada. O autor, ainda, afirma que é admissível recurso especial tanto para questões de mérito quanto para as questões processuais não preclusas.<sup>402</sup>

Rodolfo de Camargo Mancuso, concordando com Vicente Greco Filho, ainda acrescenta duas hipóteses: a) matérias de ordem pública, não examinadas no acórdão recorrido, a despeito de o Tribunal *a quo* ter sido instado a tanto, inclusive mediante embargos declaratórios, ditos prequestionadores, caso em que, sem embargo, tais pontos não decididos ficariam devolvidos ao STF e STJ, mercê do efeito translativo do RE e do REsp; b) Re e REsp interpostos por terceiro prejudicado (art. 499, do CPC), pois o terceiro já encontraria o processo em estágio avançado (decisão final proferido, impugnável somente pela via estreita dos

---

<sup>402</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 2. v. p. 372

recursos excepcionais), até mesmo em razão de que o litisconsorte necessário não citado poderá se valer de ação rescisória ou *querela nullitatis*.<sup>403</sup>

Nota-se, assim, que a doutrina tem cada vez mais adeptos à aceitação de exame de questões de ordem pública sem prequestionamento. De fato, ante a necessidade de boa justiça, não se pode impor, para o reconhecimento de uma matéria relevantíssima de ordem pública, que se anteceda um fenômeno criado pela jurisprudência, que, salvo melhor juízo, não se encontra positivado<sup>404</sup>, qual seja o prequestionamento. Ter-se-ia, assim, uma contraposição de valores: o imperativo público de um lado (devidamente normatizado) e tal requisito (fruto da jurisprudência e da doutrina).

---

<sup>403</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 277

<sup>404</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: JÚNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 134



## CONCLUSÃO

O sistema jurídico brasileiro é permeado pela cópia de institutos estrangeiros. Exemplo disso é o recuso extraordinário inspirado no *writ of error* norte-americano. No entanto, o hábito de introduzir institutos estrangeiros e de sistemas jurídicos diversos, faz com que nossa legislação e nossas decisões mergulhem em caos, pois, muitas vezes, a imitação é mal feita e acaba-se desvirtuando o sentido original.

O sistema dos Tribunais Superiores é exemplo perfeito: conjuga-se a influência norte-americana com a cassação italiana e francesa. O que resulta é que o STJ, por exemplo, se perde na sua função, pois ora exerce função de revisão, ora exerce cassação, tomando decisões híbridas e que se distanciam de uma de suas funções original: uniformização da jurisprudência e salvaguarda da aplicação da lei federal.

Não obstante isso, o STJ exorbita sua função criando uma preclusão inexistente às questões de ordem pública, já que em momento algum o legislador deixa claro que a análise de ofício fica adstrita ao primeiro e segundo graus, escapando aos Tribunais Excepcionais.

Acredita-se que isso tudo surgiu em razão não apenas da confusão de funções, mas da preocupação com a quantidade de processos que, definitivamente, está tomando proporções fora de controle. Grande parte dos projetos e idéias desenvolvidas para barrar o acesso à justiça afronta princípios básico da Constituição como a inafastabilidade da jurisdição constante no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

No caso do STJ e da tentativa de diminuir a quantidade de recursos especiais, se verifica que o prequestionamento foi um instituto que permaneceu por pura insistência jurisprudencial e doutrinária. Não há embasamento legal, só existem súmulas antigas a respeito que foram criadas em outro contexto histórico e jurídico. Galeno Lacerda vai mais longe e afirma que, além da falta de base legal, “a simples exigência de prequestionamento é *inconstitucional*”.<sup>405</sup>

---

<sup>405</sup> LACERDA, Galeno. Críticas ao prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 758, dez., 1998. p. 81 (Grifo original)

De fato, após a Constituição de 1946 e, principalmente, depois da Constituição de 1967, não há que se falar em prequestionamento, pelos menos não nos moldes originais de necessidade de provocação das partes. Essa exigência não foi mais prevista constitucionalmente. O que permaneceu foram somente as Súmulas 282 e 356 e a insistência do STF em exigir o requisito.

Não obstante tudo isso, o conceito de prequestionamento foi alterado. Originalmente, era considerado debate provocado pela parte, hoje, é considerado a presença de manifestação do Tribunal local sobre a questão federal. No entanto, é preciso perceber que em relação às questões de ordem pública, passíveis de análise de ofício e isentas de preclusão, estão sempre presentes, pois as condições da ação, os pressupostos processuais devem ser sempre verificados ao longo do processo. Quando não há manifestação do juiz ou do Tribunal a respeito dessas questões, o que se depreende é que o julgador considerou que elas estão corretas, ou seja, de alguma forma há uma decisão implícita. Ademais, melhor seria se o prequestionamento fosse considerado presença de questão federal, pois, em relação às questões de ordem pública não há necessidade de manifestação.

Nem o juiz, nem os Desembargadores são obrigados a declarar em suas decisões que a parte é legítima, que o juízo é competente e que a decisão está conforme os pedidos iniciais. Basta que a decisão não mencione, para se entender que o julgador considerou todas as condições e pressupostos presentes e que não há nenhuma nulidade. No entanto, entendendo-se o prequestionamento como questão decidida, o STJ exige que mesmo as questões de ordem pública apareçam expressamente no acórdão recorrido o que, em muitas situações, é impossível.

Exemplo disso é quando a nulidade surge na própria decisão. Se o julgamento foi *extra petita*, a parte interpõe Embargos de Declaração e o Tribunal os rejeita, a orientação do STJ é que a parte ingresse com o recurso especial por negativa de vigência do art. 535 do CPC, mas, no entanto, há diversas decisões que consideram impossível o REsp, pois se o julgador *a quo* considerou que não houve omissão, não houve negativa de vigência do art. 535, do CPC.

O que se percebe é que hoje existem sérios problemas jurídicos. A diversidade de decisões do STJ, desde sua criação, denota um verdadeiro caos quando se trata de prequestionamento de questões de ordem pública. Uns aceitam, outros não, há o grupo que aceita, desde que o recurso seja admitido por outros motivos, enfim, cada um “faz o que quer”.

É admirável que um Tribunal Superior que tem como uma de suas funções a uniformização da jurisprudência nacional, não consiga nem mesmo harmonizar as decisões que profere. Não há consenso algum em relação ao problema exposto, por mais que alguns doutrinadores queiram induzir a isso. Basta uma simples pesquisa no repertório jurisprudencial do STJ para se verificar a disparidade de decisões.

Do outro lado, tem as partes do processo que vêem seus recursos serem interpostos tal qual se joga na loteria: pode ser que se acerte os números ou não, ou seja, pode ser que o recurso seja recebido ou não. Pode ser que a parte ilegítima seja, definitivamente, condenada ou não. Pode ser que a decisão proferida por juízo incompetente seja perpetuada, ou não. Pode ser que a decisão *extra petita* seja confirmada, ou não.

Esse tipo de incerteza além de ser inconcebível, é contrário a princípios básicos como a segurança jurídica e a efetividade dos processos. Segurança jurídica não se tem, já que o prequestionamento ora é exigido como um dogma, ora é relativizado. Efetividade também não há, já que o Tribunal, mesmo vendo uma nulidade, vai ignorar sua existência porque a parte não alegou antes. Isso foge a tudo que se pensa sobre processo justo e o papel do judiciário, além de não contribuir em nada com a duração razoável do processo.

Por incrível que pareça, então, percebe-se que o STJ está aceitando uma criação da doutrina – efeito translativo dos recursos – que originariamente foi criado como prerrogativa somente das instâncias ordinárias, para dispensar o prequestionamento de questões de ordem pública que não possuem vedação à sua análise pelos Tribunais Excepcionais. Não seria mais fácil aceitar a não preclusão das questões de ordem pública ao invés de forçar todo esse trâmite?

Fica nítido o medo que o STJ tem de aceitar questões de ordem pública sem prequestionamento. É como se fossem destruir toda a história e toda defesa feita a essa construção ao longo dos tempos. Seria quase que admitir um erro. Seria quebrar a barreira do conservadorismo e das formalidades que permeiam o sistema jurídico.

Em razão disso, faz-se, muitas vezes, caminhos judiciais tortuosos. Finge-se que o processo não tem nulidade, maquia-se o que está errado, em nome da tradição jurisprudencial, do requisito constitucional que a mais de 60 anos não existe mais. É isso que se espera da Corte especial?

A resposta que se pondera é que aos Tribunais cabe o *munus* público de afastar o julgamento crivado de mácula de ordem pública, seja mediante recurso parcial, seja em sede de impugnação da parte a quem não aproveita a declaração respectiva<sup>406</sup>, visto que tal necessidade decorre não somente da lei, mas de todos os princípios que envolvem um processo justo, que devem permear o exercício da jurisdição.

Imediato verificar, portanto, que pergunta que não oferece solução adequada, uniforme e segura é a relativa ao que é prequestionamento ou a como é que surge o prequestionamento, como é que ele se manifesta palpavelmente e, conseqüentemente, como é a que a estreita via do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal abre-se para o jurisdicionado. Conseqüência disto é, no mínimo, a desorientação dos jurisdicionados quanto às possibilidades reais de ascenderem às Cortes Superiores.<sup>407</sup>

Ou seja, não se pode admitir que dentro de um mesmo Tribunal haja tanta divergência e tantas decisões díspares. O cidadão tem o direito de saber se pode ou não ter acesso ao STJ. Não podem os Ministros ficarem impondo suas opiniões pessoais puramente. Não foi para isso que o STJ foi criado e não é isso que se espera de um órgão de cúpula. O STJ não é palco para individualismos, é uma das nossas Cortes extraordinárias que servem ao cidadão e que lhe deve respostas claras. Como bem observa Cassio Scarpinella Bueno:

O que é de ser destacado aqui e agora é que, enquanto não houver um consenso a respeito do que é prequestionamento, como ele se manifesta perante os jurisdicionados e qual o papel dos embargos de declaração para a fase recursal extraordinária e especial, o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça resta seriamente comprometido. Enquanto for difícil responder à questão "o que é e como se dá o prequestionamento?", enquanto não houver uma segura uniformidade de entendimentos acerca deste tema, o acesso àqueles dois Tribunais é mais ilusório do que real. É mais declaração de direito do que uma efetiva garantia de direitos constitucionalmente prevista. Trata-se, inegavelmente, de um caso

---

<sup>406</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: JÚNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 134

<sup>407</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3024>>. Acesso em: 27 fev. 2011.

em que a forma parece estar suplantando — e em muito — o conteúdo.<sup>408</sup>

Conclui-se, primeiramente, que há necessidade de o STJ uniformizar e pacificar o entendimento quanto à aceitação ou não do exame de questões de ordem pública no recurso especial, lembrando-se que o Superior Tribunal não constitui terceira instância, mas a Constituição Federal, no art. 105, inciso III, determina que o STJ deve julgar as causas decididas, ou seja, aplicar o direito à causa. Em segundo, há de considerar-se a não exigência de prequestionamento de questões de ordem pública em atendimento ao processo justo, à efetividade e a duração razoável do processo.

Se o problema da quantidade de recursos aflige o STJ, outras soluções devem ser encontradas. Não é retirando direitos das partes que se vai alcançar tal objetivo.

---

<sup>408</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3024>>. Acesso em: 27 fev. 2011.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Recurso especial: questão de ordem pública: prequestionamento. Brasília: BDJur, mar., 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19749>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

ALBERTON, Cláudia Marlise da Silva. O Princípio da Razoável Duração do Processo sob o Enfoque da Jurisdição, do Tempo e do Processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ALVES, Paulo César Bachmann. *Recurso Especial*. Curitiba: Juruá, 1997.

ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no Recurso Especial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 104, v. 397, p. 3-29, maio/jul. 2008.

ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 13-47

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A Ordem Constitucional e o Novo Direito Civil*. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2011/729>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2 p. 424-460

\_\_\_\_\_. Pré-questionamento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 90, v. 328, p. 37-48, out./dez., 1994.

ASSIS, Araken de. Prequestionamento e Embargos de Declaração. *Revista Jurídica*, ano 49, n. 288, p. 5-27, out., 2001.

ATHENIENSE, Aristóteles. Avaliação do prequestionamento como requisito recursal. *Revista de Direito Renovar*, v. 27, p. 21-29, set./dez., 2003.

AURELLI, Arlete Inês. Arguição de matéria de ordem pública em Recurso Especial – Desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 23, n. 89, p. 266-280, jan./mar., 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, v. 158. p. 59-66, mar-abr. 1955.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BELO, Warley. Supressão de Instância em Matéria de Ordem Pública? A Exigência Anômala de “Pquestionamento” da Prescrição Penal como Obstáculo de Acesso à Justiça. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, ano V, n. 27, p. 84-87, dez./jan., 2009.

BERGER, Vincent. *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L’Homme*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1996.

BOVE, Mauro. *Il sindacato della corte di cassazione: contenuto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1993.

BROWN, Ernest J..Foreword: Processo f Law. *Harvard Law Review*, v. 72, n. 1, p. 77-198, Nov., 1958. Disponível em: <<http://novo.periodicos.capes.gov.br/>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos. Incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008. 5 v.

\_\_\_\_\_. De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 61-86

\_\_\_\_\_. Quem tem medo do prequestionamento?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3024>>. Acesso em: 27 fev. 2011.

BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. 3 v.

CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo I.

\_\_\_\_\_. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 1 v. Tomo II.

\_\_\_\_\_. La casación civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. 2 v.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Dos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*, ano 16, n. 62, p. 243-249, abr./jun., 1991.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: STJ: dez anos a serviço da justiça: doutrina. Brasília: STJ, *Consulex*, 1999. p. 171-200. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33962>>. Acesso em: 27 out. 2010.

CARNEIRO, Tânia Aoki. Recurso Especial, efeito translativo. Matéria de Ordem Pública. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, n. 143, p. 205-223, jan. 2007.

CARRINGTON, Paul D.; CRAMTON, Roger C. Judicial Independence in excess: reviving the judicial duty of the Supreme Court. *Cornell Law Review*, v. 94, n. 587, p. 587-636, jun., 2009. Disponível em:



<[http://www.law.gwu.edu/News/20092010Events/Nov09\\_Conference/Documents/Carlington-Cramton%20-%20Judicial%20Independence.pdf](http://www.law.gwu.edu/News/20092010Events/Nov09_Conference/Documents/Carlington-Cramton%20-%20Judicial%20Independence.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2011.

CARVALHO, Patrícia Torres Barreto Costa. Efeito translativo nos recursos excepcionais. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, n. 171, p. 257-281, maio, 2009.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Admissibilidade do recurso especial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 329, p. 77-85, jan., 1995.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*. n. 152, p. 87-108, out. 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto). *Revista de Processo*. São Paulo, ano 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun., 1998.

COOLEY, Thomas McIntyre. The Constitution of United States. In: \_\_\_\_\_. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*. Boston: Little, Brown and Company, 1868. p. 5-20. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=vOI9AAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=Cool ey.+A+treatise+of+constitucional+limitations&source=bl&ots=obf4c\\_2-Up&sig=mEPZARDPT-G7B9DBhVMr61x836Y&hl=pt-BR&ei=y8efS4vqJ4Kclgezvhv33DQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAYQ6AEwAA#v=onepage&q=&f=false](http://books.google.com.br/books?id=vOI9AAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=Cool+ey.+A+treatise+of+constitucional+limitations&source=bl&ots=obf4c_2-Up&sig=mEPZARDPT-G7B9DBhVMr61x836Y&hl=pt-BR&ei=y8efS4vqJ4Kclgezvhv33DQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAYQ6AEwAA#v=onepage&q=&f=false)>. Acesso em: 16 mar. 2010.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos recursos no Código de Processo Civil: lei, doutrina, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do Processo sem Dilações Indevidas. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, n. 277, p. 5-25, nov. 2000.

\_\_\_\_\_. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CUNHA, Guilherme Caldas da. Controle de Constitucional do cabimento do recurso especial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 704, p. 36-40, jun., 1994.

CURAMI, Micaela. La substitution de motifs nella cassazione francese. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 45, n. 3, p. 753-769, lugl./sett., 1990.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 112-121, abr./jun., 1994.

DALL'AGNOL, Jorge Luis. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre : Lejur, 1988.

DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral – perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2010. 1. v.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2010. 3. v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 1 v.

\_\_\_\_\_. *Litisconsórcio: um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça e o acesso à ordem jurídica justa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 249-258

FALCÃO, Djaci. O Poder Judiciário e a Nova Carta Constitucional. *Revista de Processo*. São Paulo, n.53, p.201-208, jan./mar., 1989.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Uma nova dimensão para o recurso especial. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano 5, n. 26, p.61-63, set./out., 2008.

GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v.734, p.40-47, dez., 1996.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *Mundo Jurídico*, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de setembro de 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 2. v.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (matéria que independe de prequestionamento). *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 804, p. 97-112, out., 2002.

KLIPPEL, Rodrigo. O prequestionamento e a jurisprudência recente do STJ e do STF. *Revista Autônoma de Processo*. Curitiba: Juruá, n. 3, p. 387-391, abr./jun., 2007.

KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LACERDA, Galeno. Críticas ao prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 758, p. 68-81, dez., 1998.

\_\_\_\_\_. *Despacho Saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral. O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 78, v. 650, p. 236-239, dez. 1989.

LENZI, Carlos Alberto Silveira. O recurso extraordinário na nova Constituição. *Seqüência*, v. 16, n. 09, p. 48-53, 1988. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16375/14960>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957. 1 v.

LIMA, Alcides de Mendonça. A marcha processual do recurso extraordinário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 48, v. 287, p. 17-25, set. 1959.

\_\_\_\_\_. Prequestionamento. Porto Alegre: *AJURIS*, ano 20, n. 57, p. 228-229, mar., 1993.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. especial, p. 307-329, jan./dez. 2003.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Recurso Extraordinário: raízes. *Revista de Direito Renovar*, v. 27, p. 1-12, set./dez., 2003.

\_\_\_\_\_. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92452>>. Acesso em: 27 dez. 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINEZ, Maria Cristina da Rosa. Prequestionamento e Embargos de Declaração. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 54, n. 345, p. 57-65, jul. 2006.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1983.

MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 250-323

------. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Prequestionamento - nulidade do acórdão proferido pelo Tribunal local em virtude de omissão quanto a matéria de ordem pública (incompetência absoluta) - cabimento de embargos de declaração - inteligência dos enunciados 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ. *Revista de Processo*, ano. 26, n.103, p.199-209, jul./set., 2001.

\_\_\_\_\_. *Prequestionamento e Repercussão Geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 279-287

MELLO, Augusto Cordeiro de. *O processo no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1964. 2 v.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recurso Especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, n. 151, p. 335-343, set. 2007.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A Repercussão Geral e o *Writ of Certiorari*: breve diferenciação. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 26, p. 139-146, 2009. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/view/32](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/32)>. Acesso em: 10 jan. 2011.

MELLO, Andréa Cherem Fabrício. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos Recursos Extraordinário e Especial. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 132, p. 7-29, fev. 2006.

MELLO, Gustavo de Medeiros. A Tutela Adequada na Reforma Constitucional de 2004. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 124, p. 76-110, jun. 2005.

MESSITE, Peter J. The Writ of Certiorari: Deciding Which Cases to Review. America.gov. Disponível em: <<http://www.america.gov/st/usg-english/2008/July/20080814211720XJyrreP0.5789301.html>>. Acesso em: 12 jan 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 161 a 272. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 3. v.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Embargos de declaração com função *prequestionadora* na jurisprudência do STF e STJ. Posições contrárias. *Revista de Processo*, ano 31, n.141, p.197-209, nov., 2006.

MONTEIRO, Samuel. *Recurso Especial e Extraordinário – teoria e prática*. São Paulo: Hemus, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v.

NAGIB, Miguel Francisco Urbano. Prequestionamento – Análise de uma inovação introduzida pelo STF e pelo STJ. *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo*, v. 19, n. 4, p. 11-14, abr., 1995.

NALINI, José Renato. A Justiça nova carta. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 34667, 03 mar. 1988, p. 33. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/122560>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial - doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NORATO, Ester Camila Gomes. O efeito translativo nos recursos extraordinários *lato sensu*. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p.45-83, out./dez., 2008.

NOWILL, Hubert Vernon L. Recurso extraordinário – Prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 356 do STF) – Interpretação razoável da lei (Súmula 400). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 64, v. 480, p. 247-250, out., 1975.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 137, p. 07-31, jul., 2006.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 21, p. 109-124, nov./dez., 2007

\_\_\_\_\_. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. *Revista de Processo*, ano 25, n. 97, p. 161-171, jan./mar., 2000.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 232-271



ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos Tribunais Superiores e exigência de prequestionamento. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 30, n. 128, p. 175-184, out. 2005.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: JÚNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 111-144

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 3 v.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935.

PICARDI, Nicola. "Processo. I – Processo Civile: c) Diritto Moderno". In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI.

PINTO, José Guilherme Berman C. O Writ of Certiorari. *Revista Jurídica*, v. 9, n. 86, p.87-103, ago./set., 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_86/Artigos/PDF/JoseGuilherme\\_rev\\_86.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/Artigos/PDF/JoseGuilherme_rev_86.pdf)> Acesso em: 15 jan. 2011.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o STJ – teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

PIRES, Roberto Carlos Martins. O Pquestionamento nos Recursos Especial e Extraordinário: considerações e análise crítica. *Revista Processo*. São Paulo, ano 32, n.144, p. 117-132, fev. 2007.

POSNER, Richard. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 31, p. 32-103, nov. 2005.

PRIEUR, *La substitution de motifs par La cour de cassation*. Paris: Economica, 1986.

RAMOS, Carlos Henrique. A Promessa de Duração Razoável do Processo e o Direito Processual Público. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 32, nov. 2005.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília, v. 1, n. 2, p. 119-134, jul./dez. 1989.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e o prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SALOMÃO, Luis Felipe. Breves anotações sobre a admissibilidade do recurso especial. In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 20 anos. Brasília: STJ, 2009. p. 199-224. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23564>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso Especial – Visão Geral. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília, v. 1, n. 2, p. 143-161, jul./dez. 1989. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20916>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio Baptista da. Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1 v.

SOUZA, Jurandir Fernandes. Aspectos práticos da interposição dos recursos extraordinário e especial. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 82, v. 693, p. 93-99, jul., 1993.

REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. Anotações sobre o poder judiciário americano. *Revista de Informação Legislativa*, v.33, nº 129, p. 237-247, jan./mar. de 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176396>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Coleção Alvaro de Oliveira – Estudos de Processo e Constituição, 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista di Diritto Processuale*, ano. 51, n. 2, p. 315-328, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial – Prequestionamento. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano VI, n. 34, p. 131-139, mar./abr., 2005.

TOSTA, Jorge. Recurso Extraordinário – ausência de fundamentação explícita no acórdão objeto de embargos declaratórios com fim de prequestionamento - conseqüências. *Revista de Processo*, ano 21, n. 84, p. 359-380, out./dez., 1996.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Recurso Especial e o Recurso Extraordinário na Constituição. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 225-249

\_\_\_\_\_. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição. *Revista de Direito Público*, ano 22, n. 90, p. 79-97, abr./jun. 1989.

WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 73, n. 1, p. 1-36, nov. 1959. Disponível em: <<http://novo.periodicos.capes.gov.br/>>. Acesso em: 23 fev. 2011

## LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BRASIL, *Código de Processo Civil*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2010.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2010.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2010.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 20 de outubro de 1967 (república em 30 de outubro de 1969). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2010.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2010.

BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2010.

BRASIL, *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2010.

BRASIL. *Decreto n. 510*, de 22 de junho de 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

BRASIL. *Decreto n. 848*, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/129395/decreto-848-90>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

BRASIL. *Regulamento 737*, de 25 de outubro de 1850. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=64752>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

ESTADOS UNIDOS. *The Judiciary Act of 1789*, de 24 de setembro de 1789. Disponível em: <[http://www.constitution.org/uslaw/judiciary\\_1789.htm](http://www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2010.

ESTADOS UNIDOS. *Rules of the Supreme Court of the United States*, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/ctrules.aspx>>. Acesso em: 15 jan 2011.

FRANÇA. *Code de L'organisation Judiciaire*, de 1 de fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D8237601135BA827E4CE4D6D8044BF54.tpdjo11v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20110221](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D8237601135BA827E4CE4D6D8044BF54.tpdjo11v_2?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20110221)>. Acesso em: 20 fev. 2011.

FRANÇA. *Code de Procédure Civile*, de 16 de janeiro de 2011. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D8237601135BA827E4CE4D6D8044BF54.tpdjo11v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20110221](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D8237601135BA827E4CE4D6D8044BF54.tpdjo11v_2?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20110221)>. Acesso em 20 jan. 2011.

FRANÇA. *Cour de Cassation*. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2011

ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*, de 28 de outubro de 1940. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>>. Acesso em 20 jan. 2011.

ITÁLIA. *Costituzione*, de 30 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2011.