

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ANNA PAOLA DE SOUZA BONAGURA

**A FUNÇÃO DO STJ E DO STF E OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE
DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO COM AS INOVAÇÕES
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

São Paulo - SP

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ANNA PAOLA DE SOUZA BONAGURA

**A FUNÇÃO DO STJ E DO STF E OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE
DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO COM AS INOVAÇÕES
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil sob orientação da Profa. Dra. Arlete Inês Aurielli.

São Paulo - SP

2016

Banca Examinadora:

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos a todos os meus amigos da PUC pelos debates e agradável convívio.

A todos os professores do curso, pela contribuição em minha formação.

A querida Arlete Aurielli, minha orientadora por quem guardo sentimentos de imensa admiração, carinho, amizade e gratidão.

A Izabel Pantaleão, minha “irmã”, por todo incentivo e apoio durante a elaboração deste trabalho.

Ao Ricardo Vick pela inspiração e parceria durante o curso e durante a elaboração deste trabalho.

A todos os amigos que tanto ajudam na minha trajetória como advogada, processualista e professora: Daniel Penteado de Castro, Gilberto Bruschi, Luis Simardi, Paula Abi-Chahine, Yunes Perim, Fernando Diniz, Rita Nolasco, Roberto Gouvêa, Stella Maciel e William dos Santos Ferreira.

A minha mãe pelo suporte de uma vida.

A todos o meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho destina-se a estudar a função do STJ e STF no âmbito dos recursos especial e extraordinário, especialmente no que se refere à uniformização da interpretação do direito objetivo. Revisitaremos as origens destas cortes e a evolução da legislação e da jurisprudência relacionadas ao tema. Daremos destaque às Súmulas do STJ e do STF que tratam da admissibilidade destes recursos, na técnica da arguição de relevância e à atual sistemática da repercussão geral. Analisaremos a tendência destes tribunais de desenvolverem a chamada jurisprudência defensiva e as inovações trazidas pelo NCPC no que tange ao desestímulo à utilização deste filtro. Concluiremos pela necessidade de fortalecimento dos precedentes criados por estas Cortes.

Palavras-chave

Recursos excepcionais. Recurso Especial. Recurso extraordinário. Cortes Supremas. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal Federal. Admissibilidade. Jurisprudência defensiva. Uniformização.

ABSTRACT

This work aims to study the function of the Superior Court of Justice and Supreme Federal Court and their way of ruling both special and extraordinary appeal to cause the reasoning uniformity of the law. Review of the origins of such Courts. Evolving of legislation regarding such Courts, appeals and correspondent jurisprudence. Focus on STJ and STF regarding the admissibility of such appeals. Considering of relevance reasoning procedure and current “repercussão geral” system. Based on such this work aims to analyze how such Court are developing the so called “jurisprudência defensiva” as filter. In such scenario this work address the innovation promoted by new civil procedural code that discourage the so called “jurisprudência defensiva”. It is necessary that the Courts reinforce its own role of creating and interpreting law, achieving decisions consistency, stability, predictability and legal certainty.

Key words

Exceptional Appeals. Special Appeal. Extraordinary Appeal. Supreme Courts. Special Court. Jurisprudence. Admissibility. Uniformity of judgments

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível
AgR – Agravo Regimental
AG – Agravo de Instrumento
AREsp – Agravo em Recurso Especial
CC – Código Civil
CF – Constituição Federal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPC – Código de Processo Civil
DJe – Diário da Justiça Eletrônico
DJ – Diário da Justiça
DJU – Diário de Justiça da União
EC – Emenda Constitucional
ED – Embargos de Declaração
EResp – Embargos de Divergência em Recurso Especial
MC – Medida Cautelar
MI – Mandado de Injunção
Min. – Ministro
NCPC – Novo Código de Processo Civil
MS – Mandado de Segurança
PL – Projeto de Lei
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
PLS – Projeto de Lei do Senado
QO – Questão de Ordem
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
REsp – Recurso Especial
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - A ORIGEM DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, A CRISE DO STF E A CRIAÇÃO DO STJ	12
CAPÍTULO 2 – ADMISSIBILIDADE E CABIMENTO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.	23
2.1 Os recursos especial e extraordinário enquanto recursos excepcionais.	23
2.2 As hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário. Previsão normativa constitucional e o regimento interno do STF.	25
2.2.1 Recurso especial e recurso extraordinário por violação à lei federal e à constituição. Compreensão dos termos “contrariar” e “negar vigência”	28
2.2.2 Recurso especial e extraordinário por violação à lei federal e à constituição. A superação das súmulas 343 e 400 do STF	30
2.3 Considerações sobre a distinção dos juízos de mérito e de admissibilidade	36
2.4 Estudos sobre “causa decidida” e o requisito do prequestionamento. ...	42
2.4.1 O requisito do prequestionamento e Súmulas 282 e 356 do STF e Súmula 211 do STJ. Análise dos precedentes.	43
2.4.2 A dispensa do prequestionamento como requisito de admissibilidade em matéria de ordem pública	59
2.5 O problema da distinção entre questões de fato e de direito	64
2.6 A repercussão geral como requisito específico de admissibilidade dos recursos extraordinários.	72

2.7 Os requisitos de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários e o avanço da jurisprudência defensiva. Uma análise crítica.....	76
---	----

**CAPÍTULO 3 - O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
E O DESESTÍMULO À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA..... 87**

**CAPÍTULO 4 - A FUNÇÃO DO STJ E DO STF
NO ÂMBITO DOS RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS..... 95**

4.1 Distinção de Cortes Supremas e Cortes Superiores. O legado da Revolução Francesa, do positivismo jurídico e das cortes de cassação.....	97
---	----

4.2 Considerações sobre as Cortes de Cassação, as Cortes de Revisão e as Cortes de Precedentes. A função monofilática dos recursos especial e extraordinário.....	101
---	-----

REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA CONSULTADA..... 111

INTRODUÇÃO

A inspiração para a elaboração deste trabalho surgiu de uma preocupação que há muito nos atinge: a dificuldade de acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, criada pelos rígidos requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

A princípio, a restrição de acesso é perfeitamente condizente com a natureza e a finalidade destes recursos e, portanto, plenamente aceitável pela boa técnica processual. Contudo, ao longo dos anos, a chamada *jurisprudência defensiva* fez com que surgissem questões¹ que nos levam a refletir.

O tema é de salutar relevância especialmente num momento de transição entre o CPC/73 e o NCPC.

Sabe-se que ao STF incumbe a uniformização da interpretação da lei federal e ao STJ a guarda da constituição federal. A compreensão da função destas Cortes, contudo, não se limita a estes pontos. Nesta seara, buscaremos responder, no âmbito dos recursos especial e extraordinário, se estes tribunais devem ser vistos como Cortes Supremas ou Superiores, se atuam como Cortes de cassação, uniformização de jurisprudência ou criação de precedentes.

Temos por objetivo estabelecer ponto de contato entre a função constitucional do STJ e do STF e a utilização de filtros criados para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário. Então, cuidaremos destes requisitos também, sob a ótica do que a doutrina denomina da jurisprudência defensiva.

Para correta compreensão dos fatores históricos que influenciam a evolução constitucional, legislativa e jurisprudencial a respeito do tema central objeto deste trabalho, estudaremos a origem do recurso extraordinário,

¹ A aplicação da jurisprudência defensiva “no extremo reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais”. STJ, HC 84078, Relator ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009.

suas raízes na Corte Suprema Americana, as distinções do sistema brasileiro e norte-americano e do *civil law* e do *common law*, a crise do STF e a criação do STJ.

Em seguida, discorreremos sobre os principais requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, passando pelas distinções entre juízo de mérito e admissibilidade e pela difícil separação das questões de fato e de direito, pela compreensão dos termos “contrariar” e “negar vigência”, pela superação dos enunciados das Súmulas 353 e 400 do STF, pelo conceito de causa decidida e a exigência de prequestionamento, estudando os precedentes das Súmulas 282 e 356 do STF e Súmula 211 do STJ, e ainda, pelo extinto requisito da arguição de relevância e o vigente requisito da repercussão geral.

Neste ponto, procuraremos distinguir as hipóteses em que estes filtros são legítimos e atendem à finalidade destes Tribunais, como a repercussão geral, daquelas em que acabam por criar efetivos óbices ao acesso às Cortes de vértice, por meio da chamada jurisprudência defensiva.

Ao final, abordaremos as principais inovações do Novo Código de Processo Civil, especialmente no combate da jurisprudência defensiva e os seus reflexos na compreensão da função das cortes.

CAPÍTULO 1 - A ORIGEM DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, A CRISE DO STF E A CRIAÇÃO DO STJ

Todos os relatos doutrinários acerca da criação do STF e do Recurso Extraordinário dão conta de uma aproximação com o modelo da Suprema Corte Americana e do *writ of error*. Isso se dá porque a constituição americana foi o primeiro paradigma utilizado pelo direito constitucional brasileiro, e em razão disso, o *writ of error* serviu de inspiração ao recurso extraordinário²⁻³, encontrando nele as suas raízes.

Em estudo dedicado ao tema, Bruno Dantas⁴ afirma que o Brasil acabou por seguir “quase que cegamente o modelo americano”. Provavelmente daí decorra a insistente comparação que se faz entre a Suprema Corte Americana e o Superior Tribunal Federal.

É sabido, contudo, que em matéria de organização judiciária e legislativa, o Brasil e os Estados Unidos divergem sobremaneira, de modo que qualquer paralelo entre os recursos e as cortes destes dois países, ao nosso ver, merece sérias ressalvas. As distinções são tão expressivas a ponto de, segundo entendemos, levar à impossibilidade de adoção de técnicas similares em um e outro país quando se trata da busca de uma solução para a chamada crise do STF.

Explicaremos porque chegamos a tal conclusão fazendo uma breve digressão histórica.

² “O recurso extraordinário trata-se de uma criação do Direito Constitucional Brasileiro, inspirado no *Judiciary Act* do Direito norte-americano. Sua finalidade é manter, dentro do sistema federal e da descentralização do poder judiciário, a autoridade e a unidade da Constituição. O cabimento do recurso está previsto no art. 102, nº III, letras a, b, c e d, da Constituição da República, que o admite nas causas julgadas por outros tribunais, em única ou última instância; trata-se de um recurso excepcional, admissível apenas em hipóteses restritas, previstas na Constituição com o fito específico de tutelar a autoridade e aplicação da Carta Magna. Dessas características é que adveio a denominação de “recurso extraordinário”, adotada inicialmente no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e, posteriormente, consagrada pelas diversas Constituições da República, a partir de 1934” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 723).

³ No mesmo sentido: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

⁴ DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012. p. 38.

O governo provisório do Brasil, em 1890, antes do advento da Constituição definitiva de 1891, baixou o Decreto n. 848, espelhado no *Judiciary Act* americano de 1789⁵.

No *Judiciary Act* estava previsto um “*recurso judicial*” contra decisões finais dos tribunais estaduais, quando discutida a validade de lei federal ou tratado, ou quando fossem contrárias à Constituição Federal. Esse recurso era chamado de *writ of error*, pois o recorrente, ao interpor o recurso, alegava um *error in procedendo* ou *error in judicando* — ou em outras palavras, *error of law* (erro de direito).

Ironicamente, um ano depois a lei norte-americana foi modificada, criando-se os Tribunais Regionais Federais (*U.S Courts of Appeals*), reduzindo os *mandatory appeals* e instituindo o *writ of certiorari*, que aos poucos substituiria o *writ of error*. As reformas de 1925 e 1988 praticamente desapareceram com os *mandatory appeals* e o *writ of certiorari*, por sua vez, assumiu requisitos restritivos de admissão estabelecidos no Regimento Interno da Corte Suprema (*U.S.S.C. Rules - Rule n. 10*).

Atualmente, um *writ of certiorari* está sujeito ao critério subjetivo de relevância, cujo fundamento é discricionário, e será admitido apenas se quatro dos nove juízes entenderem que a questão é relevante para o país e para a sociedade⁶. Esta é a chamada *rule of four*⁷.

No Brasil, a Emenda Constitucional de 1926 seguiu a sistemática do Decreto n. 848 e manteve a competência do STF para julgar e conhecer do

⁵ Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos estados: a) quando a decisão houver sido contrária à validade de tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, e finalmente à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrária à Constituição, aos Tratados e às Leis Federais, e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato; c) quando a interpretação de um preceito constitucional, ou de lei federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado de preceito ou cláusula.

⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Restrição à admissibilidade de recursos na Corte Suprema dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*, Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 39, abr./jun. 2006.

⁷ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. *A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 141.

recurso extraordinário sempre que envolvida o que hoje denominamos de “questão federal” ou “questão constitucional”⁸. O mesmo se diga com relação às constituições de 1934⁹, 1937¹⁰, 1946¹¹ e de 1967¹², e à emenda de 1969¹³.

⁸ § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou a 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 actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, 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.

⁹ 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 destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal. (grifo nosso)

¹⁰ 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; 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. (grifo nosso)

¹¹ Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juizes: 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. (grifo nosso)

¹² 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: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de lei federal; d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

¹³ Art. 119. 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: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 1º As causas a que se fere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977).

O critério da relevância foi introduzido pela primeira vez no Brasil através da Emenda Regimental nº 3/1975, que alterou o artigo 308 do Regimento Interno do STF, com a competência que lhe era atribuída pelo parágrafo único do art. 119 da Constituição de 1967 com a Emenda de 1969¹⁴.

Na época, o texto constitucional conferia “amplíssimo conteúdo normativo” ao regimento interno dos tribunais e, valendo-se dessa competência, o STF pôde indicar as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário¹⁵. Ao fazê-lo, contudo, acabou por criar verdadeiras hipóteses de “descabimento” do recurso, referidas pela doutrina como “vetos”¹⁶.

A inclusão do critério da relevância, então, servia para ressaltar os vetos, de modo a permitir que o STF admitisse um recurso, ainda que interposto contra decisão enquadrada dentre aquelas mencionadas pela regra regimental.

O critério foi abolido com a promulgação da Constituição de 1988, que derogou as disposições restritivas do regimento interno do STF e

¹⁴ Art. 119. 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: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. *Parágrafo único*. As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.

¹⁵ Art. 308 — Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas: I — nos processos por crime ou contravenção a que sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas; II — nos *habeas corpus*, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade; III — nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito; IV — nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no art. 110 da Constituição; e) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à Constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V — nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares; VI — nas execuções por título judicial; VII — sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; VIII — nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita a instância única.

¹⁶ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso Extraordinário e o requisito da repercussão geral*. RT. RPC Vol. 24.

posteriormente reintroduzida no sistema com a EC/45 pelo instituto da repercussão geral.

Embora a arguição de relevância e a repercussão geral sejam substancialmente semelhantes¹⁷, - ambos funcionam como mecanismo de filtro apto a fazer com que cheguem ao STF apenas recursos que tratem de questões que transcendam ao direito subjetivo das partes – são mecanismos distintos.

A uma, a arguição de relevância da questão federal não era exigida em todos os casos, mas apenas nos previstos nas alíneas *a* (negativa de vigência de tratado ou lei federal) e *d* (divergência na interpretação de lei federal) do artigo 119 da CF/1969, enquanto a repercussão geral é um requisito de admissibilidade para todo e qualquer recurso extraordinário.

A duas, “a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva”, enquanto “a repercussão geral visa excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem”¹⁸.

O critério da relevância a que se submete o *writ of certiorari* aproxima-se do instituto da repercussão geral brasileira, mas, diferentemente deste, possui caráter discricionário e as decisões de denegação, por esta razão, não precisam ser fundamentadas. No direito brasileiro esta análise fica adstrita às hipóteses previstas em lei, e a decisão, como qualquer outra, deve ser fundamentada.

Como os recursos excepcionais do Brasil que, como se sabe, são recursos de fundamentação vinculada e que não se servem à mera correção

¹⁷ ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 63-99

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: RT, 2007, p. 59.

da injustiça da decisão¹⁹, o *writ of certiorari* está acima da controvérsia das partes²⁰, mas existem distinções que merecem ser consideradas.

Sabe-se que a Constituição americana dedicou apenas um artigo ao poder judiciário (artigo III), instituiu a Suprema Corte dos Estados Unidos apenas com sua competência originária (*Trial Court*), deixando para que o Congresso estabelecesse a sua competência recursal, o número de juízes, bem como a criação de tribunais federais inferiores²¹.

No Brasil, por outro lado, a Constituição Federal vigente prevê a competência de todos os tribunais, superiores, federais, estaduais e especiais²², e atribui à União Federal competência exclusiva para legislar sobre um extenso rol de matérias, deixando aos Estados e Municípios um rol de competência residual. De acordo com o art. 22, I, da CF/88, somente a União poderá legislar sobre direito civil, direito penal, direito comercial, direito processual civil, etc.

Como bem destaca Teresa Arruda Alvim Wambier²³, a própria construção da história dos dois países contribuiu para que as instituições fossem formadas de modo tão distinto. Diz que:

A criação da federação, lá, deveu-se a um movimento das colônias, que, abdicando de sua soberania, a transferiram ao governo central. Coube, então, ao governo central legislar sobre certas e determinadas matérias [...]. No Brasil, as coisas se operaram de maneira inversa. Não houve união de partes, pois partes não havia. Portanto, o poder central no Brasil concebeu artificialmente poder local aos estados, outorgando a eles limitada competência para legislar.

¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. Recurso no processo civil. V. III, São Paulo: RT, 2007, p. 155.

²⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 244.

²¹ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Restrição à admissibilidade de recursos na Corte Suprema dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*, Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 30, abr./jun. 2006.

²² O artigo III, Seção I da Constituição americana assim especifica: O poder judicial dos Estados Unidos deve ser revestido em uma suprema corte, e em outras cortes inferiores que o Congresso pode periodicamente ordenar e estabelecer. Na prática, a suprema corte sempre atuou como um corpo unitário, nunca se dividindo em câmaras ou turmas de juízes para resolver questões específicas (MELLO, Vitor Tadeu Carramão. *A repercussão geral e o writ of certiorari*: breve diferenciação. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 140, citando GRESSMAN, 1990, p. 238.)

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Recurso Especial, extraordinário e ação rescisória. op. cit.

Há de se considerar ainda que o sistema norte-americano encontra raízes no *common law*, em contraposição ao sistema do *civil law* adotado pelo Brasil.

No *common law*, quando um tribunal profere uma decisão, o faz não somente para decidir quem venceu, ou seja, para resolver a demanda, o faz também para firmar um importante guia para os tribunais inferiores a respeito de como solucionar casos similares. É a chamada doutrina do *stare decisis* – de *stare decisis et non quieta movere* (cumprir as decisões e não causar distúrbio em relação aos pontos já definidos).

O *common law* baseia-se em dois elementos principais: o costume e a equidade. Neste sistema, aquilo que a sociedade adota como costume norteia o direito. O costume, por sua vez, produz precedentes que tornam política pública independente de norma escrita.

Já o princípio básico do *civil law* é o da codificação²⁴. Neste sistema, ao contrário do *common law*, o juiz aplica normas abstratas, gerais e impessoais a casos concretos. O juiz torna-se, portanto, um aplicador de leis

Vislumbra-se, no sistema do *civil law*, um “engessamento” das regras processuais e a hipervalorização destas, percebendo-se muitas vezes que a discussão acerca das regras processuais toma espaço das discussões acerca do direito material envolvido, esvaziando o senso de justiça. A preocupação primeira neste sistema é, portanto, a aplicação correta, ordeira, eficiente e previsível do direito material²⁵.

Neste sistema, pressupõe-se que a aplicação pelo juiz de normas abstratas, gerais e impessoais a casos concretos, garantirá maior segurança e estabilidade da ordem jurídica²⁶.

²⁴ ZACLIS, Lionel. Direito processual estadunidense. In: *Direito processual civil americano contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2008, p. 16.

²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, pp.11-85.

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, pp.11-85.

Enquanto o sistema do *civil law* surge de um movimento racional, em que se vislumbra maior controle sobre a previsibilidade, a arbitrariedade e a segurança jurídica, o *common law* encontra justificativa histórica extraída da experiência e da sabedoria acumulada durante séculos (“as coisas sempre foram como são”). Parece-nos que isso explica por que no sistema do *civil law* os precedentes têm tanto valor.

Em razão de todas estas peculiaridades, podemos dizer que no federalismo americano há um equilíbrio entre a ordem jurídica dos estados e do governo central²⁷.

Esta fragmentação de competência encontra correspondência no sistema judiciário, a ponto de já se ter contestado o poder da Corte Suprema reformar as decisões das Cortes de Apelação. Segundo José Afonso da Silva isso se dá porque, diferentemente do Brasil, naquele país existe uma relação de autonomia jurisdicional dos Estados-membros da federação.

A enorme quantidade de processos que passaram a ser direcionados ao STF ao longo dos anos acabou por prejudicar a resolução de casos que são de fundamental importância para a sociedade brasileira, e que realmente merecem ser analisados com mais tempo e parcimônia. Surge o que se chama de crise do STF²⁸ ou, em verdade, a crise do recurso extraordinário.

Calmon de Passos²⁹ afirmava que a crise do STF tinha duas consequências bem determináveis: a uma, o acúmulo de processos sem

²⁷ “A criação do nosso sistema federativo foi resultado de um caminho inverso daquele que teve lugar nos Estados Unidos. A criação da federação, lá, deveu-se a um movimento das colônias, que, abdicando de sua soberania, a transferiram ao governo central. Coube, então, ao governo central legislar sobre certas e determinadas matérias [...]. No Brasil, as coisas se operaram de maneira inversa. Não houve união de partes, pois partes não havia. Portanto, o poder central no Brasil concebeu artificialmente poder local aos estados, outorgando a eles limitada competência para legislar”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, pp. 11-85).

²⁸ “A chamada crise do Supremo Tribunal Federal, pelo número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo, posto a cargo dos integrantes do Excelso Pretório. A par da matéria, em competência originária, derivada do exercício de sua função de Corte Constitucional, também uma multiplicidade de recursos supervenientes de todas as partes de um país sob alto incremento demográfico e com várias regiões em acelerado processo de industrialização e de aumento do setor terciário da economia, acarretando sempre maiores índices de litigiosidade”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1977. p. 12

decisão, já que o número de processos que ingressam no tribunal era muito superior ao dos que conseguiam ser julgados; a duas, a natural perda de substância dos julgados proferidos pela corte mais importante do país, justamente em razão do volume de casos a serem julgados.

Para superar esta crise é que se criou o STJ, dividindo-se a competência originalmente atribuída ao STF entre estes dois tribunais.

Em importante estudo dedicado ao recurso extraordinário, publicado em 1963, ainda na vigência da CF/1946, José Afonso da Silva³⁰ defendeu a criação de um tribunal superior para resolver a crise do STF, na mesma posição hierárquica do TSE e do TST e que ele próprio denominou de Superior Tribunal de Justiça³¹.

Foi neste cenário que, com o advento da constituição de 1988, nasceu o STJ.

Entretanto, como se sabe, o recurso especial e o STJ foram pouco promissores em desafogar a máquina judiciária brasileira e não foram capazes de pôr fim à crise do STF. Ao contrário disso, hoje o STJ, sobrecarregado de recursos especiais, acabou por cair em idêntica crise.

Araken de Assis³² responsabiliza a repartição de competência legislativa entre a União e os Estados pela crise do STJ, com o que

³⁰ “No sistema atual, além de órgão de cúpula da ordem judiciária, é órgão de cume, a que se vinculam os sistemas judiciários dos ramos do direito comum (Civil, Comercial, e Penal), e o sistema de aplicação do direito fiscal (Tribunal Federal de Recursos) e os sistemas de aplicação do direito pena militar (S.T.M e Tribunais Militares dos Estados) (...) “poderia haver outro tribunal de cúpula destinado a formar com esses sistemas uma estrutura judiciária, sob tal aspecto, independente do S.T.F. (SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário o direito processual brasileiro*. São Paulo: RT. 1963, p. 456).

³¹ “Falta um Tribunal Superior correspondente ao TSE e TST para compor as estruturas judiciárias do direito comum, do direito fiscal federal e questões de interesse da União e do direito penal militar. Tal órgão que denominaríamos de Tribunal Superior de Justiça, por uma questão de uniformidade terminológica relativamente aos já existentes, teria como competência fundamental, entre outras, julgar em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da Fazenda nacional e militares: a) quando a decisão recorrida fosse contrária à letra de tratado ou lei federal; b) quando se contestasse a validade de lei ou ato do governo local na decisão recorrida a interpretação de lei federal invocada fosse diversa da que lhe haja dado qualquer tribunal estadual ou tribunal militar ou o Tribunal Federal de Recursos, ou divergisse de decisão por ele próprio proferida”. SILVA. José Afonso da. *Do recurso extraordinário o direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963, p. 445

³² “A Justiça Ordinária, administrada pelos Estados-membros, aplica o direito federal na maior parte dos litígios de sua competência, dado que permite realçar a unidade da função jurisdicional no

concordamos. Como já comentado, a competência legislativa da União é muito extensa, especialmente quando comparada com a residual competência dos estados. Isso faz com que quase a totalidade das questões de direito decididas em segunda instância encontrem previsão na lei federal, tornando o STJ competente para decidir em terceira instância todos estes litígios.

Já nos Estados Unidos, todos os estados garantem às partes pelo menos um recurso contra o julgamento ocorrido num tribunal distrital, sendo que alguns permitem dois recursos, um junto ao tribunal de apelações e outro perante a suprema corte americana. Entretanto, em geral, os tribunais não conhecem recursos fundamentados em reapreciação de prova. O conceito é meio nebuloso, mas, a princípio, pode-se afirmar que os tribunais limitam a revisão dos julgados a questões de direito³³.

Os tribunais federais são órgãos de jurisdição limitada, enquanto os tribunais estaduais conhecem diversos tipos de matérias que estão além da jurisdição dos tribunais federais. Em verdade, o escopo do *common law* federal é relativamente estreito, limitado a temas federais não disciplinados por uma lei formal (*statute*).

Tudo isso, somado ao fato de que a Federação americana surgiu da associação de estados independentes, como já se mencionou, e os estados federais, por possuírem vasta competência legislativa, o que normalmente ocorre é que a maior parte dos litígios acaba na justiça estadual.

Como se vê, a organização judiciária brasileira e a distribuição das competências legislativas da União, Estados e Municípios é muito distinta daquela encontrada nos Estados Unidos, razão pela qual, entendemos, não é possível importar do sistema americano a solução para a crise das nossas

Brasil. Por outro lado, não é só a matéria de fundo regulada pelo direito federal, o que propiciará o exame dos vícios de juízo (*errores in iudicando*) na via especial, mas o direito processual também se insere na vasta competência legislativa da União (art. 22, I, da CF/1988). Assim, o menor erro de atividade (*error in procedendo*) cometido nos milhões de processos que tramitam na Justiça Federal e na Justiça Ordinária constitui matéria idônea no recurso especial. A propalada crise do STJ atingiu o grau máximo e irremediável por conta da quantidade de feitos gerada na configuração de questões federais em cada processo". *op. cit.*, p. 774.

³³ ZACLIS. *op. cit.*, p. 195.

cortes. Tampouco pode-se esperar que o número de feitos que chegam às Cortes Brasileiras seja tão reduzido quando nos Estados Unidos.

Este é o motivo pelo qual optamos por focar nosso trabalho exclusivamente nas cortes brasileiras, superando a viciosa comparação com a Suprema Corte Americana e o *common law*.

CAPÍTULO 2 – ADMISSIBILIDADE E CABIMENTO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.

2.1 Os recursos especial e extraordinário enquanto recursos excepcionais.

Como se sabe, o STF, por meio do denominado recurso extraordinário, se encarrega de resguardar a Constituição Federal, e o STJ, por meio do recurso especial, de uniformizar a interpretação da norma infraconstitucional de direito federal.

O recurso especial e o extraordinário são recursos de *fundamentação vinculada* e “têm por finalidade primeira a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não, propriamente, a busca da melhor solução para o caso concreto”³⁴. Por isso, diz-se que tutelam o *direito objetivo*, isto é, no seu âmbito, a tutela jurisdicional deixa de ter aquele caráter subjetivo - assim entendido como a satisfação do direito subjetivo das partes, de proteção do direito individual e dos interesses privados. Perante os Tribunais Superiores, pois, busca-se em primeiro plano a integridade do direito e bem por isso, pode-se dizer que o interesse protegido é público.

Por isso, a sua cognição³⁵ não é ampla, ilimitada, como nos demais recursos (como na apelação, por exemplo), mas, ao invés, é restrita aos lindes da *matéria de direito* envolvida.

Têm por características ainda a necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias; o fato de não serem vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido e não servirem à mera revisão da matéria de fato; apresentarem sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, com uma fase perante o tribunal "a quo" (TJ, TRF) e outra perante o

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344

³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo: RT, 2005, p. 270.

"*ad quem*" (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça); serem os fundamentos específicos de sua admissibilidade previstos na Constituição Federal e não no Código de Processo Civil; a possibilidade de execução provisória na pendência de seu julgamento e a limitação da extensão do seu efeito devolutivo.

Diante das suas notáveis distinções de finalidade, objeto e características, após a criação do STJ³⁶ e conseqüentemente do recurso especial, a doutrina buscou dar aos recursos especiais e extraordinários enquadramento terminológico diferenciado dos demais recursos, então chamados de ordinários, classificando-os como extraordinários.

Pedro Miranda de Oliveira³⁷ diz “que a denominação ‘extraordinário’ surgiu, inicialmente, da necessidade de distinguir este recurso da apelação interposta diretamente para o Supremo Tribunal Federal”, lembrando que “naquela época, o STF fazia as vezes de segundo grau de jurisdição da justiça federal”. Desta ainda, que “pelo prisma constitucional, quem primeiramente inseriu em seu texto a expressão recurso extraordinário foi a CF/1934, justamente para diferenciá-lo do recurso ordinário, ali previsto”. Prossegue que “o recurso extraordinário tem esse nome por ser uma impugnação de caráter excepcional, decorrente de poderes jurisdicionais especiais que a Constituição confere ao Supremo Tribunal Federal para tutela dos mandamentos constitucionais”.

Conclui defendendo que a denominação recurso extraordinário “revela bem a principal diferença em relação ao recurso ordinário: aquele é interposto de uma justiça para a outra e em casos especiais e muito limitados; este tramita na mesma justiça e, em grande número de casos, os litigantes o utilizam para o fim de obter a reforma das decisões”.

Parte da doutrina, contudo, critica essa classificação. Primeiro, porque ao que nos parece, a nomenclatura utilizada cria certa confusão entre

³⁶ JORGE, Flavio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 91.

³⁷ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso Extraordinário e o requisito da repercussão geral*. RPC Vol. 24. São Paulo: RT, p. 95.

as expressões “recursos extraordinários” e “recursos ordinários”, como gênero; e de recurso extraordinário e recurso ordinário, como espécie.

Como menciona Rodolfo de Camargo Mancuso³⁸, “em certos ordenamentos estrangeiros o qualificativo ‘extraordinário’ [indica] o remédio processual cabível contra decisão que transitou em julgado” o que, a seu ver, é mais um à nomenclatura utilizada pelo nosso sistema. Diz o autor, com base na lição de Barbosa Moreira³⁹, que “a rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar, segundo critério do ponto de vista científico e útil ao ângulo prático, a denominação genérica de extraordinários. Há, sim, um recurso que (sem qualquer preocupação de ordem dogmática) se acertou de dar esse nome, assim como há outro (a rigor, um conjunto heterogêneo de figuras recursais) que a vigente Carta Federal rotulou de ordinário (arts. 102, n. II e 105, n. II) ”.

Com vistas a preservar desejável precisão terminológica, concordamos, pois, com a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso ⁴⁰, que prefere enquadrar os recursos extraordinário e especial na classe "recursos" da subclasse "excepcionais".

2.2 As hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário. Previsão normativa constitucional e o regimento interno do STF.

As hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário encontram-se previstas exclusivamente na Constituição Federal e não cabe à lei ordinária restringi-la ou modificá-la, como mencionamos. Diz-se, por isso, que as disposições restritivas de RISTF de 1/12/1980 foram derogadas pela CF/1988.

³⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: RT, 124.

³⁹Comentários ..., cit., 13, ed., 2006, v. V, p. 254-256.

⁴⁰MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: RT, p.126

Pedro Miranda de Oliveira⁴¹ explica que “na vigência da constituição Federal anterior, o Supremo Tribunal Federal tinha poderes para legislar, impondo restrições ao cabimento do recurso extraordinário quando interposto com base em violação ao dispositivo de lei federal. A Constituição atual retirou-lhe totalmente semelhante poder”. Segundo afirma, “até o advento da CF/88 havia o entendimento de que o RISTF era lei, o que não se pode mais admitir em face do art. 59, III, do texto constitucional em vigor, que compreende o processo legislativo como atividade de elaboração de leis ordinárias e não admite delegar tal poder aos tribunais”. Isto quer dizer que o RISTF, que antes tinha força de lei ordinária, nos dias atuais serve como *parâmetro e diretriz* orientando o processamento das ações que tramitam perante o STF. Seus dispositivos são verdadeiras *normas complementares*.

O recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III⁴²) é manejável a partir de acórdãos de tribunais estaduais ou regionais federais, quando as decisões, em única ou última instância, enquadrem-se em alguma das seguintes hipóteses:

- Contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência (alínea “a” do art. 105, III da CF);
- Julgar válido ato do governo local contestado em face de lei federal (alínea “b” do art. 105, III da CF);
- Der interpretação divergente da lei federal a que tenha dado outro tribunal (alínea “c” do art. 105, III da CF).

⁴¹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso Extraordinário e o requisito da repercussão geral*. RPC Vol. 24. São Paulo: RT, p. 61.

⁴² 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 n. 45, de 2004)

c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O recurso extraordinário, ao seu turno (CF, art. 102, III⁴³), é cabível em face de decisões em única ou última instância (sem a exigência de que sejam decisões proferidas por tribunais, tal como o recurso especial) que se enquadrem em alguma das seguintes hipóteses:

- Contrariar a Constituição (alínea “a” do art. 102, III da CF);
- Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal (alínea “b” do art. 102, III da CF);
- Julgar válida lei ou ato de governo local contestado perante a norma constitucional (alínea “c” do art. 102, III da CF);
- Declarar válida lei local contestada perante lei federal (alínea “c” do art. 102, III da CF).

Como se vê, a alínea “a”, primeira parte, do art. 105, III da CF, e a alínea “a” do art. 103, III da CF, preveem, respectivamente, como primeira hipótese de cabimento dos recursos especial e extraordinário, a *contrariedade* à norma infraconstitucional ou constitucional.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra escrita em parceria com José Miguel Garcia Medina⁴⁴, a hipótese da alínea “a” seria o único fundamento destes recursos e as demais alíneas seriam meros

⁴³ “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 n. 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 terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.)”

⁴⁴ MEDINA, José Miguel Garcia & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno - Recursos e ações autônomas de impugnação*, v. 2. São Paulo: RT, 2013, p. 213.

desdobramentos desta. Dizem, *ipsis literis*: “entendemos que o único fundamento destes recursos é a alegação de contrariedade à norma constitucional ou federal-infraconstitucional, a que se referem as alíneas a dos incisos III dos arts. 102 e 105 da Constituição. Às demais situações previstas nas alíneas seguintes dos incisos III dos dois dispositivos constitucionais chamamos de hipóteses de cabimento, pois, segundo nos parece, os recursos extraordinário e especial não podem ser interpostos e, rigorosamente, não podem ser admitidos se baseando nas letras b e seguintes isoladamente”.

Diante disso, as alíneas b e seguintes seriam desdobramentos ou especificações da letra a”. Iremos, pois, discorrer sobre a extensão dos termos “contrariar” e “negar vigência”.

2.2.1 Recurso especial e recurso extraordinário por violação à lei federal e à constituição. Compreensão dos termos “contrariar” e “negar vigência”

Como mencionamos, para Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra escrita em parceria com José Miguel Garcia Medina ⁴⁵, a hipótese da alínea “a” seria o único fundamento destes recursos, sendo as demais alíneas, meros desdobramentos desta.

Concordamos com este posicionamento na medida em que, como bem destaca Nelson Luiz Pinto⁴⁶ “contrariar supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses a que ele deve subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea, ou ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentir do

⁴⁵ “Entendemos que o único fundamento destes recursos é a alegação de contrariedade à norma constitucional ou federal-infraconstitucional, a que se referem as alíneas a dos incisos III dos arts. 102 e 105 da Constituição. Às demais situações previstas nas alíneas seguintes dos incisos III dos dois dispositivos constitucionais chamamos de hipóteses de cabimento, pois, segundo nos parece, os recursos extraordinários e especial não podem ser interpostos e, rigorosamente, não podem ser admitidos se baseado nas letras b e seguintes isoladamente. Diante disso, as alíneas b e seguintes são desdobramentos ou especificações da letra a”. (MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno - Recursos e ações autônomas de impugnação*, v. 2. São Paulo: RT, 2013, p. 213).

⁴⁶ PINTO, Nelson Luís. *Manual dos recursos cíveis*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p 118-122.

órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal, que é o STJ” [ou o STF no que tange à interpretação da CF].

Compartilhamos o posicionamento de Araken de Assis⁴⁷, quando diz que “contrariar é bem mais do que negar vigência [...] e abrange toda e qualquer interpretação errônea do texto constitucional” e o de Pedro Miranda de Oliveira⁴⁸ ao mencionar que “o termo contrariar é muito mais abrangente do que negar vigência. Negar vigência significa a não aplicação do preceito, ignorando a sua incidência no caso concreto. Contrariar, por sua vez, abrange não só a negativa de vigência, mas a aplicação errônea do dispositivo ou interpretação incorreta”.

Cassio Scarpinella Bueno⁴⁹ defende que “o verbo ‘contrariar’ merece interpretação ampla, como sinônimo de violar, contrastar, infringir”.

Questão interessante com relação ao tema “contrariedade” diz respeito a tratar-se de questão de mérito ou de admissibilidade recursal. A este respeito a Súmula 249 do STF diz que “É competente o Supremo Tribunal Federal para ação rescisória, quando, embora não tenha conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”.

Na lição de Araken de Assis⁵⁰, isto ocorre porque “o verbo ‘contrariar’ agasalharia um juízo de valor: a decisão contrária ao texto constitucional é incorreta e digna de reforma, motivo por que a demonstração do tipo ultrapassaria o estado do juízo de admissibilidade, e exigiria o provimento inexorável do extraordinário”. Ou seja, ao reconhecer que há ofensa à norma infraconstitucional e admitir-se o cabimento do recurso, adentrar-se-ia ao mérito de modo a, automaticamente, reconhecer-se que o recurso merece provimento.

⁴⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 720.

⁴⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso Extraordinário e o requisito da repercussão geral*. RPC Vol. 24. São Paulo: RT, p. 114.

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes dos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 287.

⁵⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 720.

Parece-nos ser mais acertado dizer que basta ao recorrente alegar a contrariedade à Constituição Federal para que o recurso extraordinário seja admissível. Caberá, então, ao juízo de mérito decidir se a afronta à Constituição Federal é efetiva e dar ou não provimento ao recurso. Este é o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno⁵¹.

Trataremos com profundidade do assunto em tópico específico que trata da distinção entre mérito e admissibilidade, mas pensamos ser salutar tratar do disposto pelas Súmulas 353 e 400 do STF que, segundo seus enunciados, impedem o debate perante as cortes superiores do que se chama de “interpretação razoável” da norma constitucional e infraconstitucional.

2.2.2 Recurso especial e extraordinário por violação à lei federal e à constituição. A superação das súmulas 343 e 400 do STF

A súmula 343 do STF tem o seguinte enunciado: “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. São precedentes as decisões proferidas no AR 602 EI, publicação: DJ de 11/06/1964, RE 50046, publicação: DJ de 14/06/1963 e RE 41407, publicações: DJ de 03/09/1959, RTJ 10/570.

O RE 41407 é ementado da seguinte forma: “rescisória – interpretação diversa dada a dispositivo legal – não cabimento do *remadium juris*. – a interpretação diversa dada a dispositivo legal não explícito não dá fundamento para a rescisória, pois esta cabe – quando há ofensa à literal disposição de lei, e não no caso de divergência jurisprudencial”.

A decisão se funda na afirmação de que “não é dissídio da jurisprudência, senão o julgamento contra literal disposição da lei que dá base ao rescisório. Não há acórdão a dizer que a sentença é nula por haver rompido

⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes dos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 287.

com o conformismo dos Tribunais. Todo juiz é absolutamente livre no interpretar e aplicar a lei, sendo válido, embora reformável, o seu veredicto, ainda que escape à tradição jurisprudencial”.

O RE 50046 tem como ementa o seguinte: “se em todos os casos de interpretação de lei, prevalecer aquela que nos pareça menos correta, houvermos de julgar procedente ação rescisória, teremos acrescentado ao mecanismo geral dos recursos um recurso ordinário com prazo de cinco anos na maioria dos casos decididos pela Justiça. A má interpretação que justifica o *iudicium rescidens* há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal. A Justiça nem sempre observa, na prática quotidiana, esse salutar princípio, que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais”.

Por fim, segundo decidido no AR 602, “a rescisória não é cabível para dirimir matéria controversa decidida, em amplo debate, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal”.

Com o julgamento proferido no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento 460.439-9-DF, o STF traçou duas diferentes situações para a incidência de tal súmula: o enunciado prevaleceria quando a questão tratada no recurso fosse infraconstitucional, isto é, não caberia ação rescisória quando o respectivo fundamento fosse violação a literal disposição de texto legal a cuja interpretação divergissem os tribunais. Doutro modo, a Súmula não teria vez quando a questão debatida fosse constitucional.

Em importante decisão, a 1ª Seção do STJ, ao julgar a Ação Rescisória 820-PE, de relatoria do ministro Humberto Martins, posicionou-se no sentido de que “referido enunciado sumular tem aplicação somente quando há interpretação controvertida de lei federal nos tribunais; não, porém, quando

se cuida da exegese de preceito constitucional (...). Diversas outras decisões foram proferidas pelo STJ no mesmo sentido^{52 53 54}.

Como se vê, a jurisprudência do STJ e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada.

Acertada é, ao nosso ver, a lição de Araken de Assis⁵⁵ quando diz que “a Constituição só comporta, em dado momento histórico, *uma interpretação certa*”. Entendemos, porém, que mesmo que razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais à lei federal, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua interpretação - a quem cabe a função de uniformizar a interpretação da lei, seja por ação rescisória, seja por recurso especial.

Por isso, refutamos também o entendimento consolidado pela Súmula 400 quando afirma que a “decisão que deu razoável interpretação à

⁵² “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. **MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 343/STF. NÃO INCIDÊNCIA.** ACOLHIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES SEM A OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA. NULIDADE POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, LV, DA CF/88). PEDIDO PROCEDENTE. (...) e qualquer modo, no caso concreto, o que se alega é ofensa à Constituição. Ora, uma coisa é certa: quando se alega ofensa à Constituição, tanto a jurisprudência do STJ quanto a do Supremo afastam a aplicação da Súmula 343/STJ, Ação Rescisória n. 2702/MG, Primeira Seção, Min. Rel. Teori Zavascki, j. 14/09/2011. (grifo nosso)

⁵³ “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. COFINS. SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS. SÚMULA 276/STJ. CANCELAMENTO. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO CONCEDIDA PELA LC 70/1991. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. A Súmula 276/STJ foi cancelada pela Primeira Seção em 12.11.2008, por ocasião do julgamento da AR 3.761/PR.

2. Não se aplica a Súmula 343/STF às ações que versem sobre revogação da isenção da Cofins, **tendo em vista a natureza constitucional da matéria discutida.**

3. É legítimo revogar o benefício fiscal contido na Lei Complementar 70/1991 perpetrada pelo art. 56 da Lei 9.430/1996. Precedentes do STJ e do STF.

4. Ação Rescisória julgada procedente (AR n. 3742/RS, Primeira Seção, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, DJe 02/08/11). (grifo nosso)

⁵⁴ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. SÚMULA 401/STJ. CARÊNCIA DE AÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE ANALISA O MÉRITO. REJEIÇÃO. SOCIEDADES CIVIS. SEGURIDADE SOCIAL. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. **MATÉRIA CONSTITUCIONAL.** (...)

4. **Afasta-se a aplicação da Súmula 343/STF, pois a interpretação controvertida diz respeito a texto constitucional.**

Ação rescisória procedente (AR n. 4173/RS, Primeira Seção, Min. Rel. Herman Benjamin, DJe 29/04/11). (grifo nosso)

⁵⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 719.

lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da C.F”, e merece especial destaque na análise do tema deste trabalho.

Concordamos, pois, com o Min. Teori Zavaski que, ao decidir o Recurso Especial 1.026.234-DF, defendeu que “a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais. Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição”.

Ao nosso ver, o STJ admitir como razoável uma interpretação contrária à sua, significaria, por parte do STJ, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância⁵⁶.

⁵⁶ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA. JULGAMENTO CONTRÁRIO A ENTENDIMENTO SUMULADO NO STJ (SÚMULA N. 289). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA N. 343/STF. NÃO INCIDÊNCIA. SEGURANÇA JURÍDICA. UNIFORMIDADE E PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NECESSIDADE. 1. A principiologia subjacente à Súmula n. 343/STF é consentânea com o propósito de estabilização das relações sociais e, mediante a acomodação da jurisprudência, rende homenagens diretas à segurança jurídica, a qual é progressivamente corroída quando a coisa julgada é relativizada. 2. Porém, **o desalinho da jurisprudência - sobretudo o deliberado, recalcitrante e, quando menos, vaidoso - também atenta, no mínimo, contra três valores fundamentais do Estado Democrático de Direito: a) segurança jurídica, b) isonomia e c) efetividade da prestação jurisdicional.** 3. A Súmula n. 343/STF teve como escopo a estabilização da jurisprudência daquela Corte contra oscilações em sua composição, para que entendimentos firmados de forma majoritária não sofressem investidas de teses contrárias em maiorias episódicas, antes vencidas. Com essa providência, protege-se, a todas as luzes, a segurança jurídica em sua vertente judiciária, conferindo-se previsibilidade e estabilidade aos pronunciamentos da Corte. 4. Todavia, definitivamente, não constitui propósito do mencionado verbete a chancela da rebeldia judiciária. A solução oposta, a pretexto de não eternizar litígios, perpetuar injustiças e, muito pelo contrário, depõe exatamente contra a segurança jurídica, por reverenciar uma prestação jurisdicional imprevisível, não isonômica e de baixa efetividade. 5. Assim, a Súmula n. 343/STF não obsta o ajuizamento de ação rescisória quando, muito embora tenha havido dissídio jurisprudencial no passado sobre o tema, a sentença rescindenda foi proferida já sob a égide de súmula do STJ que superou o mencionado dissenso e se firmou em sentido contrário ao que se decidiu na sentença. 6. Recurso especial provido para, removendo-se o óbice da Súmula n. 343/STF, determinar o retorno dos autos à Corte Estadual para que se prossiga no julgamento da ação rescisória”. (REsp 1163267/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 10/12/2013, grifo nosso)

Entender de modo diverso, pensamos, implica em absoluta despreocupação com a coerência das decisões judiciais e em contrapartida com os princípios constitucionais da isonomia e segurança jurídica.

Para Luiz Guilherme Marinoni, os posicionamentos das Súmulas 353 e 400 do STF se baseiam na falsa premissa de que os tribunais estariam limitados a procurar a interpretação que revelar o exato sentido da lei e que não haveria na função jurisdicional uma função interpretativa ou mesmo criativa. A função do julgador seria meramente declaratória. Daí se dizer que não haveria incoerência entre decisões conflitantes, mas interpretação equivocada da lei⁵⁷.

Por isso, justifica o autor, há distinção entre texto e norma, sendo norma a interpretação que se dá ao texto. Diz que a atividade jurisdicional não é apenas intelectual, mas também volitiva. Contudo, alerta que o Judiciário não pode ser resumido à soma de valores e opiniões individuais dos julgadores. Ao final defende que não se pode admitir a coexistência de decisões diversas para casos semelhantes, cabendo aos Tribunais Superiores extrair a norma do texto e aos juízes aplicá-la uniformemente.

Esta preocupação foi objeto de longos debates durante o trâmite legislativo do Novo Código de Processo Civil e deu origem aos arts. 926 e 927, que juntos estabelecem o dever dos tribunais de “**uniformizar** sua jurisprudência e **mantê-la estável, íntegra e coerente**” (grifo nosso), observando os precedentes, assim entendidos: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, pp. 2072-2083.

Ao nosso ver, o sistema de precedentes que vem se desenhando no Brasil se tornará importante mecanismo de estabilização das decisões judiciais, não só no âmbito endoprocessual, como o instituto da coisa julgada, mas também no âmbito extraprocessual (como na doutrina do *stare decisis*), reforçando assim a efetividade da garantia da segurança jurídica e da isonomia.

Por meio da vinculação aos precedentes busca-se obter maior previsibilidade e estabilidade das decisões (maior segurança jurídica, portanto), dar tratamento isonômico aos litigantes, outorgar maior coerência à ordem jurídica, garantir a despersonalização das demandas e a imparcialidade do juiz, desestímulo à litigância e como consequência de tudo, contribuir à duração razoável do processo e maior eficiência do judiciário⁵⁸.

Para Luiz Guilherme Marinoni, “o respeito aos precedentes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração do processo, privilegiando o autor, réu e os cidadãos em geral. Se os tribunais inferiores estão obrigados a decidir de acordo com os tribunais superiores, sendo o recurso admissível apenas em hipóteses excepcionálíssimas, a parte não tem de necessariamente chegar à corte superior para fazer valer o seu direito, deixando de ser prejudicada pela demora e também de consumir o tempo e o trabalho da administração da justiça. (...) favorece a credibilidade da sociedade no poder judiciário”⁵⁹.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁶⁰ ressalta que a uniformização é bem-vinda e caminha *pari passu* com a previsibilidade e ao respeito do princípio da igualdade (certeza do direito).

Aquele mesmo autor prossegue afirmando que “o respeito aos precedentes com a duração razoável do processo e com a economia de despesas, logicamente apontam a uma maior eficiência do judiciário. Se, ao

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 473.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 473.

⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, pp. 11-86.

respeitar precedentes, o sistema torna o processo mais célere e barato, não há dúvida que o poder Judiciário afigura-se mais eficiente⁶¹.

2.3 Considerações sobre a distinção dos juízos de mérito e de admissibilidade

Questão interessante com relação ao tema “contrariedade”, como vimos preteritamente, diz respeito a tratar-se de questão de mérito ou de admissibilidade recursal.

Em suma, podemos afirmar que duas são as fases de juízo de um recurso: o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito. O juízo de admissibilidade ocorre antes do juízo de mérito, de modo que, verificada a inadmissibilidade do recurso por falta um de seus requisitos, não será apreciado o mérito. “Deve-se examinar primeiramente se o recurso é admissível, e uma vez decidida a admissibilidade, procura-se determinar se é fundado”⁶². Assim, pela primeira fase (admissibilidade), o recurso será ou não conhecido e na segunda fase (mérito) será ou não provido.

O juízo de admissibilidade é, pois, um juízo de viabilidade, ou seja, um juízo que se dá em cognição sumária e não exauriente, de modo a permitir que o mérito do recurso seja analisado pelo colegiado.

Embora a distinção pareça clara, é comum encontrar na jurisprudência dos tribunais superiores que *não se conhece* de um recurso (juízo de admissibilidade) quando, na verdade, está se querendo dizer que dele se conhece, mas a ele se *nega provimento* (juízo de mérito) por não se verificar, *in concreto*, contrariedade à Constituição ou à lei federal. Nestes casos, há certa “sobreposição entre o juízo de admissibilidade e o de mérito”⁶³.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 187.

⁶² MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. v. II. São Paulo: RT, 2009, p. 69.

⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recursos e ações autônomas de impugnação*. RT. São Paulo. 2009. p. 73.

Para Araken de Assis⁶⁴, isto ocorre porque “o verbo ‘contrariar’ agasalharia um juízo de valor: a decisão contrária ao texto constitucional é incorreta e digna de reforma, motivo por que a demonstração do tipo ultrapassaria o estado do juízo de admissibilidade, e exigiria o provimento inexorável do extraordinário”. Ou seja, ao reconhecer que há ofensa à norma infraconstitucional e admitir-se o cabimento do recurso, adentrar-se-ia ao mérito de modo a, automaticamente, reconhecer-se que o recurso merece provimento.

Efetivamente, o eventual provimento do recurso dependerá de que o STF ou STJ, adentrando ao mérito, concluam que o recurso, além de ter já sido considerado cabível, é também fundado. Mas, no tocante às alíneas “a” dos artigos 102, III e 105, III da CF, a expressão “contrariar” (a CF ou lei federal) já encerra certa valoração quanto ao mérito do recurso, porque de duas uma: ou o STJ e o STF entendem que houve contrariedade (a aí não seria mera admissão de recurso, e sim acolhimento dele) ou as cortes entendem que não basta mera afirmação - convincente - da contrariedade.

Melhor alternativa talvez fosse o uso da expressão “quando for afirmada a contrariedade”. O equívoco terminológico é assim analisado por Barbosa Moreira:

Requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência hipotética (isto é, alegada) do esquema textual: não se há de querer, para admitir o recurso extraordinário pela letra “a” que o recorrente prove desde logo a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição da República; bastará que ele argua. Do contrário, insista-se, estaremos exigindo, ao arripio da técnica e da lógica, que o recurso seja procedente para ser admissível – e era o que costumava fazer o Supremo Tribunal Federal, até data recente, todas as vezes que dizia não conhecer do recurso interposto pela alínea “a”, por entender que não existia a apontada violação da regra constitucional⁶⁵.

⁶⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 720

⁶⁵ MOREIRA, Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 592.

Partindo desta premissa, o STF por muitos anos só conheceu de recursos extraordinários fundados na alínea “a” quando para lhe dar provimento.

Em 2004, entretanto, o Pleno do STF, ao julgar o RE 298.694-SP⁶⁶, reconheceu que “é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele pré-questionados”. Vencida esta fase, chega-se então à análise de mérito “que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob o prisma diverso daquele em que se hajam baseado o tribunal *a quo* e o recurso extraordinário”.

Com base neste novo posicionamento, que nos parece ser o mais acertado, basta ao recorrente alegar a contrariedade à Constituição Federal para que o recurso extraordinário seja admissível. Caberá então em sede de juízo de mérito decidir se a afronta à Constituição Federal é efetiva para se dar ou não provimento ao recurso, ou seja, decide-se se o recorrente tem ou não razão⁶⁷.

Este é o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno⁶⁸. Em suas palavras, “para fins de cabimento do recurso, basta a alegação, fundamentada suficientemente, de que se trata de decisão que contraria a Constituição. A

⁶⁶ Alteração da tradicional orientação do STF, segundo o qual só se conhece o RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a – para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados – e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sobre o prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário (STF, Pleno, RE 298.695-SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06/08/2003, DJ 24.10.2003, p. 12).

⁶⁷ É possível o juízo de admissibilidade adentrar o mérito do recurso, na medida em que o exame da sua admissibilidade, pela alínea “a”, em face dos seus pressupostos constitucionais envolve o próprio mérito da controvérsia. (STJ 4ª Turma, AgRg no Ag 228.787/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27/06/2000, DJ 04.09.2000, p. 60.)

Ínsito ao juízo de admissibilidade a investigação dos requisitos específicos de recorribilidade especial. A alegação de contrariedade é insuscetível *per se*, de acarretar a abertura da instância especial, se, embora fundamentada na opinião do recorrente, não se encontra demonstrada na visão do julgador, que pode se valer da inexistência da alegada contrariedade da lei para justificar a fragilidade e improcedência da pretensão objeto do recurso que quer processar”. (STJ 1ª Turma, AgRg no Ag 35.315/PE Rel. Min. Asfor Rocha j. 06/10/1993, DJ 08.11.1009, p. 23.529.)

⁶⁸ op. cit., p. 287.

efetiva contrariedade é mérito do recurso e não diz respeito, consequentemente, a seu cabimento”.

Para José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim⁶⁹, “deverão ser admitidos os recursos extraordinário e especial, sempre que houver, na decisão recorrida, questão constitucional (que ofereça repercussão geral, cf. 102, parágrafo 3º da Constituição Federal) e federal, sendo desnecessário verificar se houve efetiva violação à norma constitucional ou federal. Esta tarefa consistiria, mais precisamente, no juízo de mérito do recurso”. No mesmo sentido:

O juízo de admissibilidade negativo de um recurso de fundamentação vinculada no sentido, em que se afirma não haver ofensa à lei, é decisão baseada na certeza, em cognição exauriente pela obviedade da situação configurada no caso concreto, cujo objeto, indubitavelmente, é o mérito do recurso interposto, porque, v.g., se tenha apontado na petição de interposição ofensa a direito municipal⁷⁰.

Barbosa Moreira afirma ser cabível recurso especial (ou extraordinário) “quando se afirmar que a decisão recorrida teria contrariado dispositivo da lei federal ou da Constituição Federal”, não quando se verificar ter havido efetivamente tal contrariedade. O autor deixa clara a distinção entre admissibilidade e mérito inclusive para limitar a competência do tribunal local para denegar ou dar seguimento aos recursos excepcionais. Diz que:

Não compete ao presidente ou ao vice-presidente examinar o mérito do recurso extraordinário ou especial, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos da admissibilidade do recurso. Se o recurso é denegado, pode o recorrente agravar de instrumento, conforme a hipótese, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça (art. 544). Se admitido, o pronunciamento, irrevogável (mas anulável, quicá mediante agravo regimental, caso haja “*error in procedendo*”; por exemplo, omissão da abertura de vista ao recorrido), não é vinculativo para o tribunal “*ad quem*”, que ficará livre de conhecer ou não, oportunamente, do extraordinário ou do especial, inclusive

⁶⁹ MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno - Recursos e ações autônomas de impugnação*, v. 2. São Paulo: RT, 2013, p. 74.

⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 248.

acolhendo alguma alegação de inadmissibilidade porventura formulada na resposta do recorrido e desprezada no órgão *'a quo'*⁷¹.

Há, porém, entendimento – que se vai firmando nos tribunais superiores – no sentido de que o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial nos tribunais de origem há que ter maior amplitude, de modo a ser examinado tudo o que esteja contido na rubrica do cabimento desses recursos.

Essa postura da corte de origem tem sua razão de ser, porque uma de duas: o tribunal *a quo* apenas deve receber o recurso e, verificando singelamente seus pressupostos objetivos (prazo, preparo, legitimidade, interesse), deve fazê-lo subir ou denegar-lhe seguimento; ou deve aprofundar essa delibação, perquirindo já o cabimento, frente aos seus pressupostos constitucionais.

Esta posição parece-nos mais consentânea com a natureza e finalidade dos recursos excepcionais: se eles pressupõem que está finda a instância ordinária, causa espécie que se alargue a competência do tribunal local no que concerne ao exame do cabimento do recurso. Depois, se esse juízo preliminar não vincula o órgão *ad quem*, não haveria grande utilidade no aprofundamento daquela análise vestibular no tribunal de origem. Se este denegar seguimento ao recurso, a parte prejudicada pode agravar nos próprios autos do processo, conforme estabelece o art. 544 do CPC atual, com redação dada pela Lei 12.322 de 2010, cuja sistemática foi mantida pelo NCPC, artigos 1.030 e 1.042, com a redação dada pelo PL 168/2015⁷².

Parece-nos que os mencionados dispositivos da atual e na nova lei processual confirmam o entendimento de que admissibilidade e mérito dos recursos excepcionais não se confundem, eis que exigem do recorrente que demonstre o cabimento do recurso, o que será analisado pelo presidente ou

⁷¹ MOREIRA, Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 612.

⁷² Aprovado pelas duas casas legislativas e enviado à sanção presidencial em 18/12/2015. Disponível em: <<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123769>>>. Acesso em 03/01/2016.

vice-presidente do tribunal *a quo*. Se o conceito de admissibilidade se confunde com o de provimento, estar-se-ia a permitir que o Tribunal de Segunda Instância usurpe a competência que é dos tribunais superiores, qual seja de julgar os recursos especial e extraordinário.

Como se sabe, a redação original do art. 1.030 do NCPC⁷³ acabava com o sistema de admissibilidade bipartido fixando apenas às Cortes Superiores a competência para decidir a admissibilidade dos recursos excepcionais.

O fim do sistema de admissibilidade bipartido não acabava, contudo, com o problema da distinção entre decisão de mérito e decisão de admissibilidade. Isto porque a distinção entre juízo de mérito e de admissibilidade mostra-se especialmente importante na aferição do juízo competente para julgar ação rescisória⁷⁴.

Como se sabe, o STJ e o STF serão competentes para julgar ações rescisórias de decisões a que tenha dado ou negado provimento, ou seja, às quais tenha conhecido o mérito. O TJ local será, entretanto, competente para julgar as ações rescisórias contra decisões cujo RESP tenha sido inadmitido pelo STJ.

Mas qual será o juízo competente para rescisão de decisão que embora negue seguimento ao recurso, acaba por adentrar ao mérito?

De acordo com a Súmula 249 do STF⁷⁵, se o juízo de admissibilidade, ainda que negativo, houver apreciado o mérito do recurso, o órgão competente para a ação rescisória será o STF e não o tribunal *a quo*. Desta forma, ao ajuizar ação rescisória, se deve atentar-se mais ao que foi substancialmente decidido do que ao resultado do acórdão.

⁷³ O PLS 414/2015 propõe a reforma do NCPC para que o sistema de admissibilidade bipartido seja mantido tal qual define o CPC/73.

⁷⁴ EREsp 404.777/DF Rel. ministro Peçanha Martins, Corte Especial, j. 03/12/2003, em que são citadas várias decisões no mesmo sentido.

⁷⁵ “É competente o Supremo Tribunal Federal para ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”.

O Novo Código de Processo Civil, mais uma vez, procurou dar solução a um problema prático e no que tange a ação rescisória tratou de permitir o aditamento da inicial (art. 968, § 5º, II⁷⁶).

2.4 Estudos sobre “causa decidida” e o requisito do prequestionamento.

A primeira referência ao instituto do prequestionamento surgiu no art. 59, § 1º da CF/1981 que utilizava o verbo “*questionar*” ao delimitar as hipóteses de cabimento de recurso à corte suprema. A partir daí o STF começou a desenvolver a sua jurisprudência na necessidade de prequestionamento da matéria constitucional.

A CF/1988, contudo, não faz menção específica à necessidade de prequestionamento, razão pela qual muito passou a se discutir na doutrina se esta exigência teria ou não fundamento constitucional. A jurisprudência muito diverge a respeito⁷⁷.

No sistema atual, para a jurisprudência do STJ, se da decisão não constar matéria questionada pelas partes, será essa omissa e contra ela caberão embargos de declaração. Caso o tribunal não sane a omissão, estar-se-á diante de outra ilegalidade, a afronta ao art. 535, II do CPC. A esse respeito, o STJ editou a Súmula 211.

⁷⁶ § 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:

I - não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no § 2º do art. 966;
II - tiver sido substituída por decisão posterior.

⁷⁷ Diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão prolator da decisão impugnada haja adotado explicitamente tese a respeito e, portanto, emitido juízo. (Ministro Marco Aurélio, relator dos E. Decl. No Ag. em RR n. 227/84, plenário do TST, v.u., DJU-I de 6/6/86, p. 9.985, 1ª coluna, *in medio*);

Diz-se prequestionado determinado tema quando o órgão prolator da decisão impugnada haja adotado entendimento explícito sobre ele. (Ministro Marco Aurélio, relator do RE n. 125.248-RS, no STF, DJU-I de 16/10/90, p. 11.266);

O requisito do prequestionamento não pressupõe apenas que a matéria tenha sido mencionada na instância ordinária, mas que tenha sido discutida, tomando-se *res controversa*, *res dubia*. (STF, RTJ 118/643) (Ministro Carlos Velloso, relator do Ag. n. 131.156-RS no STF, DJU-I de 22/10/90, p. 11.621);

Significa o debate (anterior) do tema da causa. Não é a indicação formal dos dispositivos de lei eventualmente aplicáveis à espécie. (Ministro Vicente Cernicchiaro, relator do Ag. n. 7.330-SP, no STJ, DJU-I de 1º/2/91, p. 451).

A jurisprudência do STF, entretanto, mais flexível, firmou-se antes mesmo da criação do STJ e ainda na égide da CF de 1946, no sentido de que a oposição de embargos de declaração é suficiente para atender à necessidade de prequestionamento, ainda que o tribunal não sane a omissão. A esse respeito editou as Súmulas 282 e 356 do STF.

Vê-se, portanto, que STJ e STF traçaram diferentes entendimentos sobre o prequestionamento⁷⁸⁻⁷⁹.

2.4.1 O requisito do prequestionamento e Súmulas 282 e 356 do STF e Súmula 211 do STJ. Análise dos precedentes.

A profunda compreensão do instituto do prequestionamento, ao nosso ver, exige o estudo dos precedentes que deram origem às Súmulas 282 e 356 do STF e 211 do STJ.

⁷⁸ Processo civil. Recurso especial. Recurso extraordinário. Prequestionamento. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento no recurso extraordinário (STF - Súmula 356) e no recurso especial (STJ - Súmula 211). A orientação consolidada na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, nos termos do que foi decidido no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 198.631-1, Relator o ministro Sepúlveda Pertence (DJU, 19.12.97, p. 48). Embargos de declaração rejeitados. (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 158.140/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, j. un. 15/10/98, DJU 23/11/98, p. 166.)

⁷⁹ AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. TRIBUTÁRIO. ICMS. VIOLAÇÃO DO ART. 485, INC. V DO CPC. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF SE A DECISÃO RESCINDENDA FOR CONTRÁRIA À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO A DESPEITO DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 211/STJ.

AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO PARANÁ A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A questão devolvida nas razões do Recurso Especial não foi debatida pelo egrégio Tribunal de origem, malgrado a oposição de Embargos Declaratórios com o objetivo de sanar eventual omissão. Nesse caso, deveria o recorrente ter interposto o Recurso Especial alegando violação ao art. 535 do CPC, por omissão na análise de questão determinante ao deslinde da controvérsia e não sustentar ofensa a tema efetivamente não prequestionado.

2. Merece relevo anotar que, para a configuração do prequestionamento, não basta que o dispositivo legal tido por violado seja suscitado pela parte interessada, impondo-se, também, que tenha sido objeto de debate pelo Órgão Colegiado competente.

Incide, à espécie, o enunciado 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual é inadmissível Recurso Especial quanto à questão que, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

3. Agravo Regimental do ESTADO DO PARANÁ a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 490.560/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 26/05/2014)

Como consta do sítio eletrônico do STF, as Súmulas 252 e 356 foram aprovadas na mesma sessão plenária, datada de 13/12/1963 e têm por referência legislativa o art. 101 da Constituição Federal de 1946, especificamente o *caput*, no caso da Súmula 356/STF e o inciso III, no caso da Súmula 282/STF.

A redação do art. 101 da CF/46, então vigente, dizia que “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 (...)”.

Diz-se que da expressão “questionar” mencionada no texto constitucional, inciso III, “b”, extraiu-se a interpretação, até hoje adotada, de ser necessário o prequestionamento da questão debatida no recurso extraordinário.

Os textos das constituições anteriores já utilizavam semelhante expressão, prevendo o cabimento do recurso extraordinário “(...) *quando se questionar sobre a validade de leis ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão for contra ele*” (art. 59, III, “a” da Constituição de 1891) e “*quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado*”.

Sobre o tema e à luz das Constituições de 1891 e 1934, Roberto Rosas⁸⁰ leciona:

Essas Constituições eram mais explícitas a respeito do âmbito do recurso extraordinário. Limita-se este às questões apreciadas na decisão recorrida. Se foi omissa em relação a determinado ponto, a parte deve opor embargos de declaração. Caso não o faça, não poderá invocar essa questão não apreciada na decisão recorrida.

⁸⁰ ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal (incluindo as Súmulas Vinculantes) e do Superior Tribunal de Justiça. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, pp. 139-140.

Como se sabe, a exigência do prequestionamento se mantém nos dias atuais, tanto para a admissão do recurso extraordinário, como do especial, ainda que a constituição hoje vigente não faça qualquer menção à expressão “questionar”. Isso se dá, ao nosso ver, por meio da equivocada interpretação das Súmulas 282 e 356/STF, o que pode ser verificado da análise dos precedentes que as originaram.

A modificação do texto constitucional e a supressão da expressão “questionar” já fora tratada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 46.882, que é um dos precedentes que deu origem à Súmula 282/STF e será abaixo comentado. Assim constou do voto:

(...) o pré-questionamento (sic) como pressuposto do cabimento de recurso extraordinário era expressamente mencionado nas Constituições de 1891, art. 59, III, a; de 1934, art. 76, III, a; de 1937, art. 101, III, a, não tendo sido conservada a redação anterior na Constituição de 46. Entretanto a mudança de redação é irrelevante para desate do problema em foco, conforme tem decidido, reiteradamente o Supremo Tribunal Federal.

Os precedentes que deram origem à Súmula 282 são: o RE 42662 (DJ de 26/10/1961), o RE 48815 (DJ de 30/11/1961), o RE 50157 (DJ de 16/05/1963), sendo estes três, precedentes também da Súmula 356; o RE 49075 (DJ de 16/11/1962)⁸¹, RE 46882 (DJ de 17/12/1962)⁸², AI 28938 (DJ de 24/05/1963)⁸³, RE 48165 (DJ de 26/09/1963)⁸⁴ e o RE 53740 (DJ de 03/10/1963)⁸⁵.

Segundo o mencionado texto sumular “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Vamos aos precedentes que o originaram.

⁸¹ Ementa: “1) Não cabe recurso extraordinário para discutir ponto omissis no acórdão recorrido, que deveria ter sido suscitado por embargos de declaração. 2) o Art. 4º do cre. Fed. 24.559 de 1934, relativo à direção de estabelecimento psiquiátrico, não se aplica à Divisão de Indústrias e Obras de Conservação do Departamento de Assistência a Psicopatas do governo de São Paulo”.

⁸² Ementa: “Indispensável o prequestionamento para se conhecer do recurso extraordinário”.

⁸³ Ementa: “1) Ponto omissis no acórdão recorrido (prescrição), a que não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser reexaminado no recurso extraordinário. 2) Prescrição discutida na causa, mas não rediscutida no recurso extraordinário, escapa ao exame do Supremo Tribunal. 3) Pode o juiz suprir omissão das partes quanto à fundamentação jurídica de suas pretensões”.

⁸⁴ Ementa: “Recurso extraordinário que versa sobre questão nova, não suscitada perante o Tribunal a quo. É quanto basta para ser incabível e não merece conhecimento”.

⁸⁵ Ementa: “Matéria não prequestionada pela instância local. Recurso Extraordinário não conhecido”.

O RE 42662, de Relatoria do Ministro Victor Nunes⁸⁶, trata de recurso extraordinário em que se pretende a inclusão, na condenação, de multa prevista no artigo 102 do DL. 7.035/44. O recurso não foi conhecido, uma vez que, segundo constou do voto, nem a sentença nem o acórdão recorrido fizeram menção sobre referida multa e o recorrente não interpôs embargos de declaração.

Disse-se na decisão comentada que “nenhuma palavra existe, seja na sentença de primeira instância, seja no acórdão recorrida sobre a exclusão da multa questionada. Se essa exclusão foi intencional, não se conhecem os motivos, porque a parte interessada não opôs embargos declaratórios na ocasião própria” e ainda que “(...) Não tendo sido apreciada a *questio iuris*, na decisão recorrida, por falta de embargos declaratórios, não cabe recurso extraordinário”.

O RE 48815, de relatoria do Min. Gonçalves de Oliveira⁸⁷, trata da retomada para uso da sociedade de que o proprietário faz parte. Constatou-se que caberiam embargos declaratórios ao acórdão recorrido que não apreciou a comprovação da existência de outros prédios próprios usados para fins comerciais a justificar a pretensão de reforma da decisão. Decidiu-se assim que somente opostos os embargos declaratórios a questão poderia ser apreciada no extraordinário, pois exige-se prequestionamento.

O RE 50157 de Relatoria do Min. Victor Nunes⁸⁸ é, ao nosso ver, muito esclarecedor. Trata de recurso extraordinário em que a Ré pretendia a apreciação da sua alegação de prescrição, esta ventilada na contestação, e audiência e no recurso de apelação. Nem o juízo de primeira instância nem o Tribunal o fizeram.

No voto da decisão que inadmitiu o recurso, disse-se que constou do relatório do acórdão recorrido que a Ré alegou prescrição, mas ainda assim

⁸⁶ Ementa: “Não tendo sido apreciada a *quaestio iuris*, na decisão recorrida, por falta de embargos declaratórios, não cabe recurso extraordinário”.

⁸⁷ Ementa: “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”.

⁸⁸ Ementa: “1) não se conhece de recurso extraordinário para apreciar prescrição arguida na instância local, quando não houve embargos declaratórios contra o acórdão que se omitiu a esse respeito. 2) Prescrição. Não pertinente o art. 178, § 5º, IV do Código Civil ao pedido de aplicação de multa contratual por demora na entrega da obra”.

a questão não foi objeto de decisão, isto é, não foi apreciada, decidida. Deixou-se, então, de conhecer o recurso com os seguintes fundamentos:

Não conheço dos recursos em primeiro lugar porque não opostos embargos declaratórios na instância local sobre a questão da prescrição, que fora expressamente mencionada no relatório e omitida no acórdão; em segundo lugar, porque não tem qualquer pertinência a discussão em torno do art. 178, § 5, IV do CC, uma vez que a sentença de primeira instância e o acórdão que a confirmou somente julgaram procedente a indenização reclamada por ter havido demora na entrega dos apartamentos, fazendo-se, por esta forma, aplicação da multa contratual moratória.

Havia, na verdade, dois pedidos cumulados na inicial envolvendo ambos, reparação por via de perdas e danos. Entretanto, somente o pedido fundado em inexecução dos apartamentos, é que foi acolhido.

Estes julgados são também indicados como precedentes da Súmula 356/STF.

O RE 49075, de relatoria do Min. Victor Nunes Leal, trata da alegação de ofensa ao decreto federal 24.559/1934. Aduz-se na decisão do Supremo Tribunal de Justiça que, embora a questão que funda o recurso extraordinário tenha sido ventilada nas razões de apelação, o acórdão recorrido limitou-se a manter a sentença por seus próprios fundamentos, sem se manifestar acerca do mencionado decreto. Não opostos embargos de declaração para sanar a suposta omissão, negou-se seguimento ao extraordinário por faltar-lhe prequestionamento.

Ao nosso ver este equivocado entendimento é o que mais se aproxima no atualmente aplicado pelas cortes superiores brasileiras.

O precedente extraído do RE 46882 corresponde de decisão proferida em embargos de divergência interpostos contra decisão de inadmissão de RE proferida pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode imaginar, em razão de ausência de prequestionamento. A alegada divergência se fundaria no quanto decidido pela 2ª Turma no RF 131/99, cujo teor, segundo consta do acórdão em comento, seria o seguinte:

Conhece-se de recurso extraordinário quando a decisão é de direito, ainda que não discutida (RE 6.364, relator Min. Hahnemann Guimarães)⁸⁹.

Os embargos teriam se fundado ainda noutra acórdão da 2ª Turma, que assim teria decide: “a prescrição pode ser alegada em qualquer tempo e instância” (RF 136/417). O Min. Relator Victor Nunes, contudo, deixou de conhecer dos embargos por entender inexistente a mencionada divergência. Segundo detalha, nenhum dos acórdãos apontados pelo embargante tratariam efetivamente de prequestionamento, embora isso se possa supor da leitura das ementas. Não localizamos os mencionados acórdãos para aprofundar a pesquisa neste ponto.

O AI 28938, de relatoria do Min. Victor Nunes, corresponde a decisão proferida em sede de agravo contra despacho denegatório de recurso extraordinário em que, a uma, alegou-se a prescrição, matéria que segundo o acórdão não foi tratada nas razões do recurso extraordinário, e a duas, a quitação, matéria que a sentença e o acórdão se omitiram de apreciar. Por estes e outros motivos, negou-se conhecimento ao recurso.

O RE 48165, de relatoria do Min. Luiz Gallotti, de maneira bastante sucinta diz que “o recurso versa sobre questão nova, não suscitada perante o Tribunal *a quo*. É o que basta para ser incabível e não merecer conhecimento”.

O RE 53740 não fora conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que, segundo consta do voto do relator, a questão em que se fundou, qual seja, a coisa julgada, não fora anteriormente veiculada nos autos ou decidida no acórdão recorrido. Disse-se que o acórdão recorrido:

Decidiu esta sobre questão fundada no voto vencido o Sr. Desembargador Aluísio aria Teixeira, acolhido pelo acórdão de embargos, a fl. 148, não tendo sido alegada a pretendida existência de coisa julgada sobre o objeto do litígio (...). Deste modo, é evidente que sobre a pretendida coisa julgada, não houve prequestionamento

⁸⁹ Não localizamos o acórdão do RE 6.364 no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal para estudo complementar.

pelo acórdão recorrido, cujo relator, o ilustre Desembargador Oliveira e Silva, nem sequer foi advertido (...)”. Prossegue o voto ainda afirmando que “certo é que, assim, restava ainda, ao ora recorrente, a oportunidade de provocar o pronunciamento do Colendo Grupo de Câmaras Cíveis, sobre a questão aludida, mediante embargos declaratórios, dos quais se descurou em seu prejuízo.

À sua vez, os precedentes que deram origem à Súmula 356/STF são o RE 42662 (DJ de 26/10/1961); RE 48815 (DJ de 30/11/1961), RE 50157 (DJ de 16/05/1963), RE 53484 (DJ de 12/09/1963); RE 47055 (DJ de 26/09/1963); RE 53962 (DJ de 30/04/1964).

Mencionado texto sumular diz que “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do ‘prequestionamento’”.

Os RE 42662, RE 48815 e RE 50157, por serem precedentes também da Súmula 282, já foram comentados, cabendo-nos comentar os demais.

O RE 53484, também de Relatoria do Min. Victor Nunes⁹⁰, trata de recurso extraordinário interposto nos autos de ação de inventário, com fundamento das alíneas “a” e “d” (violação a norma infraconstitucional e dissídio jurisprudencial). Busca-se o reconhecimento da validade de retratação à renúncia de herança.

Em relação ao prequestionamento, de maneira bastante contundente, disse-se: “os defeitos formais do termo de renúncia à herança não foram apreciados no acórdão recorrido. Faltou, assim, quanto a esta matéria, o indispensável prequestionamento, pois o recurso extraordinário não é substitutivo dos embargos declaratórios, que deveriam ser opostos no caso presente”.

O RE 47055 de Relatoria do Min. Pedro Chaves⁹¹ diz que “matéria pré-questionada e que constituiu especificadamente o motivo da admissão do recurso não foi versada no voto do relator, não foi considerada nem decidida.

⁹⁰ Ementa: “1) atendidas as circunstâncias do caso, não ofendeu a lei a decisão que remeteu para as vias ordinárias controvérsia sobre a validade de retratação a renúncia de herança, manifestada por termo nos autos do inventário. 2) Necessário o pré-questionamento do recurso extraordinário”.

⁹¹ Ementa: “Acórdão omissis. O recurso extraordinário não é meio processual hábil para suprir embargos de declaração. Não conhecimento”.

Para obviar a falta, a União tinha recurso próprio que não se utilizou, e, evidentemente o recurso extraordinário não é sucedâneo de embargos de declaração. Assim, não conheço do recurso extraordinário”.

A decisão do RE 53962 é bem sucinta. A uma, afirma que a decisão recorrida não trata de prescrição. A duas, diz que a prescrição não se verificou, dando destaque inclusive para os termos iniciais e finais. Neste ponto, parece-nos que a decisão, inclusive, adentrou ao mérito.

Ao que pudemos concluir da leitura dos citados precedentes, as Súmulas 356 e 282 do STF se originaram de casos em que, embora havendo omissão no acórdão recorrido, não foram opostos embargos de declaração, razão pela qual deixou-se de conhecer do recurso extraordinário por ausência de prequestionamento.

Por omissão, entendeu-se o pedido ou questão relevante para o julgamento da causa, não analisada pelo Tribunal, e por consequência não mencionada no acórdão.

Parece-nos que o entendimento que justifica as Súmulas é o de que o recurso extraordinário não é substitutivo de embargos de declaração, o que, ao nosso ver, tem forte ligação com a necessidade de exaurimento das instâncias ordinárias (Súmula 281/STF e Súmula 207 STJ).

Ora, da mesma forma que se firmou entendimento no sentido de que, cabendo recurso de agravo interno (ou regimental) ou de embargos infringentes, não é cabível recurso extraordinário (ou especial), haja vista o não exaurimento das vias ordinárias, entendemos correto que o mesmo se aplique aos embargos de declaração.

O STF, no julgamento do RE 210.638/SP⁹² de relatoria do Min. Rel. Sepúlveda Pertence, por sua primeira turma (vide informativo nº 107 do

⁹² Ementa: “Pquestionamento: Súmula 356. O que, a teor da súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela. II. ICMS: momento da ocorrência do fato gerador e recolhimento do imposto mediante guia especial, na entrada de mercadoria importada do exterior. Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido da validade da cobrança do ICMS na entrada de mercadoria importada do exterior, no momento do desembaraço aduaneiro (RE 192.711, dj 18/04/97) e do recolhimento do imposto mediante guia. (RE 210638, Relator Min. Sepúlveda

STF), e depois, por seu pleno (vencido o Min. Marco Aurélio), no RE 219.934-2/SP⁹³, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgado em 14.6.2000 (vide informativo nº 193), decidiu reinterpretar a sua súmula 356 ("O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento"), de modo a entender que opostos os embargos de declaração, já se encontra prequestionada a matéria.

Como se verá, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, aos poucos, foi distorcido pela jurisprudência, de modo a tornar a interposição de embargos de declaração mais um requisito formal para admissibilidade dos recursos excepcionais.

A Súmula 211 foi aprovada pela Corte Especial do Tribunal Superior de Justiça em 01/07/1988, já sob égide da Constituição Federal de 1988, que criou o mencionado tribunal, e diz que "inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*". Os precedentes que deram origem à Súmula 211 são o AgRg no Ag 67820/SP (decisão de 04/09/1995)⁹⁴, AgRg no Ag 74405/PA (decisão de 07/05/1996)⁹⁵, AgRg no Ag 103682/DF (decisão de

Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/04/1998, DJ 19-06-1998 PP-00011 EMENT VOL-01915-03 PP-00520).

⁹³ "O prequestionamento do tema referente ao art. 37, II, foi efetivamente promovido por meio de embargos declaratórios, correspondentes a uma efetiva omissão, porquanto fomentado, nas razões de apelação esse aspecto, aliás fundamental, da controvérsia (súmula 356)".

⁹⁴ Ementa: "Processual civil. Recurso especial. Ofensa a lei federal. Prequestionamento. Imprescindibilidade. Embargos declaratórios. Rejeição. Violação ao artigo 535, inciso II do CPC. Sumulas 284/STF e 131/STJ. E lícito a parte opor embargos declaratórios visando prequestionar matéria em relação a qual o acordão recorrido quedou-se omissso, embora sobre ele devesse se pronunciar. A rejeição destes embargos, se impertinente, determina a subsistência da falta de prequestionamento do tema cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ, cumprindo ao recorrente, em se julgando prejudicado, interpor recurso especial calcado em violação aos termos do artigo 535, inciso II do CPC, porquanto a decisão dos embargos não teria suprido a omissão apontada. A apreciação de questão não debatida, subverte o "iter" processual, ao tempo em que surpreende a parte adversa, suprindo-lhe a prerrogativa do contraditório, e cria para a corte superior o ônus de apreciar tema inédito. A procedência das alegações de violação ao artigo 535, II do CPC induz a nulidade do acordão vergastado, impondo que outro seja proferido pelo tribunal "a quo", contendo a apreciação da matéria preterida. A referência genérica a violação de lei federal, sem indicação precisa do dispositivo supostamente ofendido, impede a exata compreensão da controvérsia (sumula 284/STF). Nas ações de desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas (sumula 131/STJ). Agravo regimental improvido, sem discrepância". (AgRg no Ag 67.820/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 04/09/1995, DJ 25/09/1995, p. 31089)

⁹⁵ Ementa: "Recurso especial. Prequestionamento. - Não versada a matéria no julgado recorrido, inadmissível pretender-se tenha havido vulneração da lei. Se, apreciando embargos declaratórios, deixou-se de decidir questão que o deveria ter sido, poderá ter havido contrariedade da lei processual (C.P.C., art. 535), mas não se há de ter como suprida a exigência do prequestionamento.

18/11/1996)⁹⁶, AgRg no Ag 123760/SP (decisão de 20/02/1997)⁹⁷, REsp 6720/PR (decisão de 10/10/1996)⁹⁸, REsp 28871/RJ (decisão de

- Quanto ao dissídio de jurisprudência, referente ao tema pertinente ao art. 237, II, da lei processual, não se encontra comprovado, pois não publicado em repertório autorizado ou credenciado e, tampouco, foi feita a análise das semelhanças existentes entre os casos confrontados". (AgRg no Ag 74.405/PA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 07/05/1996, DJ 03/06/1996, p. 19250)

⁹⁶ Ementa: "Agravo regimental. Temas controvertidos não objeto de exame pelo tribunal "a quo". Interposição de embargos declaratórios para suprir omissão. Rejeição, sem apreciação das questões suscitadas. Veiculação da matéria de mérito, em recurso especial. Prequestionamento inexistente. Uma vez rejeitados os embargos declaratórios, interpostos com a finalidade de trazer a debate tema sobre o qual se omitiu o tribunal "a quo", não se tem por suprido o requisito do prequestionamento, cabendo a parte alegar, nas razões do apelo nobre, contrariedade ao art. 535, II, CPC. Agravo a que se nega provimento, sem discrepância". (AgRg no Ag 103.682/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 18/11/1996, DJ 16/12/1996, p. 50784)

⁹⁷ Processual civil. Agravo (art. 545, CPC).

1. Ementa: "Exame de ofensa direta a disposição constitucional não tem acolhimento na via especial. 2. Os padrões legais apontados como contrariados, para reexame, não prescindem de prequestionamento. A omissão deve ser suprida pela interposição de embargos declaratórios. Caso insatisfatório a sua apreciação, como condição para o conhecimento do recurso especial, impõe-se a alegação de violação ao art. 535, I e II. 3. Controvérsia objeto de iterativos julgados, sedimentada a legalidade, leva de vencida alegadas contrariedade e negativa de vigência, atraindo a aplicação da sum. 83/STJ. 4. Agravo improvido". (AgRg no Ag 123.760/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 20/02/1997, DJ 24/03/1997, p. 8990)

⁹⁸ Ementa: "Processual civil. Recurso especial. Requisito de admissibilidade do prequestionamento: conceito. Cumprimento do requisito do prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração: inócência. Prequestionamento das questões federais novas: imprescindibilidade. Precedentes. Recurso não conhecido. I - quando da prolação da sentença em ação de indenização, o juiz de primeiro grau excluiu o réu-denunciante (ora recorrente) do processo e condenou o denunciado (DETRAN/PR) a ressarcir o autor. Inconformado, o DETRAN/PR apelou, pleiteando a reforma da sentença em razão de "error in judicando" cometido pelo juiz de direito. Quando do julgamento da apelação, o TJPR anulou a sentença, por ter o juiz de primeiro grau cometido "error in procedendo". Irresignado, o ora recorrente interpôs embargos de declaração, a fim de que o tribunal estadual se pronunciasse acerca das regras insertas nos arts. 460, 512 e 515 do CPC. O TJPR rejeitou os embargos, ao fundamento de inexistência de omissão a ser suprida, não emitindo, por consequência, juízo sobre os dispositivos retro. Não se dando por vencido, o réu-denunciante recorreu de especial, alegando que o acordão proferido pelo TJPR contrariou os princípios do "ne eat iudex ultra petita partium", do "tantum devolutum quantum appellatum" e da proibição da "reformatio in pejus".

II - o requisito de admissibilidade do prequestionamento consiste na exigência de que o tribunal "a quo" tenha apreciado e solucionado a questão federal" suscitada no recurso endereçado aos tribunais superiores. E prescindível, para que esteja satisfeito esse requisito de admissibilidade, que o tribunal inferior faça menção aos dispositivos legais apontados como violados, bastando que decida sobre as matérias jurídicas neles incertas. III - não basta, para que esteja cumprido o requisito do prequestionamento, a simples interposição de embargos de declaração, sendo necessário que o tribunal inferior emita juízo acerca da questão federal a ser suscitada no recurso excepcional. IV - se, apesar de provocado via embargos de declaração, o tribunal "a quo" se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissivos, contraditórios ou obscuros, deve o recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535, CPC, pleiteando a anulação do acordão proferido quando do julgamento dos embargos, ao invés de insistir na tese da violação aos dispositivos legais, cujas matérias não foram apreciadas e solucionadas. V - as questões federais - inclusive os "erros in procedendo" - surgidas no julgamento da apelação devem ser prequestionadas, sob pena de não-conhecimento do recurso especial. VI - precedentes do STJ: REsp num. 69.096/sp, REsp num. 99.796/SP, REsp num. 4.407/RJ, REsp num. 26.621/SP, REsp num. 65.977/SP, Ag num. 62048/RJ - AgRg, Ag num. 71.795/SP - AgRg, Ag num. 72.162/RJ - AgRg e do REsp num. 36.996/SP. VII- recurso especial não conhecido, sem discordância". (REsp 6.720/PR, Rel. Min. Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 10/10/1996, DJ 04/11/1996, p. 42454)

30/11/1992)⁹⁹, Resp 36996/SP (decisão 16/10/1995)¹⁰⁰, REsp 40167/SP (decisão de 14/03/1994), REsp 43622/SP (decisão 01/06/1994)¹⁰¹, REsp 90056/SP (decisão de 17/06/1996)¹⁰².

Com base nesta Súmula, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o acórdão de tribunal local que se fizer omissos mesmo após a oposição de embargos de declaração deve ser anulado e os autos, então, devem retornar ao Tribunal de origem para que profira nova decisão, sanando o vício.

⁹⁹ Ementa: “Embargos de declaração. Ponto omissos (CPC, art. 535, II). Se o acórdão omitiu ponto sobre que devia pronunciar-se o tribunal, o órgão julgador, quando provocado por embargos de declaração, ha de sobre ele emitir pronunciamento, de modo claro. Caso em que se reconhece a nulidade, para que outro acórdão seja proferido, com o esclarecimento da omissão. Recurso especial conhecido e provido, em parte”. (REsp 28.871/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 30/11/1992, DJ 15/02/1993, p. 1686)

¹⁰⁰ Ementa: “Processual civil. Recurso especial. Fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional. Questão nova. Falta de prequestionamento. Fundamento na alínea “c” do autorizativo constitucional. Litigância de má-fé. Condenação de ofício. Exegese do art. 18, “caput” (antigo), e do art. 125, III, ambos do CPC. Precedentes. Recurso não conhecido pela alínea “a” e improvido pela alínea “c”.

I - o recurso especial só prospera, com fulcro na alínea “a”, se a matéria jurídica tiver sido debatida na instância ordinária. Exige-se a interposição de embargos de declaração, para fins de prequestionamento, embora a alegada ofensa ao dispositivo legal tenha surgido apenas no acórdão recorrido. Para que o STJ conheça do recurso especial é necessário que a questão federal nova tenha sido tratada no aresto guerreado. II - o magistrado pode aplicar de ofício, no próprio processo em que constatou a litigância de má-fé, a pena pecuniária do antigo “caput” do art. 18 do CPC. III - o processo moderno, além de prestigiar o princípio da lealdade processual, tem caráter preponderantemente público, cabendo ao magistrado prevenir e reprimir qualquer ato contrário a dignidade e a administração da justiça (art. 125, III, CPC). IV - precedentes da corte: EREsp n. 36.718-0/RS, REsp n. 17.608-0/SP e REsp n. 23.384-0/RJ. V - recurso especial não conhecido pela alínea “a” do permissivo constitucional. Conhecido pela alínea “c”, mas improvido”. (REsp 36.996/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 16/10/1995, DJ 26/02/1996, p. 4091)

¹⁰¹ Ementa: “Processual civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Embargos declaratórios rejeitados pelo tribunal ‘a quo’. Impossível o acesso ao recurso especial se o tema nele inserto não foi objeto de debate na corte de origem. Tal ausência não é suprida pela mera oposição dos embargos declaratórios. Faz-se imprescindível que os embargos sejam acolhidos pela corte de origem para que seja sanada a possível omissão constante do v. Acórdão embargado. Se o órgão julgador persistir na omissão, rejeitando os embargos, deve a parte veicular no recurso especial a ofensa as regras processuais pertinentes e não insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles haja o tribunal ‘a quo’ emitido juízo explícito. Recurso especial não conhecido”. (REsp 43.622/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Turma, julgado em 01/06/1994, DJ 27/06/1994, p. 16912)

¹⁰² Ementa: “Tributário. Recurso especial. 1. Se esta evidenciada omissão no acórdão central, omissão esta não suprimida por ocasião dos embargos declaratórios interpostos, deve a parte recorrente apontar violação ao art. 535, II, do cpc, para caracterizar o prequestionamento. 2. Enfrentando, diretamente, no especial, os artigos que entendeu não apreciados, e, agora, apontados como violados, presente a rejeição dos embargos, permite, com tal conduta, a caracterização do não prequestionamento. 3. O dissídio há de ser demonstrado entre acórdãos que apreciaram a mesma relação jurídica e os mesmos fatos. 4. Recurso especial não conhecido”. (REsp 90.056/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/06/1996, DJ 19/08/1996, p. 28443)

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça propôs o cancelamento da Súmula, mas a corte especial, ao decidir a questão de ordem no Recurso Especial 969.378/SP¹⁰³, decidiu pela sua manutenção¹⁰⁴.

Para Araken de Assis¹⁰⁵, prequestionamento é “o próprio conteúdo do provimento jurisdicional. É a afloração dos tipos constitucionais contemplados no art. 102, III, da CF/1988”. Deste modo, ao seu entendimento basta que a questão aflore da decisão colegiada. Indiferente que a parte tenha ou não ventilado a questão durante o trâmite do processo, bastando que haja provimento jurisdicional a respeito.

Por isso, entende que a Súmula 282 do STF¹⁰⁶ utiliza impropriamente a expressão “questão federal suscitada”. De acordo com o texto constitucional, é desnecessário que a parte suscite a questão, basta que o tribunal decida a respeito. Aliás, para Araken de Assis, o próprio termo “prequestionamento” derivado de “questionamento prévio”, é impróprio, pois na verdade não se exige que a parte tenha tratado a questão, mas que a decisão o tenha feito, por impulso da parte ou não.

Neste sentido, entende aquele doutrinador que caso o tribunal tenha julgado *ex-officio* questões processuais não abordadas pelas partes, por exemplo, condições da ação, caberá extraordinário. Do mesmo modo, caso

¹⁰³ Resultado de Julgamento Parcial: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves pelo cancelamento da súmula 211, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha, e os votos dos Srs. Ministros Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Luiz Fux pela manutenção da súmula 211, a Corte Especial, por maioria, em questão de ordem, manteve a Súmula 211. Vencidos os Srs. Ministros Relator, Nilson Naves e João Otávio de Noronha.

¹⁰⁴ “AGRAVO REGIMENTAL. PREQUESTIONAMENTO. CANCELAMENTO SÚMULA N. 211/STJ. QUESTÃO OBJETO DE RECENTE ANÁLISE PELA CORTE ESPECIAL. DECISÃO PELA SUA MANUTENÇÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PERSISTÊNCIA DA OMISSÃO AO TEMA EM DEBATE. NECESSIDADE DE ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ARTIGO 535 DO CPC. 1. A simples oposição de embargos de declaração sem que a Corte local efetivamente debata a questão federal suscitada não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância especial. 2. A Corte Especial do STJ, no julgamento da Questão de Ordem no REsp n. 968/378/RS, datado de 30/6/2009, manteve o teor da Súmula n. 211/STJ, que exige que a parte invoque violação do art. 535 do CPC para que se anule o julgamento e se enfrente a questão pelo tribunal inferior se, mesmo com a oposição de embargos declaratórios, persiste a omissão relativa à lei federal. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ Relator Min. João Otavio de Noronha, Data de Julgamento: 16/03/2010, T4 - Quarta Turma)

¹⁰⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 702.

¹⁰⁶ “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

tenha havido julgamento *ultra* ou *extrapetita* também caberá extraordinário, já que em ambos os casos houve julgamento sobre a questão. Por outro lado, caso a parte alegue determinada questão nas suas razões recursais e esta não venha a ser decidida pelo tribunal, caberá embargos de declaração, a fim de sanar a omissão e fazer com que a questão seja tratada pelo tribunal, sob pena de serem inadmitidos os extraordinários.

Em resumo, para o STF, opostos os embargos de declaração e rejeitados pelo tribunal *a quo*, cabe extraordinário. Este é o entendimento do ministro Marco Aurélio:

O que, a teor da Súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas opostos estes, se não obstante se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais pode exigir a parte, permitindo-se, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela (SRT-RF 347/273). No mesmo sentido STF-2ª Turma, RE 184.104-4, rel. ministro Marco Aurélio, j. 16/12/97, deram provimento, v.u., DJU 27/3/98, p. 98.

Este, porém, não é o entendimento do STJ. Segundo o Egrégio Tribunal Superior, em caso de recusa em suprir a omissão, caberia recurso especial por afronta ao art. 535 do CPC¹⁰⁷.

Interessante é o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno no artigo “De novo o prequestionamento”¹⁰⁸, no sentido de que a análise da interpretação da norma que prevê requisitos para admissão do recurso especial, art. 105, III, é reservada ao STF, a quem cabe interpretar a Constituição Federal:

Inconteste que ao Supremo Tribunal Federal não cabe rejulgar o recurso especial, pura e simplesmente. Mas, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir acerca da interpretação dos pressupostos constitucionais do recurso especial (art. 105, III) e verificar em que medida o Superior Tribunal de Justiça conforma-se a esta sua

¹⁰⁷ RSTJ 83/57, 92/121, 103/137, 110/148, 110/187, 148/180.

¹⁰⁸ Disponível no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP): <<www.direitoprocessual.org.br/>>.

interpretação.¹⁰⁹ Não há como admitir que o Superior Tribunal de Justiça possa se sobrepor ao Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação da Constituição.

Como se extrai do excerto acima, para Cassio Scarpinella Bueno, com quem concordamos, deve o Supremo Tribunal Federal decidir qual interpretação deve ser dada ao art. 105, III, da Constituição Federal (e, por identidade de motivos, ao art. 102, III) e, portanto, o que deve ser entendido por prequestionamento. Não é possível que se mantenham, entre os dois tribunais superiores, diferentes posicionamentos acerca do tema, sob pena de se permitirem diferentes interpretações da Constituição Federal.

O STF já teve oportunidade de fazer tal análise. Vejamos:

Recurso especial. Falta de prequestionamento. O acórdão recorrido violou, pelo menos, o artigo 105, III, “a”, ao decidir sobre questão que não fora prequestionada, por não ter sido ventilada pelo acórdão local, nem ter sido objeto de embargos de declaração nessa instância, o que, aliás, determinou que não fosse ela invocada no recurso especial. Com efeito, se no recurso especial se requeria a exclusão do índice de 70,28% na correção do crédito fiscal de janeiro de 1989, sustentando-se que a Lei n. 6.374/89 do Estado de São Paulo ofendeu a regra da irretroatividade, ao determinar a aplicação do IPC de janeiro de 1989 (70,28%) nas contas de atualização de débito fiscal, não podia o Tribunal *a quo*, ao decidir que o princípio da irretroatividade não fora ofendido, o que implicaria o não conhecimento do recurso especial, ir além e, sem o prequestionamento desta questão, examinar qual o índice que deveria ser aplicado para estabelecer que seria o de 42,72% e não o de 70,28%. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹¹⁰

Neste, ao contrário do que prevaleceu nos julgamentos anteriores, declarou-se violado o comando do art. 105, III, “a”, da Constituição

¹⁰⁹ Neste sentido, consultar o seguinte julgado: “Recurso extraordinário: hipótese de cabimento por contrariedade, pelo acórdão do STJ em recurso especial, do art. 105, III, da Constituição. 1. Não cabe recurso extraordinário fundado em violação do art. 105, III, para rever a correção, no caso concreto, da decisão do STJ de conhecer ou não do recurso especial. 2. Cabe, porém, o extraordinário se, para conhecer ou não do recurso especial, parte o acórdão do STJ de proposição contrária em tese aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, definidos explícita ou implicitamente no art. 105, III, da Constituição. Essa a hipótese quando se nega força de lei federal a diploma normativo que o tenha, qual o caso do Convênio ICMS 66/88 – que – por disposição expressa do art. 34, § 8º, ADCT – teve hierarquia de lei complementar, até que essa fosse editada, em tudo quanto necessário para tornar eficazes as inovações introduzidas na disciplina constitucional do ICMS pela Constituição de 1988” (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Recurso extraordinário n. 273.351/SP, j.un. 27/6/00, DJU 25/8/00, p. 74).

¹¹⁰ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, Recurso extraordinário n. 208.775/SP, j. un. 18/4/00, DJU 19/5/00, p. 2, sem os destaques.

Federal, na exata medida em que se entendeu que o Superior Tribunal de Justiça teria conhecido e dado provimento a recurso especial, levando em conta questão infraconstitucional *não* prequestionada. Falta de prequestionamento caracterizada “por não ter sido ventilada pelo acórdão local, nem ter sido objeto de embargos de declaração nessa instância, o que, aliás, determinou que não fosse ela invocada no recurso especial”.

Da leitura dos arts. 102, III e 105, III da CF, é possível verificar-se facilmente que o texto constitucional não faz referência a prequestionamento como requisito de cabimento de recurso extraordinário ou de recurso especial.

Não se pode, entretanto, concluir que o texto constitucional dispensa o prequestionamento.

Ora, aqueles dispositivos são bastante claros nos incisos quanto à necessidade de que a matéria tenha sido decidida pelas instâncias locais ou regionais. É expresso, portanto, o texto constitucional no sentido de que somente “causas decididas”, cabíveis em pelo menos uma das hipóteses das alíneas dos arts. 102, III e 105, III, é que podem ser desafiadas pelos recursos extraordinário e especial.

Já se exigiu que a regra jurídica afrontada fosse expressamente indicada (prequestionamento explícito¹¹¹), exigência com a qual não

¹¹¹ Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI N. 12.322/2010) - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL - RECURSO IMPROVIDO. - A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza - ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica - a utilização do recurso extraordinário. (ARE 652635 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 16/03/2012 PUBLIC 19/03/2012)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ART. 150, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. NÃO INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL VIOLADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF. ALEGAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DO *BIS IN IDEM* (ART. 5º, XLVI, DA CF). NÃO PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356/STF. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O recurso extraordinário é inadmissível quando carecer de fundamentação suficiente capaz de demonstrar a exata compreensão da lide, ante a vedação da súmula 284 do STF, *verbis*: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. 2. O dever de fundamentar impõe-se ao recorrente sob pena de inadmissão do apelo extremo à luz do § 1º do artigo 317 do RISTF. Precedentes: RE n. 583.833-AgR, Relator o Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 1º.10.10; AI n. 744.581-AgR, Relatora a ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe

concordamos. Tal como já se entendeu no STF, o tema jurídico, este sim, deve ter sido enfrentado pela decisão recorrida, não bastando a menção do dispositivo legal¹¹².

Araken de Assis¹¹³ completa a sua lição expressando seu inconformismo contra as diversas decisões do STF em que se vê a exigência do apontamento do dispositivo legal afrontado. Comunga da mesma opinião o já referido Cassio Scarpinella. Para esses doutrinadores, exigir o apontamento numérico do dispositivo constitucional violado é excesso de formalismo.

Esta posição, porém, não é pacífica. De acordo com Athos Gusmão Carneiro¹¹⁴, para que a matéria esteja prequestionada “não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório. É necessário que, no aresto recorrido, a matéria tenha sido decidida, e decidida explicitamente, ainda que prescindível expressa menção ao artigo de lei”. Encontramos julgados neste mesmo sentido:

de 21/5/10; RE n. 458.161-AgR, Relator o ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 1/1/08; AI n. 615.634-AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 18/12/2006; AI n. 585.140-AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 6/6/2006. 3. **O prequestionamento explícito da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário, sendo certo que eventual omissão do acórdão recorrido reclama embargos de declaração.** 4. As Súmulas 282 e 356 do STF dispõem respectivamente, *verbis*: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” 5. [...] 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 640659 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG em 13/2/2012 PUBLIC 14/2/2012) (grifo nosso)

¹¹² “A falta de manifestação do tribunal *a quo* sobre as normas discutidas no recurso extraordinário não impede, em princípio, o seu exame pelo STF, se a parte buscou o suprimento da omissão mediante embargos de declaração (Súmula 356); mas o entendimento, adotado pelo STJ, de que a oposição de embargos de declaração não afasta, em tais hipóteses, a falta de prequestionamento (devendo a parte, caso persista a omissão, suscitar contrariamente ao Art. 535 do Código de Processo Civil), embora conflitante com a orientação refletida na Súmula 356 do STF – e, via de consequência, com sua fonte normativa (CF, Art. 102, III e 105, III) – não ofende as garantias constitucionais de ampla defesa, do acesso ao judiciário e do devido processo legal, únicas invocadas no recurso extraordinário”. (STF, 1ª Turma, AgRg no AI 198.631/PA, rel. ministro Sepúlveda Pertence, j. 11/11/1997, DJ 10/12/1997, p. 48)

“Sendo a matéria conhecida, e devidamente explicitada a questão federal, com o tema colocado sob confronto, a omissão do preceito legal, por si só, não afasta a apreciação do recurso especial” (STJ, Corte Especial EREsp 159.983/S), Relator Min. Helio Mosimann j. 3/2/1999, DJU 19/4/1999, p. 70). Neste mesmo sentido ATJ 6ª Turma, REsp 172/013/MA, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 29/4/1999, DJU 7/6/1999, p. 135.

¹¹³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 703.

¹¹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 79, v. 654, abr./1990. [incluir na bibliografia]

Ausente o prequestionamento explícito do dispositivo legal tido como malferido, não merece conhecimento, pela alínea “a”, o recurso especial interposto (Súmulas 282 e 356 do STF/RSTJ 30/341). Recurso especial não conhecido. (STJ, Quinta Turma, RESP 172808/SP, ministro Felix Fischer, relator, j. 20/08/1998. DJ 28/09/1998)

Segundo entendemos e perfilhando a lição de Araken de Assis¹¹⁵ faz-se desnecessário discutir se o prequestionamento é implícito ou explícito. Ao nosso ver e segundo o sistema atual, o requisito encontra-se atendido quando ventilada a questão constitucional ou infraconstitucional que se pretende debater perante as Cortes Superiores, independentemente da menção ao dispositivo¹¹⁶.

2.4.2 A dispensa do prequestionamento como requisito de admissibilidade em matéria de ordem pública

A possibilidade de que o STJ e STF conheçam de questões de ordem pública em sede de recurso especial e extraordinário independentemente de prequestionamento, isto é, quando veiculadas ou constatadas pela primeira vez no âmbito destes tribunais, é alvo de ampla divergência doutrinária e jurisprudencial.

O assunto tem relação direta com o efeito devolutivo e translativo destes recursos.

¹¹⁵ *op. cit.* p. 704. “O prequestionamento apresenta um falso problema, pois é irrelevante pesquisar-se se o prequestionamento é implícito ou explícito, para afirmar-se a admissibilidade dos recursos excepcionais. Importa apenas a existência de decisão, no julgado recorrido, a respeito da questão constitucional. Faltando a decisão, não cabe o extraordinário, e, ao revés, existindo decisão, cabe o recurso, e o prequestionamento, por isso mesmo, mostra-se explícito”.

¹¹⁶ A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pela corte de origem, ou seja, emissão de juízo explícito sobre o tema (RTJ 158/262). No mesmo sentido RTJ/133, 145/315. Agravo regimental. - Segundo a firme jurisprudência desta corte, **só há prequestionamento da questão constitucional quando o acórdão recorrido explicitamente examina uma questão sob o ângulo constitucional, citando expressamente o dispositivo da Constituição que está em causa ou, mesmo sem citá-lo, enfrenta a questão constitucional posta explicitamente no recurso sob julgamento.** No caso, nenhuma dessas circunstâncias ocorreu, estando, pois, correto o despacho agravado. Agravo a que se nega provimento (STF, 1ª Turma, Agravo reg. em Rec. Extr. 231.789-9, Min. Moreira Alves, rel., j. 10/11/98. DJ 30/4/99). (grifo nosso)

O efeito devolutivo é aquele em que o conhecimento da matéria é devolvido ao órgão judicante superior ou ao que emanou a decisão, no caso de embargos de declaração, por exemplo. Corresponde a um “efeito de transferência” (devolutivo *stricto sensu*) quando transfere a matéria para uma instância superior, e “efeito regressivo” quando a matéria objeto do recurso for devolvida ao órgão que prolatou a decisão.

Em razão do efeito devolutivo, impede-se a formação da coisa julgada ou preclusão acerca da decisão recorrida. Rege-se pelo princípio dispositivo, em que a matéria a ser examinada pelo *ad quem* limita-se ao que foi delimitado pelo recorrente no recurso, portanto, manifesta-se em maior ou menor profundidade dependendo do âmbito de incidência.

Deste modo, diferentemente do que acontece com os recursos de fundamentação livre, nos recursos especial e extraordinário, como recursos de fundamentação vinculada que são, a profundidade do efeito devolutivo se limita às hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal (arts. 102, III e 105, III).

Nesse sentido, o STJ já se manifestou a respeito:

O recurso especial não devolve ao tribunal a integralidade da matéria decidida. Limita-se a analisar a legalidade do julgado, no âmbito da legislação federal infraconstitucional. STJ 2ª Turma, REsp 6328/SP rel. ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 03/12/1990 DJ 25/02/1991, p. 1.462.

O efeito translativo, segundo Nelson Nery Jr.¹¹⁷, refere-se à possibilidade do órgão *ad quem* julgar fora do que consta das razões ou contrarrazões do recurso e ocorre normalmente quando se trata de matéria de ordem pública (Art. 245 §, Art. 267, parágrafo 3º e 301, parágrafo 4º, do CPC). É exceção ao princípio dispositivo de modo que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*.

São de “*ordem pública*”, por exemplo, as normas processuais que têm, em primeiro plano, o escopo de assegurar o *correto exercício da*

¹¹⁷ NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013, p. 460.

jurisdição. Esse é o caso, por exemplo, dos *pressupostos para o provimento sobre o mérito*, pois são pré-requisitos para que o Estado possa julgar a controvérsia de direito material apresentada em Juízo.

Os pressupostos para o julgamento do mérito, ao seu turno, podem ser agrupados em “quatro grandes categorias, que são: (a) os *pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo*; (b) as *condições da ação*; (c) os *requisitos de regularidade do processo*; e (d) a inexistência de certas circunstâncias externas, qualificadas como *pressupostos negativos* (litispendência e coisa julgada, por exemplo)”¹¹⁸.

A polêmica sobre a possibilidade de se conhecer questões de ordem pública em sede de recurso especial ou extraordinário cinge-se a dizer se estes recursos estão sujeitos ao efeito translativo, ou não. Podemos mencionar três correntes.

Para a primeira, o efeito translativo não incide nos recursos especial e extraordinário. Este é o entendimento do STF¹¹⁹⁻¹²⁰ ao qual se filia Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹²¹, Teresa Arruda Alvim Wambier¹²², Nelson Nery Jr.¹²³ e Cassio Scarpinella Bueno¹²⁴.

A segunda corrente defende a incidência do efeito translativo quando o recurso especial ou extraordinário for admitido por outro fundamento, ou seja, quando a via excepcional tiver sido aberta. Este é o entendimento que

¹¹⁸ DINAMARCO, *Instituições...*, III, p. 128.

¹¹⁹ “(...) 3. Pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que, ainda que se trate de matéria de ordem pública, é necessário o seu exame na instância de origem para que se viabilize o recurso extraordinário. 4. Agravo regimental não provido.” (STF, AgRg no AgIn 856.947/BA, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 05.03.2013, *DJe* 29.05.2013).

¹²⁰ “(...) II – Matéria de ordem pública não afasta a necessidade do prequestionamento da questão. Precedentes. III – Agravo regimental improvido.” (STF, AgRg no ARE 713.213/RJ, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.11.2012, *DJe* 10.12.2012)

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – Processo de conhecimento*, v.2. São Paulo: RT, 2013, p. 506.

¹²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 358-359.

¹²³ NERY JR., Nelson. *Ainda sobre prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores*. In: _____; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001. p. 854-864

¹²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo de prequestionamento?* Disponível em: <<<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf>>>. Acesso em 11/01/2016.

vem se firmado no STJ¹²⁵⁻¹²⁶, sempre com menção à inteligência extraída da súmula 456 STF¹²⁷.

Não obstante, pensamos que as normas processuais que disciplinam os atos do juiz, dos seus auxiliares e das partes, possuem caráter de *direito público*, pois regulam o modo como o poder estatal deve ser exercido na solução dos litígios que lhe são submetidos, ainda que não se possa dizer que todas as normas processuais sejam de *ordem pública*, pois nem sempre transcendem o interesse das partes¹²⁸.

Enxergamos, desta forma, nítida a vinculação entre a correta análise dos requisitos de admissibilidade, que possibilitam o julgamento do mérito e o bom exercício da jurisdição¹²⁹. Bem por isso é que o CPC dispõe

¹²⁵ “(...) Nulidade absoluta não arguida – Limites do recurso especial. 1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas. 2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas *ex officio*, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF). 3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 87 da Lei nº 9.393/1996, ensejando o reconhecimento *ex officio* da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor. (...) (STJ, REsp 485.969/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2003, DJ 04.04.2005, p. 251). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 441.726/SE, 2ª T., rel. Min. Elia Calmon, j. 03.06.2004, DJ 30.08.2004, p. 242

¹²⁶ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMISSÃO DO APELO NOBRE. CONHECIMENTO DAS QUESTÕES QUE GRAVITAM EM TORNO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS EX OFFICIO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 257 DO RISTJ E SÚMULA 456 DO STF. (...) Os temas que gravitam em torno das condições da ação e dos pressupostos processuais **podem ser conhecidos ex officio no âmbito deste egrégio STJ, desde que o apelo nobre supere o óbice da admissibilidade recursal**, no afã de aplicar o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e Súmula n.º 456 do STF (Precedentes: REsp 698.061 - MG, Relatora Ministra Eliana Calmon), Segunda Turma, DJ de 27 de junho de 2005; REsp 869.534 - SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 10 de dezembro de 2007; REsp 36.663 - RS, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, DJ de 08 de novembro de 1993). (...) (Precedentes: REsp 738.5156 - PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 24 de outubro de 2005; REsp 310.306 - PE, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 12 de setembro de 2005; REsp 848.086 - SP, Relator Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 23 de outubro de 2006). (...) 5. Recurso especial provido, com o fim de declarar, *ex officio*, a incompetência absoluta da Justiça Estadual, anular o decisum proferido pelo Juízo absolutamente incompetente e determinar aos autores que promovam a citação a Caixa Econômica Federal - CEF. Prejudicadas as demais questões suscitadas. (REsp 864.362/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 15/09/2008)

¹²⁷ Súmula 456. O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

¹²⁸ DINAMARCO, *Instituições...*, I, pp. 66-67 e p. 87.

¹²⁹ FONSECA, João Francisco Naves da, Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, em “*Efeito devolutivo na apelação e “questões de ordem pública”*”. Artigo disponível em <<<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>>. Acesso em 27/03/2014.

que o juízo *conhecerá de ofício* a ausência de qualquer delas (art. 301, § 4º) e a qualquer momento (art. 245, § e art. 267, § 3º).

Por isso, compartilhamos o entendimento da terceira corrente, defendida por Arlete Inês Aurelli¹³⁰:

As matérias de ordem pública podem ser conhecidas, inclusive por dever de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Ora, se podem ser conhecidas de ofício e a qualquer tempo, é evidente que não há que se falar em prequestionamento.

Além disso, essas matérias são fundamentais para garantir o desenvolvimento válido e eficaz do processo, razão por que não podem deixar de ser conhecidas pelo fato de não haverem sido, até então, questionadas.

(...)

Ora, se podem ser conhecidas de ofício e a qualquer tempo, é evidente que não há que se falar em prequestionamento.

Além disso, essas matérias são fundamentais para garantir o desenvolvimento válido e eficaz do processo, razão por que não podem deixar de ser conhecidas pelo fato de não haverem sido, até então, questionadas.

Da mesma forma, as nulidades processuais absolutas (arts. 113, parágrafo único, 301, I, II, III, V, VI, VII, § 4.º, 303, II, 84, etc.), sendo insanáveis, como é o caso da nulidade constante do acórdão comentado, não estão sujeitas à preclusão, pelo que também podem ser conhecidas independentemente de prequestionamento (art. 245, parágrafo único, do CPC (LGL\1973\5)).⁴¹

Há nulidades, como a da citação, que, até mesmo depois do trânsito em julgado, podem ser apreciadas. Então por que não seria possível questioná-las no Especial?

Ora, se essas matérias são passíveis, inclusive, de serem atacadas por posterior ação rescisória, quando do trânsito em julgado, seria ferir o princípio da economia processual impedir que possam ser apreciadas em sede de recurso especial e extraordinário.

Entendimento diverso implica em contrariar os princípios da celeridade e economia processual que merecem ser prestigiados, a final, eventuais nulidades poderão ser por meio de ação rescisória, a teor do que dispõe o art. 485, V, do CPC.

Neste mesmo sentido, a lição de Rogerio Licastro Torres de Mello¹³¹:

¹³⁰ AURELLI, Arlete Inês. *Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial - desnecessidade de prequestionamento*. Revista de Processo, vol. 89, p. 266, Jan 1998.

¹³¹ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

As lesões a normas de ordem pública são agudamente rejeitadas pelo ordenamento processual brasileiro, a ponto de autorizarem inclusive a impugnação da coisa julgada mediante propositura de ação rescisória. Se é admitida, portanto, a hostilização da coisa julgada mediante aforamento de ação rescisória quando der-se descumprimento a norma de ordem pública, tem de ser logicamente admitida a cognição de matéria de ordem pública em sede de recurso especial, seja por provocação da parte, seja *ex officio*, mesmo que não tenha sido prequestionada e desde que aberta a via recursal com a admissão do especial.

Idêntica conclusão foi obtida por Izabel Cristina Pinheiro Cardoso Pantaleão em trabalho dedicado ao assunto¹³².

É assim que firmamos nosso entendimento, no sentido de que as questões de ordem pública devem ser vistas como exceção à exigência do prequestionamento, a fim de que permita-se que sejam conhecidas em sede de recurso especial e extraordinário.

2.5 O problema da distinção entre questões de fato e de direito

Os recursos especiais e extraordinários, como se sabe, classificam-se como recursos de *fundamentação vinculada* e “têm por finalidade primeira a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não, propriamente, a busca da melhor solução para o caso concreto¹³³”. A sua cognição¹³⁴ não é ampla, ilimitada, como nos recursos ordinários (como a apelação), mas, ao invés, é restrita aos lindes da *matéria de direito* envolvida. É por esta razão que “neles não há como produzir prova ou buscar o reexame daquelas já produzidas.

Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato, presumindo-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando

¹³² PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso. “A dispensa do prequestionamento como requisito de admissibilidade em matéria de ordem pública”. Dissertação de mestrado em Direito, PUC-SP, São Paulo, 2014.

¹³³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345.

¹³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo: RT, 2005, p. 271.

procederam à subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de excepcionalidade, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum.

A aplicação do direito positivo, mormente para fins de uniformização de sua interpretação, pressupõe que os fatos da causa estejam consolidados“, tal como menciona José Miguel Garcia Medina: “os fatos são examinados pelos tribunais superiores tal como descritos na decisão recorrida¹³⁵”.

Araken de Assis¹³⁶ lembra, contudo, que não é uma empreitada fácil diferenciar as questões de fato das questões de direito. Algumas se encontram numa zona cinzenta entre um e outro e são chamadas pela doutrina de “questões mistas”.

Parece-nos ser impossível, aliás, a perfeita distinção entre fato e direito. Com efeito, segundo a lição de Castanheira Neves¹³⁷,

Não é "o direito" que se distingue de "o fato", pois o direito é a síntese normativo-material em que o "facto" é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta. E se quisermos referir o direito às suas já conseguidas objectivações (as normas, as instituições, os precedentes), então há que ter em conta que só o podemos pensar juridicamente se restabelecermos aí, no seio dessas objectivações do direito constituído, aquela mesma problemática (e aquela mesma distinção) constituinte.

Segundo sintetiza o mencionado autor:

Ao considerar-se a questão-de-fato; ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-fato. Ou numa formulação bem mais expressiva: "para dizer a verdade o "puro fato" e o "puro direito" não se encontram nunca na

¹³⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 242.

¹³⁶ *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 716.

¹³⁷ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto questão de direito*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 509

vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto.

Do que se colhe dos esforços da doutrina e da jurisprudência a esse respeito, possivelmente o critério preferível resida na análise de caso a caso, mediante percepção sobre qual dos aspectos se apresenta predominante: se o fático ou jurídico.

Sobre este ponto diz Teresa Arruda Alvim Wambier:

Parece-nos que a questão será predominantemente fática, do ponto de vista técnico, se, para que se redecida a matéria, “houver necessidade de se reexaminarem provas”, ou seja, “de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido”¹³⁸.

A matéria de fato, que fica excluída do âmbito do extraordinário, é aquela cujo conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal apenas levaria a um reexame de prova, ou seja: aqueles casos em que não se perscruta o interesse no contraste entre o *decisum* recorrido e um texto constitucional; onde, na verdade, o interesse do recorrente é, pura e simplesmente, infringir o julgado, objetivo esse adequado aos recursos de tipo comum, que já foram ou poderiam ter sido manejados *opportuno tempore*.

A distinção entre reexame e valoração da prova ficou bem extremada nesse outro julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a um princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta corte. O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram, ou não, bem interpretados,

¹³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial", *Ajuris* 74, p. 266, NOV/1998.

constituindo matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, insuscetível de revisão no recurso especial¹³⁹.

Ao fim e ao cabo, a questão da impossibilidade de (re)avaliação ou (re)avaliação dos fatos e das provas, no âmbito estreito dos recursos excepcionais, tem a ver com sua restrita devolutividade, pois eles devem conter-se nos limites das "questões jurídicas" antes debatidas e decididas (isto é, prequestionadas), sob pena de se converterem em recursos de tipo comum. Tal devolutividade, sob o prisma horizontal, não é ampla, porque não tem como abranger todos os tópicos do julgado recorrido, devendo confinar-se a pontos jurídicos nele prequestionados. Essa limitação horizontal acaba por repercutir na profundidade da cognição, havendo mesmo autorizada doutrina que nega a devolutividade sob a dimensão vertical¹⁴⁰.

Nesta trilha, podemos afirmar que é possível às Cortes Superiores conhecer dos fatos quando não se faça necessário o seu reexame, pelo que concordamos quando se diz que "os fatos são examinados pelos tribunais superiores tal como descritos na decisão recorrida"^{141,142}.

Isto porque cabe aos Tribunais Superiores a adequação da *subsunção* dos fatos - soberanamente decididos pela instância anterior - à norma, o que permite a *reavaliação da prova* pelas instâncias superiores^{143,144}.

¹³⁹ Agravo Regimental no Recurso Especial n. 420.217 – SC, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 04/06/02, v.u.

¹⁴⁰ "Ela não existe, nos recursos excepcionais, fundamentalmente, o que se percebe pela impossibilidade de se reverem fatos e de se reexaminarem provas, sendo que aquela regra há de ser entendida em função desta, já que os fatos podem ser reexaminados na medida em que estiverem descritos na decisão recorrida" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo: RT, 2005, p. 215, referido por MANCUSO).

¹⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia Medina e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno*, v. 1, 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 224.

¹⁴² A devolutividade sob a dimensão vertical "não existe, nos recursos excepcionais, fundamentalmente, o que se percebe pela impossibilidade de se reverem fatos e de se reexaminarem provas, sendo que aquela regra há de ser entendida em função desta, já que os fatos podem ser reexaminados na medida em que estiverem descritos na decisão recorrida". WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo: RT, 2005, p. 256.

¹⁴³ "(...) 1. a redefinição do enquadramento jurídico os fatos expressamente mencionados no acórdão hostilizado constitui mera reavaliação da prova - deliberação unipessoal em conformidade ao entendimento cristalizado na súmula n. 7 do STJ". (AgRg no REsp Nº 1.036.178 - SP (2008/0046369-7), Min. Rel. Marco Buzzi, 4ª Turma, julgado em 13/12/2011).

¹⁴⁴ "A apreciação da prova consiste na análise dos elementos de convicção carreados aos autos, como a credibilidade de um depoimento, a autenticidade de um documento, a consistência técnica

Desta afirmativa extraímos uma segunda problemática: a necessidade de que o acórdão descreva os fatos e provas em cuja ocorrência ou produção se funda¹⁴⁵, ou em outras palavras, a necessidade de que haja uma adequada motivação das decisões proferidas pelo Tribunais.

Fundamentar corresponde à aplicação da lei ao caso concreto, o que se satisfaz pela mera subsunção da norma aos fatos (elemento objetivo), sem processos mentais intelectuais de valoração. Motivar exige raciocínio lógico e de valor (elemento subjetivo)¹⁴⁶, no sentido de se justificar o porquê da aplicação daquele direito àquele determinado fato¹⁴⁷.

A motivação das decisões judiciais, juntamente com as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa¹⁴⁸,

de um laudo pericial etc. Nesses exemplos, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça analisar o acerto ou equívoco da decisão recorrida, porque não há questão de direito envolvida.

Já valoração da prova envolve questão de direito e, assim, a matéria se insere no âmbito do recurso especial. Discussão sobre o critério legal da valoração (v.g., aplicação da regra de inversão do ônus da prova, admissibilidade da prova testemunhal, aplicabilidade de regra sobre prova legal) traduz, inquestionavelmente, matéria de direito federal e, como tal, pode ser enfrentada em recurso especial” LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 3ª.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 91.

¹⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 357.

¹⁴⁶ Antes de ahora hemos anunciado que fundamentar no significa lo mismo que motivar. Aplicando la ley sin más tarea que laborar exégesis pura, supone dar fundamentos; mientras que motivar implica darle racionalidad y sentimiento de justicia.” GOZAINÉ, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. 2004. p. 399.

¹⁴⁷ “A justificação da decisão judiciária não pode ser reduzida a uma sequência de passagens formais e muito menos uma simples concatenação de silogismos, porque o raciocínio justificativo é de algum modo mais complexo, rico, flexível e aberto ao emprego de elementos persuasivos, dos tópicos da ciência jurídica e dos precedentes judiciários, mas também das noções do senso comum, das quais a argumentação do juiz é impregnada em todas as suas passagens. Ao contrário, seria paradoxal sustentar que a motivação da sentença cumpre sua função justificativa não só por ter uma estrutura lógica que viabiliza um controle de validade da decisão judiciária, como ainda porque o recurso a dados e argumentos metajurídicos permite colocar a decisão no contexto do senso comum. Realmente a coerência da decisão contextual da decisão deve ser entendida à luz do contexto do direito e também do contexto constituído pelo senso comum. Isso é ainda mais verdadeiro quando se leve em conta a justificação externa da decisão, ou seja, a parte do discurso justificativo em que o juiz explicita o fundamento da escolha das premissas das quais se originou a decisão final. TARUFFO, Michele, *Senso comum, experiência e ciência do raciocínio do juiz*. trad. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2001, p. 17.

¹⁴⁸ “A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e garantias constitucionais estampadas na CF 5º, trazendo conseqüentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção desde que motive as razões de seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado)”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 40.

constitui elemento do *Estado Democrático de Direito*¹⁴⁹⁻¹⁵⁰, com a importância de ser necessária à validade das decisões judiciais.

Como reação aos estados absolutistas¹⁵¹, o direito nascido com o Estado Democrático assumiu o papel de impedir que influências externas, especialmente as de ordem política, afetassem a atuação do magistrado¹⁵².

Certamente influências perniciosas perdem espaço quando se passa a exigir que as decisões judiciais sejam motivadas¹⁵³, pois, ao trazer transparência às razões de decidir, a adequada motivação *legítima a interferência do judiciário na vida do cidadão*¹⁵⁴, e ao mesmo tempo, permite

¹⁴⁹ “a motivação das decisões judiciais surge como manifestação do estado de direito”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 40

¹⁵⁰ “PROCESSUAL CIVIL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA NA ORIGEM - DECISÃO JUDICIAL DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA - CPC, ARTS. 165 E 458 - VIOLAÇÃO OCORRIDA - ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO. 1. **A fundamentação das decisões judiciais constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo, dentre outros, o exercício da ampla defesa e o seu controle por parte das instâncias superiores**, consoante a abalizada lição de José Carlos Barbosa Moreira, citado por Lúcia Valle Figueiredo (in “Princípios Constitucionais do Processo”, Revista Trimestral de Direito Público nº 01/1993, p. 118). 2. (...)” (STJ - REsp: 856598 SP 2006/0116021-3, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 20/11/2008, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 17/12/2008) (grifo nosso)

¹⁵¹ “O princípio da motivação dos atos administrativos, após a Constituição Federal de 1988, está inserido no nosso regime político. É, assim, uma exigência do Direito Público e da legalidade governamental. Do Estado absolutista, em que preponderava a vontade pessoal do monarca com força de lei – ‘quod principi placuit legis habet vigorem’ –, **evoluímos para o Estado de Direito, onde só impera a vontade das normas jurídicas. Nos Estados modernos já não existe a autoridade pessoal do governante, senão a autoridade impessoal da lei**. A igualdade de todos perante a lei e a submissão de todos somente à lei constituem os dois cânones fundamentais dos Estados de Direito. A nossa Constituição consagrou tais princípios em termos inequívocos ao declarar que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, caput) e que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, II). (...) Nesse sentido é a lição dos modernos publicistas, a começar por Bielsa, nesse passo: **‘por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente**, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos-determinantes da lei)’. E, rematando, o mesmo jurista reafirma: ‘no Direito Administrativo a motivação – como dissemos – deverá constituir norma, não só por razões de boa administração, como porque toda autoridade ou Poder em um sistema de governo representativo deve explicar legalmente, ou juridicamente, suas decisões. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 99-100.

¹⁵² NETO, Olavo de Oliveira. *Princípios processuais civis na constituição – princípio da fundamentação das decisões judiciais*. Ed. Campus.

¹⁵³ LIRA, Gerson. *A motivação na valoração dos fatos e na aplicação do direito*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

¹⁵⁴ “...o Estado de Direito é um estado que se justifica. (...) quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a sua intromissão”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: RT. 2007, pp. 314-385

às partes e à sociedade que exerçam o *controle das decisões judiciais*¹⁵⁵⁻¹⁵⁶. É o que Luigi Paolo Comoglio chama de “dever de motivação e controle impugnatório”¹⁵⁷.

Na medida em que o juiz fundamenta sua decisão, a parte que eventualmente entender ter sido prejudicada seguramente terá elementos suficientes para requerer o reexame da decisão pelo tribunal, porquanto será de conhecimento da corte as razões que levaram o magistrado a tomar tal medida, bem como poderá aferir se é a mais correta, à luz do caso concreto.

Nesta trilha, o meio probatório admitido e praticado deverá ser valorado motivadamente¹⁵⁸. Isto é, ao julgador não cabe simplesmente afirmar que “analisou conjuntamente o material probatório” e por isso assim decide, mas proceder com a efetiva apreciação da prova produzida, sem o que, não há efetiva *realização do direito*¹⁵⁹.

¹⁵⁵ “Não é apenas o controle endoprocessual que se precisa assegurar: visa-se ainda, e sobretudo, ‘a tornar possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o juiz administra justiça’; e ‘isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida seja no seu complexo, seja como opinião do quisquis de populo’. A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como ‘privilégio’ dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito*, Saraiva pp. 282-284.

¹⁵⁶ “Do ponto de vista extraprocessual, é nítida a sua ligação [da motivação] com os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. A regra de que as decisões judiciais têm de ser motivadas, em seu sentido mais profundo, expressa a exigência ampla de controlabilidade da atividade dos órgãos do Estado, inerente à ideia de Estado de Direito Democrático. A relevância da prestação jurisdicional adequada como elemento integrante da estrutura do Estado de Direito aparece com nitidez se enxergarmos o direito à jurisdição como garantia constitucional primária e indispensável à eficácia de todos os outros direitos”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*, São Paulo: RT, 2005, p. 293.

¹⁵⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. UTET [página desconhecida].

¹⁵⁸ JUNOY, Joan Picó. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona, [editor desconhecido] 1996, pp. 13-38.

¹⁵⁹ “A realização do direito liga-se a necessidade de que haja apuração de fatos. Se é certo que se deve assegurar, no plano do processo, a existência de mecanismos tendentes a realizar eficazmente os direitos subjetivos, não menos certo é dizer que devem existir, também no processo, instrumentos que permitam atestar, com segurança, a existência de direitos, o que se dá não apenas com correta compreensão do sistema jurídico, mas, também, com o entendimento preciso de como surgiu o direito da parte, no plano dos fatos. A apuração destes fatos se dá, no processo, através da prova”. MEDINA, José Miguel, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Processo Civil Moderno*, v. 1, 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 2013.

Para tanto, o conteúdo da prova e o valor a ela atribuída não de ser explicados pelo juiz por meio de raciocínio lógico que conduza à conclusão final. Este processo deverá ser integrativo, mediante “a análise das questões suscitadas (de fato e de direito por ambas as partes) fazendo-se referência ao material de conhecimento encontrado e descrito no relatório”¹⁶⁰.

Podemos concluir assim que carecerá de adequada motivação a decisão que, no que tange ao aspecto *profundidade*¹⁶¹⁻¹⁶²⁻¹⁶³, se omite a respeito de questões de fato e de direito relevantes para o julgamento da demanda e que poderiam alterar-lhe o resultado, tais como os fatos ocorridos e as provas produzidas.

Esta preocupação foi nitidamente externada pelo legislador na redação da nova lei, quando torna obrigatória a delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos (art. 357 NCPC), e ainda quando expressamente define as hipóteses em que não será considerada fundamentada a decisão (art. 489 NCPC).

Por isso, defendemos a necessidade de que os fatos e as provas sejam descritos pelo magistrado na decisão para que, na eventualidade de

¹⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de declaração*. op. cit.

¹⁶¹ Fundamentar no sentido de profundidade “exige mais do que uma mera referência genérica àquilo que se decide, devendo o magistrado analisar o caso concreto e dele extrair a presença dos requisitos necessários ao atendimento ou não do pedido formulado”. NETO, Olavo de Oliveira. *Princípios processuais civis na constituição – princípio da fundamentação das decisões judiciais*. 2ª tiragem. Ed. Campus.

¹⁶² “(i) decisões que tragam algum prejuízo a uma das partes, devem ser bem fundamentadas, delimitando com clareza as razões de decidir, bem como deve analisar todos os argumentos trazidos pelas partes. (ii) decisões de subsunção de um conceito jurídico indeterminado, impõem ampla fundamentação par que se possa entender a presença do conceito jurídico. (iii) decisões em que se determina a produção de prova que não foi requerida pelas partes, impõe-se a fundamentação que justifique o porquê da necessidade de tal prova. (iv) Decisão que indefere a produção de uma prova postulada pela parte, deve fundamentar as razões que conduzem à irrelevância e desnecessidade de sua produção. (v) Decisão em que se determina de ofício a produção de uma prova há de justificar a produção prematura da prova”. CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do Juiz no Processo Civil, Fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133

¹⁶³ “1. [a motivação] oferece elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz; 2. pode-se, também, por meio do exame da motivação da decisão, verificar da sua legitimidade; 3. por fim, garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas, na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, **o material probatório produzido** e as alegações feitas pelas partes”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença* 6. ed. São Paulo: RT, 2007, pp. 314-385 (grifo nosso).

sobrevir recurso, “as partes possam apresentar, fundamentadamente suas razões de recorrer e o tribunal *ad quem* tenha condições de examinar os argumentos que lhe são favoráveis e contrários”.

Mormente em sede de recursos excepcionais, as questões fáticas e probatórias devem estar descritas no acórdão recorrido, a permitir assim que as cortes superiores procedam a readequação do direito ao fato, mediante *reavaliação da prova*.

2.6 A repercussão geral como requisito específico de admissibilidade dos recursos extraordinários.

Além das condições de admissibilidade comuns aos recursos excepcionais, o recurso extraordinário está sujeito a condições específicas, à repercussão geral e à afronta direta.

O instituto da repercussão geral foi instituído com a Emenda Constitucional n. 45, de 8/12/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal de 1988¹⁶⁴. De acordo com o dispositivo, para que o recurso extraordinário seja admitido, caberá ao recorrente em sede de preliminar demonstrar a presença de repercussão geral (art. 543-A, § 2º) em seu apelo. O NCPC exclui do dispositivo de lei a exigência de que tal alegação se dê por preliminar.

Poderá o Supremo Tribunal Federal recusar, em decisão irrecurável (art. 543-A, caput, do CPC/73 e art. 1.035 NCPC¹⁶⁵), diante da manifestação de dois terços de seus membros, o respectivo recurso extraordinário quando entender que não restou demonstrada a "repercussão geral" das questões constantes do recurso (art. 102, § 3º da CF/1988).

¹⁶⁴ Art. 102. [...] § 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.

¹⁶⁵ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

No sistema atual, em que o sistema de admissibilidade dos recursos excepcionais é bipartido, a apreciação desta matéria fica a cargo da Corte Constitucional, não cabendo ao tribunal *a quo* manifestar-se a esse respeito¹⁶⁶.

No sistema que está por vir, o tribunal local poderá se manifestar apenas sobre a inexistência de repercussão geral, quando o STF já o tiver feito para demanda que envolva questão idêntica, hipótese em que o recorrente poderá manejar recurso de agravo (art. 1042, III NCPD). Em qualquer outra hipótese a competência para decidir a repercussão geral é exclusiva do STF.

A repercussão geral encontra algumas semelhanças no instituto da arguição de relevância, que vigorou no Brasil durante treze anos, até o advento da CF/88, como já mencionamos no capítulo 1.

Em síntese, podemos reafirmar que embora sejam substancialmente semelhantes, na medida em que “têm a finalidade de fazer com que o STF somente analise questões constitucionais de interesse geral e não restritos a mero direito exclusivo e particular das partes envolvidas”¹⁶⁷ – são mecanismos distintos pelo seguinte:

A arguição de relevância da questão federal era exigida nos casos enquadrados nas alíneas “a” (negativa de vigência de tratado ou lei federal) e “d” (divergência na interpretação de lei federal) do artigo 119 da CF/1969, que atualmente são hipóteses de cabimento de recurso especial perante o STJ. A repercussão geral é um requisito de admissibilidade específico do recurso extraordinário, cuja competência nos dias atuais é do ST, e aplicável a todas as hipóteses do art. 102, III da CF/88.

Ademais, a arguição de relevância era decidida em sessão secreta e o STF ficava dispensado de fundamentar a decisão. Hoje, como toda

¹⁶⁶ NCPD art. 1.035. § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁶⁷ AURELLI, Arlete Inês. Repercussão geral como requisito de admissibilidade do RE. Revista de Processo (Repro), Vol. 151, RT, p. 140/149.

e qualquer decisão, aquela que tratar da existência ou não de repercussão geral deve ser fundamentada na forma do art. 93, IX da CF/88.

Por fim há de reiterar que “a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva”, enquanto “a repercussão geral visa excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem”¹⁶⁸.

Pois bem. A EC 45/2004 acrescentou o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal. Referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 11.418/2006 que, por sua vez, acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, seguindo-se a adequação do regimento interno do STF e agora, mais recentemente, o NCPC.

O CPC/73 define repercussão geral como “existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, na decisão que se pretende seja examinada pelo STF. E complementa ainda que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. Neste último caso, a repercussão geral é presumida.

O RISTF, por sua vez, define que “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes”.

O NCPC mantém a redação, acrescentando ao rol de hipóteses de repercussão geral presumida, § 3º do Art. 1.035, o acórdão proferido em sede de repetitivos e aquele que tenha decidido ação direta de inconstitucionalidade.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: RT, 2007, p. 60.

Enquanto viger o CPC/73, deverá ser arguida em preliminar do recurso (o art. 1.035, § 2º do NCPC¹⁶⁹, excluiu a exigência até então constante expressamente do texto legal - art. 543-A, § 2º CPC/73¹⁷⁰ e segundo interpretação dada pelo enunciado 224 do FPPC fica, de fato, dispensada a formalidade).

Interessante previsão do NCPC diz respeito à possibilidade de admissão do *amicus curae* (art. 1.035 NCPC, § 4º), figura que até então encontrava previsão, para este caso, apenas no regimento interno do STF.

Ao julgar questão de ordem no REExt 693.456, o STF decidiu pela impossibilidade da desistência de qualquer recurso ou mandado de segurança uma vez reconhecida a repercussão geral. A decisão foi tomada por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. O NCPC não regulou a questão.

No mesmo caminho da exigência de repercussão geral para admissão dos recursos extraordinários, o art. 896-A da CLT prevê a necessidade de comprovação da transcendência da matéria, com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica para o fim de admissão do Recurso de Revista no TST.

Atualmente encontram-se em trâmite duas propostas de emenda constitucional que visam a inclusão de mecanismo semelhante à repercussão geral aos recursos especiais (PEC 209/12 e PEC 17/13).

Em nossa opinião, a introdução desse sistema de filtragem legítimo e legal vem ao encontro da necessidade de se privilegiar o cumprimento da função destes tribunais.

¹⁶⁹ § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁰ § 2º O recorrente deverá demonstrar, **em preliminar do recurso**, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (grifo nosso)

2.7 Os requisitos de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários e o avanço da jurisprudência defensiva. Uma análise crítica.

A jurisprudência dos tribunais superiores ao longo dos anos desenvolveu, por meio de súmulas, exigências para a admissibilidade dos recursos excepcionais. Algumas interpretações são perfeitamente condizentes com a natureza e com a função destes recursos e, portanto, plenamente aceitáveis pela boa técnica processual. Contudo, outras servem apenas a criar entraves ao acesso às cortes superiores no que a doutrina chama de “jurisprudência defensiva”.

Nas palavras de Humberto Gomes de Barros, “para fugir do ‘aviltante destino’ de transformar-se em terceira instância, o STJ adotou a *jurisprudência defensiva, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos*”¹⁷¹. Por outro lado, segundo defende o ministro Eros Grau na mencionada decisão, a aplicação da jurisprudência defensiva “no extremo reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais”¹⁷².

Muitas vezes a difícil distinção, no caso concreto, *de questão de direito de questão de fato*¹⁷³ faz com que a Súmula 7 do STJ¹⁷⁴ e a Súmula 279 do STF¹⁷⁵ sejam aplicadas quase que de maneira generalizada, motivo pelo qual, ao nosso ver, servem-se à jurisprudência defensiva.

Podemos mencionar ainda a Súmula 211 do STJ que trata do requisito do prequestionamento: “Inadmissível recurso especial quanto à

¹⁷¹ <<www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105999>> (acesso em 10 de junho de 2012).

¹⁷² HC 84078, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009.

¹⁷³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, [PG].

¹⁷⁴ Reexame de prova - Recurso especial. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

¹⁷⁵ Simples reexame de prova - Cabimento - Recurso extraordinário. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Como se vê, para o STJ o prequestionamento seria o reflexo da atividade das partes no processo, de modo que, se da decisão não constar matéria questionada pelas partes, será essa omissa e contra ela caberão embargos de declaração. Caso o tribunal não sane a omissão, estar-se-á diante de outra ilegalidade, a afronta ao art. 535, II do CPC/73.

A jurisprudência do STF, entretanto, é mais flexível e entende que a oposição de embargos de declaração é suficiente para atender à necessidade de prequestionamento, ainda que o tribunal não sane a omissão. A esse respeito são as Súmulas 282 e 356 do STF¹⁷⁶⁻¹⁷⁷ que tratam da necessidade de prequestionamento, que, igualmente, quando mal aplicadas, servem-se a criar entraves indevidos à admissão dos recursos, como por exemplo, quando exige o prequestionamento explícito.

Em matéria de prequestionamento o Novo CPC abarcou o entendimento do STF, prevendo no Art. 1.025 NCPC que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Cassio Scarpinella Bueno¹⁷⁸ se opõe à nova sistematização, dizendo que “as regras, bem entendida a razão de ser do recurso extraordinário e o recurso especial a partir do ‘modelo constitucional do direito processual civil’, não fazem nenhum sentido e apenas criam formalidade totalmente estéril que nada acrescenta ao conhecimento daqueles recursos a não ser a repetição

¹⁷⁶ Admissibilidade - Recurso extraordinário - Questão federal suscitada. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

¹⁷⁷ Ponto omissis da decisão - Embargos declaratórios - Objeto de recurso extraordinário - Requisito do prequestionamento. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

¹⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

de um verdadeiro ritual de passagem, que vem sendo cultuado pela má compreensão do enunciado da Súmula 356 do STF e, mais ainda, do desconhecimento da Súmula 282 do STF e da Súmula 211 do STJ”.

Outro exemplo de jurisprudência defensiva é a Súmula 418 do STJ, que diz: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”. Ao nosso ver, o enunciado encontra-se superado pelo disposto nos artigos 1.024 §§ 4º e 5º e 218, § 4º NCPC.

Podemos citar ainda a Súmula 126 do STJ, quando afirma que “é inadmissível recurso especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”, cujo entendimento parece-nos contraditório com o da Súmula 636 do STF, ao dizer que “não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”. Estas Súmulas criam uma problemática em torno do que se chama de “afronta reflexa”.

Ao nosso ver, a exigência de que a afronta constitucional seja frontal¹⁷⁹ ofende aos princípios da segurança jurídica e isonomia. Nada justifica que, para fins de admissibilidade recursal, se priorize a dimensão constitucional da questão em detrimento de eventuais reflexos infraconstitucionais, até mesmo porque é impossível desvincilhar uma coisa da outra. Esta tentativa de desvinculação está a reduzir a importância e a validade das normas constitucionais, já que por um momento permite que uma afronta *meramente*

¹⁷⁹ EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. Alegação de violação direta e frontal do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade ao Texto Maior. Caracterização de ofensa reflexa ou indireta. Além disso, para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, seria necessário reexaminar os fatos da causa, sendo incabível para isso o recurso extraordinário. Óbice da Súmula 279 desta Corte. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 612565 ED, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-157 DIVULG 06/12/2007 PUBLIC 07/12/2007 DJ 07/12/2007 PP-00096 EMENT VOL-02302-10 PP-01977)

reflexa, ou em outras palavras, uma afronta de “menos importância”, deva ser aceita pelo jurisdicionado e mereça ser mantida no mundo jurídico.

No entendimento de Nelson Nery Jr.¹⁸⁰, a afronta à Constituição Federal não é levada a sério no Brasil: “a alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro estado de direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida e na extensão em que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte”.

O STF tem valorizado excessivamente a ótica infraconstitucional do litígio, em claro desprestígio da força normativa da Constituição, incitando o desenvolvimento da jurisprudência defensiva. Essa tendência tem sido, entretanto, combatida repetidamente pelo ministro Gilmar Mendes. Nas palavras do eminente ministro, o tribunal estava a produzir decisões contraditórias sobre uma mesma matéria a depender simplesmente do enfoque ou da articulação – mais constitucional ou mais infraconstitucional – o que para ele se atribui à cultura da jurisprudência defensiva¹⁸¹. Com razão o ministro.

¹⁸⁰ NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal, processo civil, penal e administrativo*. RT. 2009. p. 40.

¹⁸¹ “Talvez devamos pensar criticamente essa questão porque praticamente todas as semanas manifestam-se nas sessões essas contradições. E, muitas vezes, dependendo tão somente da articulação constitucional do fenômeno.”

Assentou, em voto vogal, o Ministro Gilmar Mendes, na oportunidade:

“Presidente, só gostaria de fazer uma nota a propósito de decisórios, casos que foram lembrados na fala da ministra Carmen Lúcia, quanto a evidentes contradições entre os nossos julgados, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento da matéria constitucional ou infraconstitucional, essa referência que sempre fazemos.

Parte disso, nós sabemos, foi estimulada pela jurisprudência defensiva. Diante de cem mil processos/ano, certamente nós acabávamos por referendar resultados. A outra explicação diz respeito, claro, à articulação do caso, como ele nos é apresentado, como ele é submetido, se de fato o recorrente consegue articular uma questão constitucional ou se o tema é apresentado como se fosse uma questão meramente de feição legal, como ocorreu em vários desses casos, muitos de nós temos certamente manifestação nesse sentido. Mas, gostaria de fazer este registro, porque, à medida que o sistema de filtro da repercussão geral vai se tornando mais efetivo, talvez nós tenhamos que fazer uma revisão em relação a questões como o princípio da legalidade, a esta mesma questão que a ministra Ellen traz hoje da proteção judicial efetiva e a do princípio federativo, à autonomia do ente municipal ou comunal que foi afetada. Felizmente, é um caso em que essa questão se articulou com essa feição, mas é preciso, talvez, que nós pensemos criticamente nesses aspectos porque praticamente toda semana manifestam-se, nas sessões, essas contradições. Casos que nós julgamos inicialmente como casos infraconstitucionais e, depois, tratamos como

Hoje, diante de ferramentas técnicas, e principalmente, legais de filtro para a chegada de recursos às cortes supremas (no caso do recurso extraordinário estou a me referir à repercussão geral e, até mesmo aos instrumentos de uniformização de litígios – recursos repetitivos), de rigor seja revisto o posicionamento das cortes no que diz respeito à admissibilidade recursal.

Para Cassio Scarpinella Bueno¹⁸², a exigência de que a afronta à Constituição seja direta “poderia se justificar na necessidade de redução do número de recursos extraordinários em trâmite perante aquela corte”. Entretanto, segundo ele, “no sistema atual, em que há um legítimo filtro de contenção daqueles recursos [repercussão geral], não há mais razão para distinguir aquelas situações [afronta reflexa da afronta direta]. O que importa é que a decisão tenha fundamento, tenha se baseado em uma tese de direito constitucional”. Portanto, se a tese está certa ou errada, esta é uma questão de mérito, de julgamento, e não de admissibilidade do recurso.

questões constitucionais. [...] Muitas vezes, dependendo tão somente da articulação constitucional ou da visão constitucional do fenômeno. Eu me lembro de que esse tema, nas cortes constitucionais – Corte Constitucional alemã, Corte Constitucional espanhola – prova, sempre, uma discussão muito acirrada, especialmente quando uma sentença é aplicada de maneira desastrada. E, aí, então, se articula uma arguição de inconstitucionalidade da sentença, de ilegitimidade da sentença, com o argumento de que ela fere o princípio da legalidade. E é muito difícil, em casos tais, dizer que não há violação ao princípio da legalidade.

É claro que – ao falarmos isto – nós sempre temos um cuidado. Por quê? Imaginem, diremos todos nós, que agora isso se torne uma rotina e que, pela invocação do princípio da legalidade, vai dar ensejo a centenas, a milhares de recursos extraordinários.

Por isso que, inclusive, no modelo alemão, isso produziu a chamada *Stufentheorie*, uma teoria de uma gradação para saber o grau de intensidade da violação de princípios tais.

Mas, é preciso que nós, realmente, pensemos nisso. E muitas vezes, pode ocorrer uma situação singular. Por exemplo, um regulamento estabelece uma restrição a direito, a restrição vem do regulamento, não é uma questão causada por um direito ou por norma infraconstitucional, é uma violação específica ao Direito Constitucional de um indivíduo que só poderia sofrer restrição mediante lei e sofreu mediante regulamento”.

E conclui o percuciente constitucionalista: “Mas, eu gostaria de fazer esse registro e vou fazer notas para anexar ao meu voto, chamando à atenção para a necessidade de que, doravante, nós passemos a ser mais críticos em relação a essa invocação, muitas vezes sem cerimônia, do chamado direito infraconstitucional como fórmula de escape para não conhecer do recurso extraordinário” (AI 519125 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, Relator para Acórdão: ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12/4/2005; ADI 3149, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2004).]

¹⁸² *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes dos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. v. 5. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 289.

A afronta indireta ou reflexa à Constituição Federal merece tratamento idêntico ao dado à afronta direta ou frontal, já que a função da Corte Suprema é justamente garantir aplicação da Constituição Federal, norma máxima de um país. Em matéria de Constituição Federal, inexistente afronta mais ou menos importante.

Esta interpretação gera interessante questão quando se trata de discutir a afronta contra os princípios constitucionais. Como bem recorda Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁸³, existe uma tendência de que, hoje, os valores encampados pelas sociedades contemporâneas sejam agregados à Constituição sob a forma de princípios. É o que se conhece por constitucionalização de princípios. Segundo esta doutrinadora, a “circunstância de cada vez mais incluir-se conceitos vagos, nos textos do direito posto, pode decorrer da tentativa de absorver a complexidade do mundo real”. É necessário, portanto, que “os princípios jurídicos sempre integrem os raciocínios de direito”¹⁸⁴.

É um paradoxo que, nas suas palavras, “a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a lei ordinária o repete, por isso, o tribunal, cuja função é zelar pelo respeito à Constituição Federal, abdica de examinar a questão”.

Mais paradoxal ainda é observar que comumente o STJ não julga recurso especial quando envolve matéria que é a um só tempo legal e constitucional. Prepondera naquele tribunal o entendimento de que, quando a lei ordinária reflete disposição constitucional, não goza de autorização a propiciar seu exame em recurso especial (STJ 1ª T. REsp 435.893/SP Rel. Min. José Delgado, julgado em 14/10/2003¹⁸⁵, REsp 435893/SP, Rel. Min. Luiz Fux,

¹⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 267.

¹⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 34.

¹⁸⁵ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DE ATENDIMENTO EM CRECHE A CRIANÇAS DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 1º/03/2004, p. 124¹⁸⁶ e AI 501740 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 26/04/2005¹⁸⁷.

Está-se, portanto, diante de situação em que embora haja violação tanto à norma constitucional quanto à norma infraconstitucional — o que autorizaria a princípio a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário — face o entendimento acima revelado, não tem o jurisdicionado

1. O Tribunal de origem analisou as questões relacionadas à exigibilidade em juízo do direito de atendimento em creche a crianças de até seis anos de idade, bem como à possibilidade de o judiciário determinar ao município o cumprimento do referido direito, sob aspectos constitucionais, os quais não podem ser apreciados em sede de recurso especial. 2. Ademais, o dispositivo infraconstitucional apontado como violado (art. 54, IV, da Lei 8.069/90) reflete disposição constitucional (art. 208, IV, da CF), não gozando de autonomia a proporcionar a sua análise pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Precedentes do STJ: REsp 562.501/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 12/3/2007, p. 208; REsp 804.595/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 14/12/2006, p. 282; AgRg no Ag 685.140/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19/9/2005, p. 203; REsp 435.893/SP, Primeira Turma, Rel. p/ acórdão ministro José Delgado, DJ de 1º/3/2004, p. 124. 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 628.447/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/06/2007, DJ 02/08/2007, p. 333)

¹⁸⁶ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE, AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL.

1. Não se conhece de recurso especial quando a decisão recorrida está sustentada, unicamente, em matéria constitucional. 2. "In casu", as razões desenvolvidas pelo relator do aresto hostilizado, em seu voto vencedor, estão voltadas para interpretar dispositivos da Carta Magna e da Constituição do Estado de São Paulo, não tendo sido apreciado qualquer tema autônomo de direito infraconstitucional. 3. Referência do acórdão recorrido ao Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que esse diploma legal repetiu, em dois de seus artigos, direito subjetivo público assegurado pela Constituição Federal, referente à matéria em apreço. 4. Quando a lei ordinária reflete disposição constitucional, não goza de autonomia a propiciar seu exame em recurso especial. 5. Recurso especial não conhecido. (REsp 435893/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 01/03/2004, p. 124). Vencido o relator votando pelo conhecimento do recurso, eis que a matéria é tratada no ECA.

¹⁸⁷ EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. DL 911/69. RECEPÇÃO PELA CF/88. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. III. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posicionou-se, por diversas vezes, no sentido da recepção do DL 911/69 pela CF/88. Precedentes. IV. - Agravo não provido. (AI 501740 AgR, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 20-05-2005 PP-00022 EMENT VOL-02192-07 PP-01280) No corpo do acórdão: "A alegada ofensa ao preceito inscrito no Art. 5º, LV, da Constituição Federal, acaso configurada, apresentar-se-ia por via reflexa, eis que a sua constatação reclamaria – para que se configurasse – a formulação de juízo prévio de legalidade fundado na vulneração e infringência de dispositivo legal" (AI 145.153/PR, DJ de 14/12/1994).

a possibilidade de ver admitido nem um nem outro recurso, tornando-se incorrigível a decisão que afrontou determinado princípio.

O Novo Código de Processo Civil, que se encontra em trâmite no Poder Legislativo, fez por bem “legalizar” diversos princípios do processo, muitos deles já previamente previstos na Constituição Federal¹⁸⁸. A competência para análise de recursos contra decisões que afrontam princípios será transferida do STF para o STJ, ou em análise mais pessimista (considerando o posicionamento estampado no RESP 435.893), ver-se-á a absoluta inexistência de recurso cabível contra este tipo de decisão.

Na opinião de José Miguel Garcia Medina¹⁸⁹ “havendo violação a princípio de direito federal ou constitucional, caberá, conforme o caso, recurso especial ou extraordinário”. Cita, como exemplo, recurso especial admitido contra decisão que afronta princípio do duplo grau de jurisdição, mais especialmente de que o recurso seja julgado por órgão colegiado¹⁹⁰ e contra violação do princípio da proporcionalidade¹⁹¹.

Interessante estudo de Luís Roberto Barroso¹⁹² disponibiliza organizadamente alguns julgados do STF acerca da afronta direta/indireta à Constituição Federal: requisitos para ação rescisória¹⁹³⁻¹⁹⁴⁻¹⁹⁵⁻¹⁹⁶; violação ao

¹⁸⁸ A Parte Geral é dividida em 11 títulos. O Título I trata dos Princípios e Garantias, das normas processuais, da jurisdição e da ação.

O artigo 3º do PL 166/10 prevê o princípio da inafastabilidade do judiciário, repetindo o já previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988. O Art. 4º trata da duração razoável, novidade já introduzida no ordenamento jurídico pela EC/45. Existem outros vários exemplos no PL 166/10 (Projeto de novo Código de Processo Civil).

¹⁸⁹ MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno: Recursos e ações autônomas de impugnação*, v. 2. São Paulo: RT, p. 226.

¹⁹⁰ “Constitui princípio constitucional implícito de que todo recurso dos tribunais deve ser julgado por um colegiado. Quando o recurso pode ser decidido em juízo de prelibação e monocraticamente pelo relator, caberá, sempre, recurso para um órgão colegiado. Norma legal ou regimental que conferir ao relator poderes para decidir, em caráter definitivo e monocraticamente, pedido ou recurso é inconstitucional” REsp 143.538/RJ rel. p/ acórdão ministro Demócrito Reinaldo, j. 08/06/2009, DJU 26/10/2009, p. 29).

¹⁹¹ REsp 208.924/SE, Relator Min. Waldemar Zveiter, j. 27/04/2000; REsp 204.400/SP, Relator Min. Luiz Vicente Cernichiaro, 30/06/1999 e REsp 188.834/SP, Relator Min. Luiz Vicente Cernichiaro.

¹⁹² RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO INDIRETA DA CONSTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE DA ALTERAÇÃO PONTUAL E CASUÍSTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ*, Ano 3, v. III, jan. a jun. 2009.

¹⁹³ STF, DJ 30/08/02, p. 112, AgRg no AI 387.022-ES, Relator Min. Gilmar Mendes.

¹⁹⁴ STF, DJ 02/03/04, p. 55, AgRg no AI 468.465-PB, Relator Min. Celso de Mello.

¹⁹⁵ STF, DJ 07/05/04, p. 38, AgRg no AI 485.471-SP, Relator Min. Celso de Mello.

¹⁹⁶ STF, DJ 30/08/02, p. 112, AgRg no AI 387.022-ES, Relator Min. Gilmar Mendes.

princípio da legalidade¹⁹⁷⁻¹⁹⁸; violação ao devido processo legal¹⁹⁹⁻²⁰⁰⁻²⁰¹⁻²⁰²; violação do acesso ao Judiciário²⁰³⁻²⁰⁴⁻²⁰⁵⁻²⁰⁶⁻²⁰⁷⁻²⁰⁸; violação ao direito adquirido²⁰⁹⁻²¹⁰⁻²¹¹.

O ponto central daquele trabalho é a dura crítica ao posicionamento adotado pelo STF por ocasião do julgamento do AI 395.662-1/RS, por meio do qual, segundo opinião do autor, houve isolada mudança de entendimento a beneficiar injustificadamente uma das partes do processo, no caso, a Fazenda. Conclui, ao final, pela ofensa aos princípios da segurança jurídica e isonomia, com o que concordamos.

Nada justifica a nosso ver que, para fins de admissibilidade recursal, se priorize a dimensão constitucional da questão em detrimento de eventuais reflexos infraconstitucionais, até mesmo porque é impossível desvincular uma coisa da outra. Esta tentativa de desvinculação está a reduzir a importância e a validade das normas constitucionais, já que por um momento permite que uma afronta *meramente reflexa*, ou em outras palavras, uma afronta de “menos importância”, deva ser aceita pelo jurisdicionado e mereça ser mantida no mundo jurídico.

Ora, é possível graduar a importância de uma afronta constitucional? Existem afrontas mais ou menos importantes? Aceitáveis e inaceitáveis? Tratando-se de norma constitucional, isto é, da norma maior que rege o ordenamento jurídico pátrio, entendemos que não, em absoluto.

¹⁹⁷ STF, DJ 19/09/03, p. 18, AgRg no AI 431.357-SP, Relator Min. Carlos Britto.

¹⁹⁸ STF, DJ 08/03/02, p. 61, AgRg no RE 245.580-PR, Relator Min. Carlos Velloso.

¹⁹⁹ STF, DJ 27/05/04, p. 32, AgRg no AI 475.088-AL, Relator Min. Carlos Velloso.

²⁰⁰ STF, DJ 27/02/04, p. 23, AgRg no AI 300.982-RS, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

²⁰¹ STF, DJ 15/06/04, p. 46, AgRg no AI 449.830-SP, Relator Min. Carlos Velloso.

²⁰² STF, DJ 25/06/04, p. 40, AgRg no AI 409.953-DF, Relator Min. Carlos Velloso.

²⁰³ STF, DJ 07/05/04, p. 32, AgRg no AI 475.088-AL, Relator Min. Carlos Velloso.

²⁰⁴ STF, DJ 30/08/02, p. 112, AgRg no AI 374.994-SP, Relator Min. Gilmar Mendes.

²⁰⁵ STF, DJ 06/04/04, p. 18, AgRg no AI 415.103-SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

²⁰⁶ STF, DJ 30/04/04, p. 56, AgRg no AI 476.510-SP, Relator Min. Gilmar Mendes.

²⁰⁷ STF, DJ 30/04/04, p. 56, AgRg no AI 476.510-SP, Relator Min. Gilmar Mendes.

²⁰⁸ STF, DJ 13/09/02, p. 89, AgRg no AI 383.957-SP, Relator Min. Gilmar Mendes.

²⁰⁹ STF, DJ 25/06/04, p. 43, AgRg no AI 466.975-RJ, Relator Min. Carlos Velloso.

²¹⁰ STF, DJ 27/09/02, p. 129, AgRg no AI 388.027-SP, Relator Min. Carlos Velloso.

²¹¹ STF, DJ 13/08/04, p. 278, AgRg no AI 494.650-SP, Relator Min. Carlos Velloso.

As Cortes Superiores, como se vê, têm valorizado excessivamente a óptica infraconstitucional do litígio, em claro desprestígio da força normativa da Constituição, incitando o desenvolvimento da jurisprudência defensiva.

Para Cassio Scarpinella Bueno²¹² a exigência de que a afronta à Constituição seja direta “poderia se justificar na necessidade de redução do número de recursos extraordinários em trâmite perante aquela corte”. Entretanto, segundo ele, “no sistema atual, em que há um legítimo filtro de contenção daqueles recursos [repercussão geral], não há mais razão para distinguir aquelas situações [afronta reflexa da afronta direta]. O que importa é que a decisão tenha fundamento, tenha se baseado em uma tese de direito constitucional”. Portanto, se a tese está certa ou errada, esta é uma questão de mérito, de julgamento, e não de admissibilidade do recurso.

O entendimento limitativo restou superado pelo art. 1.033 NCPD ao estabelecer que “se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

O NCPD cuidou de resolver a questão, dispondo que caso o STF entenda que a questão versada no recurso pressupõe a análise da norma infraconstitucional, ou seja, que a afronta é reflexa, o recurso será remetido ao STJ²¹³. De modo semelhante prevê que caso o STJ entenda que a matéria versada no recurso especial é constitucional, deverá oportunizar ao recorrente a emenda do recurso para que se manifeste sobre a repercussão geral e a matéria constitucional, após o que o recurso é remetido ao STF²¹⁴.

²¹² *op. cit.*, p. 289.

²¹³ Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

²¹⁴ Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

O NCPD acolheu o entendimento da Súmula 356 do STF e, no art. 1.025 dispõe que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes *erro*, *omissão*, *contradição* ou *obscuridade*”, bem como de determinar que “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.” (art. 941, § 3º.)

Estas técnicas, somadas, nos parecem ampliar o conceito de causa decidida tal como hoje é interpretado.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO 3 - O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DESESTÍMULO À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Importantes inovações em matéria de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários foram trazidas pelo NCPC.

A preocupação primeira do legislador parece-nos ter sido com a máxima do “*processo como meio e não um fim em si mesmo*” e com o princípio da instrumentalidade das formas²¹⁵ que daí se extrai.

O cuidado do NCPC com a instrumentalidade do processo se mostra, num primeiro momento, por meio do que a doutrina atual resolveu denominar de “*princípio da primazia do julgamento de mérito*” extraído dos artigos 4º e 6º, dispositivos que se encontram dentre as “normas fundamentais do processo civil”, título único, capítulo I, da nova lei.

Por meio deste dispositivo podemos entender que um dos “recados” dados pelo legislador é justamente o de que o processo, por não ser uma finalidade em si mesmo, serve-se à obtenção de uma solução de mérito para a controvérsia existente. É, pois, instrumento para a obtenção da tutela jurisdicional. Daí porque se fala em *instrumentalidade* do processo.

Neste desiderato, cabe ao juiz “encontrar a técnica processual adequada ao caso concreto, que possibilite a adequada proteção do direito material. É por esta razão que o legislador tem criado, cada vez mais, normas processuais abertas que sejam capazes de oferecer aos jurisdicionados uma gama cada vez maior de instrumentos processuais que sejam adequados às necessidades concretas²¹⁶”.

²¹⁵ “As exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48.

²¹⁶ AURELLI, Arlete Inês. *Função social da jurisdição e do processo* (40 anos da teoria geral do processo no Brasil). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 137.

As interpretações formalistas da lei processual já vêm sendo encaradas com rejeição há tempos pela doutrina e por parte da jurisprudência, inclusive do STJ, como se pode extrair dos seguintes excertos:

(...) 5. Não é admissível, no atual estágio da ciência processual, que se privilegie uma formalidade em detrimento do direito material discutido e transforme-se o processo em um fim em si mesmo, máxime na hipótese em que a suscitada irregularidade da certidão decorreria do procedimento nada uniforme adotado pelos órgãos do próprio Poder Judiciário e que representa uma realidade tão conhecida por todos os operadores do direito. (...) ²¹⁷.

Nesta seara, impinge dar destaque às palavras de “desabafo” registradas pela Min. Nancy Andrighi ao julgar o REsp nº 1.056.295-RJ:

Como, por vezes, sói acontecer, no direito há tradições que se perpetuam, dia após dia, ano após ano, até o ponto que se tornarem dogmas, verdades dadas e inquestionáveis. Quando isso ocorre, todos já não sabem porque andam em certa direção, mas continuam a caminhar porque sempre foi feito assim. Ocorre que as pessoas mudam, os fatos mudam, a sociedade se transforma e, quando menos se espera, a direção ancestralmente seguida, hoje, já não dá frutos.

Nesses últimos anos venho particularmente me empenhando em **repensar as praxes judiciárias**, confrontando-as com a luz da modernidade, e, não raro constato que muitas delas já não fazem sentido. Essa particular característica da função judicial evidentemente não é fácil de ser enfrentada, pois este viver dialético põe à prova a própria pessoa do julgador, obrigando-o a abandonar cânones que seguiu, em prol de um direito mais consentâneo com a Justiça e com a realidade em que se vive hoje. No entanto, estou certa de que essa é a maior missão de um juiz e, por isso, deve ser levada a cabo sem receios.

(...)

Mais recentemente tenho lutado contra o **exagero de certos formalismos incrustados em nossa jurisprudência ao argumento de que o Direito Processual não pode ser utilizado como “elemento surpresa”, a cercear injusta e despropositadamente uma solução de mérito**. O processo civil dos óbices e das armadilhas é o processo civil dos rúbulas. Mesmo os advogados mais competentes e estudiosos estão sujeitos ao esquecimento, ao lapso, e não se pode exigir que todos tenham conhecimento das mais recônditas nuances criadas pela jurisprudência. O direito das partes não pode depender de tão pouco. Nas questões controvertidas, convém que se adote, sempre que possível, a opção que aumente a viabilidade do processo e as chances de julgamento da causa. **Basta do processo como fim em**

²¹⁷ AgRg no REsp 1172783/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2010.

si mesmo. O processo deve viabilizar, tanto quanto possível, a resolução de mérito. (grifo nosso)

Leonardo Carneiro da Cunha²¹⁸ define o princípio da primazia do julgamento do mérito como a *preferência*, a *precedência* e a *prioridade*, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito. Diz que:

O juiz deve, sempre que possível, superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanção, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. O princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito.

Este princípio parece ser a base para compreensão do “espírito” do NCPC e encontra correspondência em diversos outros dispositivos, dentre os quais podemos mencionar os artigos 280 e 282 que, genericamente, preveem que as irregularidades formais, em sua maioria, podem e devem ser sanadas com o aproveitamento dos atos processuais.

Podemos mencionar ainda, mais especificamente, as previsões que permitem a emenda da inicial na fase de conhecimento (art. 321), na ação de execução (art. 801), na ação rescisória (art. 968, § 5º, II); a emenda dos recursos especiais e extraordinários (art. 1.032); a possibilidade de correção da ilegitimidade (art. 338), a possibilidade de suprir vícios processuais (art. 139, IX, art. 317, art. 352), inclusive na fase recursal (art. 932, § único e 938); a inaplicabilidade imediata da deserção do recurso por falta de preparo (art. 1.007, §§ 2º e 4º); a possibilidade de complementação dos documentos que instruem o recurso de agravo de instrumento (art. 1.017, § 3º).

²¹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>>. Acesso em 15/01/2016, grifo nosso.

Em matéria de recurso especial e extraordinário, podemos dizer que o NCPC buscou eliminar ou ao menos reduzir a mencionada “jurisprudência defensiva”. Andou muito bem o NCPC neste ponto.

Com as disposições contidas nos artigos 218, § 4º e 1.024, § 5º, que preveem, respectivamente, a tempestividade de ato praticado antes do termo inicial do prazo, não se falando mais em recurso prematuro²¹⁹ ou em necessidade de retificação de recurso que tenha sido objeto de embargos de declaração pela parte contrária. Fica assim revogado²²⁰ o enunciado da Súmula 418 do STJ²²¹. Um avanço, certamente.

A exigência constante da Súmula 418 do STJ é exemplo daquilo que alguns doutrinadores chamam de “jurisprudência ofensiva”. A expressão surgiu do repúdio ao excesso de formalismo exigido, especialmente pelo STJ, para a *inadmissão* dos recursos especiais. Dizemos inadmissão porque, em verdade, na ânsia de diminuir o volume de processos, a jurisprudência passou a encontrar em requisitos formais o fundamento para deixar de julgar uma enormidade de recursos, *ofendendo* a garantia de acesso ao judiciário, a isonomia, a segurança jurídica e outros comezinhos princípios do processo.

A esse respeito, Pedro Miranda da Oliveira²²²:

Na tentativa de diminuir o número de recursos, os tribunais passaram a criar óbices jurisprudenciais ao cabimento dos recursos, que assumiram um elevado grau de formalismo, tornando-se verdadeiros obstáculos de acesso às Cortes Superiores, ensejando o não conhecimento de muitas questões jurídicas relevantes, sob o argumento do não preenchimento de requisitos formais. Esse fenômeno ficou conhecido como “jurisprudência defensiva”. No entanto, a referida expressão não reflete sua abordagem e suas consequências.

²¹⁹ “1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Questão de Ordem no REsp nº 1.129.215/DF (DJe 3/11/2015), firmou o entendimento de que o enunciado da Súmula nº 418/STJ deve ser interpretado conforme os princípios da celeridade, da razoabilidade e do amplo acesso à Justiça, de modo que o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios (recurso prematuro) somente se dá quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior. (AgRg no REsp 299.894/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 01/12/2015).

²²⁰ Nesse sentido: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O princípio da primazia do julgamento do mérito recurso no CPC projetado*. Revista de Processo. Vol. 950/2014, p. 107 – 132, Dez / 2014.

²²¹ Súmula 418/STJ: ‘É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação’.

²²² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O princípio da primazia do julgamento do mérito recurso no CPC projetado*. Revista de Processo, Vol. 950/2014, p. 107–132, Dez / 2014.

Aquilo que se convencionou chamar de "jurisprudência defensiva", a nosso ver, é, na verdade, jurisprudência ofensiva: ofende o princípio da legalidade; ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação. Enfim, ofende o bom senso, a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade. É ofensiva ao exercício da advocacia, pois coloca em xeque a relação cliente/advogado. E, dessa forma, ofende a cidadania.

Neste ponto, cuidou o NCPC de estabelecer ao STJ e STF o *poder-dever* de desconsiderar vícios quando não o reputarem graves (art. 1.029, § 3º NCPC). Trata-se de efetivo *poder-dever* porque o “espírito” do NCPC não nos parece possibilitar que estes Tribunais decidam, a seu *bel prazer*, o que é um vício grave. A interpretação deve ser sistemática, e ela nos diz que um vício de gravidade intransponível é a tempestividade²²³ (art. 1.029, § 3º e 1.035, § 6º NCPC), que o erro no preenchimento de guia e recolhimento de custas não é grave (art. 1.007, § 7º e Enunciado 215 FPPC) restando, portanto, superado o enunciado da Súmula 187/STJ²²⁴, assim como não é grave a ausência de procuração (art. 932, § único NCPC), restando superado também o enunciado da Súmula 115/STJ²²⁵.

Houve modificação ainda com relação ao fenômeno do prequestionamento. Segundo dispõe o art. 1.025 do NCPC “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes *erro*, *omissão*, *contradição* ou *obscuridade*”. Quer dizer que, opostos embargos de declaração e não sendo sanado pelo tribunal local o erro, a omissão, a contradição ou a obscuridade, considera-se atendido o requisito do prequestionamento.

²²³ Neste sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres. Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

²²⁴ Súmula 187/STJ: “É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”.

²²⁵ Súmula 115/STJ: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

À obviedade, neste caso, é necessário que a decisão recorrida efetivamente esteja eivada por erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Este dispositivo, a nosso ver, dá por superado o entendimento do STJ compreendido pela Súmula 211, considerado inconstitucional por parte da doutrina²²⁶, e dá voz ao antigo entendimento do STF encontrado nas Súmulas 282 e 356 comentadas no capítulo 2 deste trabalho.

Aqui é importante fazer referência ao art. 489, § 1º do NCPC, que trata de forma bastante exaustiva, da necessidade de motivação e fundamentação das decisões. Embora o dever de fundamentar não seja nenhuma novidade no sistema, pensamos que o dispositivo merece aplausos, pois indica detalhadamente as hipóteses em que uma decisão não será considerada devidamente fundamentada, o que nos permite dizer que, com a interpretação conjunta deste dispositivo com o art. 1.025 do NCPC, “se pode, por meio de embargos de declaração, pleitear que se complete a descrição do quadro fático que ficou comprovado nos autos, para fins de reavaliação da correta decisão, no que diz respeito qualificação dos fatos e à conclusão jurídica a que se chegou”²²⁷. Isto é, ao julgador não cabe simplesmente afirmar que “*analisou conjuntamente o material probatório*” e por isso assim decide, mas proceder com a efetiva apreciação da prova produzida, sem o que, não há efetiva *realização do direito*²²⁸, sendo possível a oposição de embargos de declaração fundados na omissão. Esta ferramenta, entendemos, já poderia ser

²²⁶ “A nosso ver, a Súmula 211 do STJ impôs uma das interpretações sobre o verdadeiro sentido da expressão *causa decidida*, em total discordância da posição anteriormente adotada pela Suprema Corte. Assim, a sua incidência, por si só, constitui uma inconstitucionalidade, por ofender o art. 105, III, da CF, ao dar uma conotação diferente do que seja *causa decidida* – que não aquela do STF – e, acima de tudo, ao acrescentar um requisito de admissibilidade aos recursos excepcionais que a Magna Carta não previu”. (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O princípio da primazia do julgamento do mérito recurso no CPC projetado*. Revista de Processo, Vol. 950/2014, p. 107–132, Dez / 2014).

²²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 1482.

²²⁸ “A realização do direito liga-se a necessidade de que haja apuração de fatos. Se é certo que se deve assegurar, no plano do processo, a existência de mecanismos tendentes a realizar eficazmente os direitos subjetivos, não menos certo é dizer que devem existir, também no processo, instrumentos que permitam atestar, com segurança, a existência de direitos, o que se dá não apenas com correta compreensão do sistema jurídico, mas, também, com o entendimento preciso de como surgiu o direito da parte, no plano dos fatos. A apuração destes fatos se dá, no processo, através da prova”. (MEDINA, José Miguel, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Processo Civil Moderno*, v. 1, 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, [INSERIR PÁGINA]).

utilizada no atual sistema para a finalidade ora sugerida, como tivemos a oportunidade de defender anteriormente²²⁹.

Outra alteração relevante diz respeito ao que chamamos de ampliação do conceito da causa decidida. Segundo art. 941, § 3º, o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento” de modo que podemos defender a revogação do enunciado da Súmula 320 do STJ²³⁰.

O NCPD cuidou de resolver a questão a problemática criada pelo conceito da afronta reflexa. Segundo o STF, a ofensa direta à Constituição seria aquela que ofende a literalidade do dispositivo constitucional, enquanto a afronta reflexa é aquela que ou vai contra o espírito da norma, ou contra um princípio não expresso, ou ainda que expresso, quando este princípio encontra igual previsão infraconstitucional. A contrariedade que permitiria o manejo do recurso extraordinário, portanto, deveria se exibir direta e frontalmente, “dispensando a análise de regras de hierarquia inferior”²³¹.

O paradoxo surgiu quando o STJ não julgava recurso especial se estivesse envolvida matéria que fosse a um só tempo legal e constitucional. Prepondera naquele tribunal o entendimento de que, quando a lei ordinária reflete disposição constitucional, não goza de autorização a propiciar seu exame em recurso especial (STJ 1ª T. REsp 435.893/SP rel. ministro José Delgado, j. 14/10/2003²³², REsp 435893/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/

²²⁹ BONAGURA, Anna Paola. *A possibilidade de reavaliação da prova pelas cortes superiores e a necessidade de adequada motivação*. Coleção Grandes Temas do NOVO CPC - Direito Probatório. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 715.

²³⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O princípio da primazia do julgamento do mérito recurso no CPC projetado*. Revista de Processo, Vol. 950/2014, p. 107 – 132, Dez / 2014.

²³¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

²³² PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DE ATENDIMENTO EM CRECHE A CRIANÇAS DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. O Tribunal de origem analisou as questões relacionadas à exigibilidade em juízo do direito de atendimento em creche a crianças de até seis anos de idade, bem como à possibilidade de o judiciário determinar ao município o cumprimento do referido direito, sob aspectos constitucionais, os quais não podem ser apreciados em sede de recurso especial. 2. Ademais, o dispositivo infraconstitucional apontado como violado (art. 54, IV, da Lei 8.069/90) reflete disposição constitucional (art. 208, IV, da CF), não gozando de autonomia a proporcionar a sua análise pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Precedentes do STJ: REsp 562.501/SP, 2ª Turma, Rel. ministro Humberto Martins, DJ de 12/3/2007, p. 208; REsp 804.595/SC, 1ª Turma, Rel. ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 14/12/2006, p. 282; AgRg no Ag 685.140/SP, 1ª Turma, Rel. ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 19/9/2005, p. 203; REsp 435.893/SP, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão ministro José

Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 1º/03/2004, p. 124²³³ e AI 501740 AgRg, Relator: Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 26/04/2005²³⁴. No mesmo sentido, a Súmula 126 do STJ.

O NCPD cuidou de resolver a questão, dispondo que caso o STF entenda que a questão versada no recurso extraordinário pressupõe a análise da norma infraconstitucional, ou seja, que a afronta é reflexa, o recurso será remetido ao STJ para julgamento como recurso especial (Art. 1.033 NCPD). A sistemática também vale para a hipótese inversa, isto é, caso o STJ entenda que o recurso especial versa sobre questão constitucional, remeterá os autos ao STF, permitindo-se ao recorrente o aditamento da peça recursal para que se manifeste sobre a repercussão geral (Art. 1.032 NCPD). Fica, portanto, revogado o teor da Súmula 636 do STF²³⁵.

Delgado, DJ de 1º/3/2004, p. 124. 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 628.447/SP, Rel. ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/06/2007, DJ 02/08/2007, p. 333).

²³³PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE, AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL.

1. Não se conhece de recurso especial quando a decisão recorrida está sustentada, unicamente, em matéria constitucional. 2. "In casu", as razões desenvolvidas pelo relator do aresto hostilizado, em seu voto vencedor, estão voltadas para interpretar dispositivos da Carta Magna e da Constituição do Estado de São Paulo, não tendo sido apreciado qualquer tema autônomo de direito infraconstitucional. 3. Referência do acórdão recorrido ao Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que esse diploma legal repetiu, em dois de seus artigos, direito subjetivo público assegurado pela Constituição Federal, referente à matéria em apreço. 4. Quando a lei ordinária reflete disposição constitucional, não goza de autonomia a propiciar seu exame em recurso especial. 5. Recurso especial não conhecido. (REsp 435893/SP, Rel. ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 01/03/2004, p. 124). Vencido o relator votando pelo conhecimento do recurso, eis que a matéria é tratada no ECA.

²³⁴ EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. DL 911/69. RECEPÇÃO PELA CF/88. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. III. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posicionou-se, por diversas vezes, no sentido da recepção do DL 911/69 pela CF/88. Precedentes. IV. - Agravo não provido. (AI 501740 AgR, Relator(a): ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 20-05-2005 PP-00022 EMENT VOL-02192-07 PP-01280) No corpo do acórdão: "A alegada ofensa ao preceito inscrito no Art. 5º, LV, da Constituição Federal, acaso configurada, apresentar-se-ia por via reflexa, eis que a sua constatação reclamaria – para que se configurasse – a formulação de juízo prévio de legalidade fundado na vulneração e infringência de dispositivo legal" (AI 145.153/PR, DJ de 14/12/1994).

²³⁵ Neste sentido: OLIVEIRA, Pedro de Oliveira. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.307.

CAPÍTULO 4 - A FUNÇÃO DO STJ E DO STF NO ÂMBITO DOS RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS

O STJ e o STF têm as suas competências definidas nos artigos 105 e 102 da CF/88, dentre as quais se encontram as de julgar os recursos especial e extraordinário, respectivamente, dentro das hipóteses de cabimento previstas nas alíneas dos incisos III dos mencionados dispositivos.

Sabe-se, contudo, que a competência do STF, até o advento da CF/88, era mais ampla do que é hoje, já que aquele Tribunal concentrava em si também a competência que atualmente é do STJ.

Ainda sob a égide da CF/62, antes, portanto, da criação do STJ, afirmava José Afonso da Silva que²³⁶

A função do Supremo Tribunal Federal está em exercer vigilância no sentido de controlar a validade das leis em face da Constituição, defender a autoridade da lei Federal em face do direito estadual e municipal, e ainda vela pela unidade da aplicação do direito federal em todo o país. Vela, em suma, pela constitucionalidade das leis, por sua hierarquia, sua autoridade, sua interpretação uniforme.

Através do recurso extraordinário, dizia, “a constituição armou as partes de um recurso para defesa de seus interesses, e deu ao supremo tribunal federal o instrumento de atuação o cumprimento daquela elevada função”²³⁷. No seu entendimento, contudo, o extraordinário era um recurso de “sentido fundamentalmente **político**, ao servir de instrumento de atuação na manutenção da inteireza, validade, autoridade e unidade do Direito federal e da supremacia da Constituição de República”²³⁸.

Para superar a crise do STF é que se criou o STJ, dividindo-se a competência originalmente atribuída àquele tribunal entre estes dois Tribunais. Diz-se que “nasceu o STJ com a função de absorver parte das tarefas até então

²³⁶ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1962, p.17

²³⁷ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1962, p.17

²³⁸ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1962, p.17

atribuídas ao Supremo Tribunal Federal” cabendo-lhe “a nobilíssima *função* de pacificar a jurisprudência, assegurando a integridade do direito infraconstitucional²³⁹”.

Segundo o Min. Luís Felipe Salomão:

“O Superior Tribunal de Justiça, criado pela constituição da República de 1988 para ser o guardião do direito federal, uniformizando a interpretação da legislação infraconstitucional, funciona, desde a sua instalação, na verdade, como **o grande ‘Tribunal de Cidadania’**. De fato, o destino encarregou essa Corte de Justiça de interpretar, em última instância, os diplomas jurídicos recentes mais importantes para **consolidação da democracia** em nosso país, sobretudo do direito privado²⁴⁰”.

Pois bem. A função precípua do STJ é “proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional”²⁴¹. Já ao STF, segundo consta expressamente do *caput* do art. 102 da CF/88, compete, precipuamente, “a guarda da Constituição”, o que faz de modo difuso, por meio do recurso extraordinário, e concentrado, por meio da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina²⁴² pontuam que a verdadeira função do STF é a de zelar pelo **direito objetivo**, sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação, na medida em que, com o advento da sistemática da repercussão geral, os temas trazidos à discussão tenham relevância para a nação.

Dizer que ao STF cabe a guarda da constituição federal e ao STJ proteger a integridade de a uniformidade de interpretação do direito federal

²³⁹ NORONHA, João Otávio de. *Breves considerações sobre a atuação do Supremo Tribunal de Justiça*. In: FRAZÃO, Ana e TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2011, p. 33.

²⁴⁰ SALOMÃO, Luis Felipe. *O Superior Tribunal de Justiça e a evolução do direito privado*. In: FRAZÃO, Ana e TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2011, p. 23.

²⁴¹ Araken de Assis, *op. cit.* Citando José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 318, p. 589.

²⁴² ALVIM, Arruda. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p. 63-99, citado por LAMBERTUCCI, Leonardo Luis. *op. cit.*

infraconstitucional não basta. Para que possamos compreender qual é a função destes tribunais, faz-se necessário responder a algumas questões:

Ao utilizar a nomenclatura “Supremo” para o STF e “Superior” para o STJ a CF/88 fez alguma distinção entre as duas cortes? A função destes tribunais é de cassação ou de revisão? De controle e uniformização ou de precedentes? É o que pretendemos responder neste capítulo.

4.1 Distinção de Cortes Supremas e Cortes Superiores. O legado da revolução Francesa, do positivismo jurídico e das cortes de cassação.

Segundo Daniel Mitidiero²⁴³, uma das distinções entre Cortes Supremas e Cortes Superiores - e aquela que nos interessa aqui mencionar - está no campo da *interpretação jurídica*.

No seu entender as Cortes Superiores realizam interpretação cognitivista ou formalista, isto é, a interpretação realizada por estas Cortes corresponde a “descobrir o significado intrínseco do texto normativo, incorporado e preexistente à interpretação” ou, segundo menção da doutrina alemã de Wach, a declaração do sentido da lei com a finalidade de “somente fazer o Direito, não para cria-lo”²⁴⁴.

Esta forma de interpretar o direito, ao que nos parece, encontra forte influência do pensamento Iluminista da Revolução Francesa e na teoria da separação dos poderes de Montesquieu²⁴⁵, na qual se apreciava o positivismo jurídico e a interpretação textual da lei²⁴⁶.

A visão do juiz como mero intérprete da lei escrita surgiu, na verdade, como uma reação dos revolucionários contra os Estados Absolutistas, que na busca por um Estado Democrático almejavam impedir que as

²⁴³ MITIDIÉRO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas*. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013, p.39.

²⁴⁴ *idem*.

²⁴⁵ Neste sentido: MACUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 397.

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Ícone, 1909. p. 214

influências externas, especialmente as de ordem política, interferissem na atuação do magistrado²⁴⁷. Neste momento histórico surge também o clamor pela fundamentação das decisões judiciais.

É neste momento histórico que nasce a Corte de Cassação Francesa, com a função de, segundo Calamandrei²⁴⁸, “*quitar vigor jurídico a aquellos actos de poder judicial que chocassen contra la autoridad de la ley*”. Quer dizer o mencionado autor que num primeiro estágio a corte não detinha o poder de uniformização de jurisprudência, mas sim de controlar a legalidade dos atos judiciais: “*Sobre el carácter inicial del Tribunal de cassación creado por la Revolución falta añadia ahora una consideración, acerca de la absoluta ausência, em esta primeira encarnación, de la finalidad que después se convierte em predominantes de unificar la jurisprudência dos tribunales*”.

Como já tivemos oportunidade de defender²⁴⁹, certamente influências perniciosas perdem espaço quando se passa a exigir que as decisões judiciais sejam motivadas, na medida em que trazem transparência às razões de decidir, *legitimam a interferência do judiciário na vida do cidadão* e permitem às partes e à sociedade que exerçam o *controle das decisões judiciais*. Na medida que o juiz fundamenta sua decisão, a parte que eventualmente entender ter sido prejudicada seguramente terá elementos suficientes para requerer o reexame da decisão pelo tribunal, porquanto serão de conhecimento da corte as razões que levaram o magistrado a tomar tal medida, bem como poderá aferir se é a mais correta à luz do caso concreto.

O legado herdado do positivismo pode ser percebido na prática judicial brasileira através da busca pela chamada “vontade do legislador”²⁵⁰. Esta parece a forma que o magistrado encontra para justificar decisões

²⁴⁷ NETO, Olavo de Oliveira. *Princípios processuais civis na constituição – princípio da fundamentação das decisões judiciais*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

²⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civili*, 2v. Milano: Fratelli Bocca, 1920, p. 94.

²⁴⁹ BONAGURA, Anna Paola. *A possibilidade de reavaliação da prova pelas cortes superiores e a necessidade de adequada motivação*. Coleção Grandes Temas do NOVO CPC - Direito Probatório. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 715.

²⁵⁰ Podemos mencionar como exemplo o REsp 1255575/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/08/2011, DJe 08/09/2011.

proferidas em cenários de omissão ou contradição do texto legal, que tornam a subsunção do fato à norma muito dificultosa.

Decorrencia da visão cognitivista, segundo lição de Daniel Mitidiero²⁵¹, seria que a eficácia das decisões das Cortes Superiores incidiria aos fatos passados, sem qualquer influência para além do recurso decidido e sem qualquer efeito vinculante para casos futuros.

Para o autor, as Cortes Supremas funcionam doutro modo. Nestas, ocupa lugar a teoria lógico-argumentativa da interpretação, donde se pressupõe a dissociação entre texto e norma jurídica: norma é o texto interpretado, isto é, a norma outorga significado ao texto a partir de elementos não textuais da norma jurídica. Razão disso é que suas decisões “vinculam toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário, constituindo o precedente a fonte primária do Direito²⁵²”.

Esta teoria interpretativa certamente encontra raízes na inevitável crise do positivismo jurídico decorrente das alterações na concepção de lei e de sua interpretação, donde perdeu sentido a tutela cega da letra da lei²⁵³ para dar lugar à tutela da *norma*.

No que tange ao STJ e ao STF, a nomenclatura utilizada pela CF/88 (Superior Tribunal para o STJ e Supremo Tribunal para o STF) não nos parece ter relevância, já que não gera maiores implicações práticas e não afeta a compreensão da função das duas cortes para a finalidade a que se propõe este trabalho.

Dizemos isso porque, como se sabe, no Brasil compete a estas cortes, por vezes, criar o direito. É o que acontece quando o STF²⁵⁴ decide que deve suprir omissão legislativa em sede de mandado de injunção, como fez no

²⁵¹ *idem*.

²⁵² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas*. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013, p. 53.

²⁵³ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. São Paulo: RT, 2009, p. 63.

²⁵⁴ AI 598212 ED, Relatora Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014).

caso do direito de greve do servidor público²⁵⁵. Naquela oportunidade o STF decidiu que:

“O argumento de que a Corte estaria então a legislar - o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] - é insubsistente. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos”.

O mesmo se diga quando o STF decide que o poder judiciário tem competência para controlar a implementação de políticas públicas. Neste caso, a nossa Corte Suprema defendeu que tal interferência é possível quando se estiver diante de uma “omissão estatal”, ou seja, quando a Constituição Federal instituir determinada política pública e esta não for efetivada pelo Poder Público^{256_257}.

Está-se aqui diante do que se pode chamar de ativismo judicial, ou segundo Teresa Arruda Alvim Wambier²⁵⁸, de criatividade judicial, entendida como o afastamento do juiz de padrões estabelecidos em leis escritas ou precedentes para dar solução a situações empíricas novas e assim significar a evolução do direito.

Nesta seara podemos afirmar que o STJ e o STF são verdadeiras Cortes Supremas, não se sustentando mais, ao nosso ver, o entendimento de que o STF atua apenas como "legislador negativo", como já teve oportunidade de defender o Min. Marco Aurélio ao julgar a Questão de Ordem na ação direta

²⁵⁵ Ao julgar os Mandados de Injunção (MI) n.º. 670, n.º. 708 e n.º. 712, o STF entendeu que “cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia”.

²⁵⁶ REsp 1111743/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 25/02/2010, DJe 21/06/2010.

²⁵⁷ “O posicionamento mais representativo a favor da intervenção do poder judiciário no controle das políticas públicas vem do Supremo Tribunal Federal na ADPF 45”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125).

²⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 11-85.

de inconstitucionalidade 4.357 do Distrito Federal²⁵⁹: Entendemos que é necessário que cortes de vértice se assumam como o seu papel criar o direito quando a situação concreta assim o exigir, tal qual as hipóteses que mencionamos nas linhas pretéritas.

4.2 Considerações sobre as Cortes de Cassação, as Cortes de Revisão e as Cortes de Precedentes. A função monofilática dos recursos especial e extraordinário.

Os recursos especiais e extraordinários, já dissemos, “têm por finalidade primeira a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não, propriamente, a busca da melhor solução para o caso concreto²⁶⁰”. A sua cognição²⁶¹ é restrita aos lindes da *matéria de direito* e aos fatos consolidados pelo tribunal local²⁶², de modo que não lhes cabe dizer como e se os fatos ocorreram, mas apenas subsumi-los à norma, tal qual assumidos pela instância *a quo*.

Com efeito, a finalidade primeira destes recursos é com o direito objetivo – uniformização da interpretação da norma - e não subjetivo das partes, ainda que a sua esfera individual seja indiretamente favorecida. É o que se chama de objetivação dos recursos.

Pode-se dizer, em suma, que a função do STJ é a “proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional”²⁶³ e a do STF, de acordo com o caput do art. 102 da CF/88,

²⁵⁹ Ao refutar a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão que seria ali tomada, diz: “O processo, Presidente, é objetivo. Cumpre ao Supremo, tão somente, proceder ao cotejo do ato impugnado com a Constituição Federal. O Supremo age unicamente como legislador negativo. Jamais, por melhor que seja a intenção, como legislador positivo”.

²⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais, v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344.

²⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo: RT, 2005.

²⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais, v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344.

²⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ...*, n. 318, Forense. Rio de Janeiro p. 589.

precipualemente, a de guardar a constituição federal. Extrai-se daí o que a doutrina denomina de “função nomofilática”.

Segundo lição de Calamandrei²⁶⁴, o termo vem da união das palavras gregas “nomos” (lei) e “filácico” (*phylaktikós* = preservação). Quer dizer, pois, que cabe precipualemente às cortes supremas a função nomofilática, isto é, de zelar pela interpretação e aplicação do direito objetivo de forma tanto quanto possível uniforme. Neste trilha, a função dikelógica, que está associada à busca da justiça no caso concreto, como já mencionamos, possui um papel secundário nas Cortes Supremas²⁶⁵.

Para Daniel Mitidiero²⁶⁶, a função nomofilática da Corte Superior está *na defesa da legislação diante das decisões judiciais*:

É interessante, nessa linha, perceber que a *uniformidade da jurisprudência* aparece aí como um *instrumento* em relação à função de controle desempenhada pela Corte. É preciso fixar a “*esatta interpretazione della lege*” mediante uma *jurisprudência uniforme* a fim de. P. que se possa saber se, ao jurisdicionar, as instâncias ordinárias violaram ou não à legislação. *O que sobressai na atuação da Corte é o escopo de tutela da legalidade mediante o controle das decisões judiciais*”

Em alguns países as Cortes de vértice assumem apenas o papel de cassação, isto é, de cassar as decisões desconformes com a lei ou a constituição, sem proceder o rejuízo da causa, como faz por exemplo, a Corte de Cassação da França²⁶⁷. Em outros, essas as cortes assumem também o papel de revisão, ou seja, de cassar a decisão que afronta a lei ou a constituição rejuízo a causa e aplicando o direito à espécie. É o que faz o STF, segundo enunciado da Súmula 454/STF²⁶⁸ e o STJ segundo enunciado da Súmula 456/STF.

²⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civili*, 2 v. Milano: Fratelli Bocca, 1920, p. 112.

²⁶⁵ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. São Paulo: RT, 2009, p. 71.

²⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Corte Suprema. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 43-44.

²⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 402.

²⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 402

Entendemos, contudo, que em ambas as situações deve estar presente função uniformizadora, pois a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do direito, e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei.

O fato de se permitir que os tribunais não observem as decisões do STJ e do STF e mesmo entre seus órgãos impede que essas Cortes exerçam o seu papel constitucional. Ora, se é permitido aos tribunais decidir em descompasso com os precedentes, o STJ efetivamente não soluciona qualquer divergência.

Sobre o assunto, a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso nos diz:

“Com efeito, se bastasse aos Tribunais Superiores uma interpretação apenas razoável dos textos questionados nos processos, ter-se-ia, forçosamente, que admitir que, presentes duas interpretações possíveis, bastaria ao Tribunal de origem optar por uma delas para que restasse trancada a via excepcional. Dio de outro modo, a defesa do texto constitucional não poderia ser exercida se o STF coonestasse, indiferentemente, as de uma inteligência para o mesmo dispositivo”²⁶⁹.

Por isso que, para Luiz Guilherme Marinoni²⁷⁰ o cabimento do recurso especial não está na simples alegação de violação à lei federal, mas justamente na existência da divergência.

Para este autor, cabe ainda ao STJ solucionar questões novas sobre a qual ainda não haja divergência, devendo ser permitido a ele, em qualquer hipótese, eleger os casos em que irá atuar, à semelhança da repercussão geral aplicável ao STF.

Concordamos com este posicionamento e aqui fazemos referências às tentativas legislativas de institucionalizar esta ferramenta. São as PEC 17 e 209. Ambas pretendem alterar o art. 105 da CF para fazer incluir

²⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 397.

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, pp. 2072-2083.

a necessidade de que questões veiculadas por recurso especial atendam à repercussão geral. A única diferença na redação dos dois textos é que, enquanto a PEC 209 estabelece a manifestação – para recusa do REsp – de dois terços dos membros do "órgão competente" para o julgamento, a PEC 17 prevê a manifestação de dois terços dos membros da Corte Especial.

Nesta seara, o discurso do *Chief Justice* Vonson perante a American Bar Association, em 7/9/1949, afirma que a Suprema Corte Americana não pode ser vista como uma corte de correção:

The Supreme Court is not, and has never been, primarily concerned with the correction of errors in lower court decisions. In almost all cases within the court's appellate jurisdiction, the petitioner has already one appellate review of his case. The debates in the Constitutional Convention make clear that the purpose of the establishment of one supreme national tribunal was, in the words of John Rutledge, of South Carolina, to secure the national rights and uniformity of judgments. The functions of the Supreme Court is, therefore, to resolve conflicts of opinion on federal questions that have arisen among lower questions, to pass upon questions of wide import under the constitution, laws and treaties of the United States, and to exercise supervisory power over lower federal Courts.

Em tradução livre, o trecho diz:

A suprema corte não é nem nunca foi comprometida com a correção dos erros das cortes inferiores. Na maioria dos casos o recorrente já teve uma revisão em sede de apelação do caso. Os debates na convenção constituinte deixam claro que um tribunal supremo nacional era, nas palavras de John Rutledge, da Carolina do Sul, assegurar os direitos nacionais e uniformidade nos julgamentos. **A função da suprema corte é, portanto, resolver conflitos de opinião em questões federais que foram trazidas perante cortes inferiores, supervisionar questões de importância ampla sob a Constituição, leis e tratados norte-americanos e exercer poder de supervisão sobre cortes federais inferiores**²⁷¹.

A esse respeito vale lembrar que a Suprema Corte Americana se faz valer da *rule of four*, detalhada no capítulo 1 deste trabalho, ferramenta

²⁷¹ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o *writ of certiorari*: breve diferenciação. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, 2009, p. 141.

que tem finalidade de filtro semelhante ao instituto da repercussão brasileira, com as distinções já tratadas naquela oportunidade.

Podemos encontrar instrumento congênere também na Corte de Cassação Italiana, cuja previsão, tal qual menciona Giovanni Bonato²⁷² é: “o recurso é inadmissível: 1) quando o provimento impugnado houver decidido as questões de direito em consonância com a jurisprudência da Corte de cassação e o exame dos motivos não ofereceu elementos para confirmar ou mudar aquela orientação; 2) quando for manifestamente infundada a censura relativa à violação aos princípios reguladores do devido processo legal”.

Assim como na sistemática da repercussão geral, “os motivos que levaram o legislador italiano a implantar um mecanismo de limitação ao acesso à Corte de Cassação foram claramente determinados pela necessidade de reduzir o número excessivo de recursos, buscando uma diminuição da carga de trabalho, insustentável para esse órgão da cúpula do Poder Judiciário italiano e, ao mesmo tempo, uma diminuição da duração do processo, a fim de outorgar às partes uma tutela jurisdicional tempestiva, segundo os ditames do princípio constitucional da “duração razoável”²⁷³. Vale dizer ainda que “o recurso de cassação italiano desempenha ao mesmo tempo o papel do recurso extraordinário perante o STF e do recurso especial perante o STJ, sendo o cabível tanto em caso de violações de disposições constitucionais como em caso de violações de disposições infraconstitucionais de qualquer natureza²⁷⁴”

Nos dias atuais, primordialmente o STJ é uma corte de precedentes. É o que leciona Luiz Guilherme Marinoni²⁷⁵, que desenvolve seus ensinamentos no sentido de que o STJ possui influência do tribunal de cassação, afirmando que estas não têm preocupação de garantir uniformidade da interpretação.

²⁷² BONATO, Giovanni. *O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano*. REpro. No prelo. 2016.

²⁷³ idem.

²⁷⁴ idem.

²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. São Paulo: RT, 2013. p. 154

Importante mecanismo de uniformização da interpretação da norma constitucional e infraconstitucional e que vem sendo cada vez mais em voga no sistema processual brasileiro é o sistema de precedentes.

No código de processo civil vigente podemos mencionar (i) Súmula Vinculante (art. 103-A da Constituição Federal), (ii) a súmula impeditiva de recurso (art. 518, § 1º do Código de Processo Civil) e (iii) a possibilidade provimento / improvimento de recursos pelo Relator (arts. 527 e 557 do Código de Processo Civil).

No novo código de processo civil podemos mencionar o art. 927 que prevê a obrigatoriedade de que os juízes e tribunais observem os precedentes, assim entendidos:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Por meio da vinculação aos precedentes das Cortes Supremas busca-se obter maior previsibilidade e estabilidade das decisões (maior segurança jurídica, portanto), dar tratamento isonômico aos litigantes, outorgar maior coerência à ordem jurídica, garantir a despersonalização das demandas e a imparcialidade do juiz, desestímulo à litigância e como consequência de tudo, contribuir à duração razoável do processo e maior eficiência do judiciário²⁷⁶.

Para Luiz Guilherme Marinoni

O respeito aos precedentes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração do processo, privilegiando o autor, réu e os cidadãos em geral. Se os tribunais inferiores estão obrigados a decidir de acordo com os tribunais superiores, sendo o recurso admissível apenas em hipóteses excepcionalíssimas, a parte não tem de necessariamente

²⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p 474.

chegar à corte superior para fazer valer o seu direito, deixando de ser prejudicada pela demora e também de consumir o tempo e o trabalho da administração da justiça. (...) favorece a credibilidade da sociedade no poder judiciário²⁷⁷.

Teresa Arruda Alvim Wambier²⁷⁸ ressalta que a uniformização é bem-vinda e caminha *pari passu* com a previsibilidade e o respeito do princípio da igualdade (certeza do direito).

Aquele mesmo autor prossegue afirmando que “o respeito aos precedentes com a duração razoável do processo e com a economia de despesas, logicamente apontam a uma maior eficiência do judiciário. Se, ao respeitar precedentes, o sistema torna o processo mais célere e barato, não há dúvida que o poder Judiciário se afigura mais eficiente²⁷⁹”.

Segundo já decidido pelo STJ²⁸⁰, essa tendência mostraria evidente aproximação dos sistemas de *common law* e do *civil law*. Comunga desta opinião Teori Zavaski ao afirmar que o Brasil caminha a passos largos para o *common law*²⁸¹.

Ao nosso ver, o sistema de precedentes que vem se desenhando no Brasil se tornará importante mecanismo de estabilização das decisões judiciais, não só no âmbito endoprocessual, como o instituto da coisa julgada, também no âmbito extraprocessual, reforçando assim a efetividade da garantia da segurança jurídica e da isonomia.

A suposta aproximação entre os dois sistemas decorreria da “descoberta” de que a lei é passível de diversas interpretações, de modo a se perder a estabilidade inicialmente buscada. É por isso que Luiz Guilherme Marinoni defende que “a segurança apenas pode ser garantida frisando-se a

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 474.

²⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. “Precedentes e evolução do direito”. *Direito jurisprudencial*, Ed. RT, São Paulo, 2012.

²⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 187.

²⁸⁰ REsp 1111743/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 25/02/2010, DJe 21/06/2010.

²⁸¹ ZAVASCKI, Teori. “Caminhamos a passos largos para o *common law*”. *Conjur.* <<<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>>. Acesso em 06/12/2015.

igualdade perante as decisões judiciais e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes²⁸².

Acreditamos, pois, que merece incentivo o processo atual de vinculação dos precedentes e a aproximação entre o sistema de *common law* e de *civil law*, podendo e aproveitar o que há de melhor em cada um deles e assim, atingir-se a tão mencionada segurança jurídica.

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 99.

CONCLUSÃO

Como se viu, para que se chegasse à realidade do Estado Contemporâneo, a sociedade passou por fases em que reinava o direito natural, fruto dos costumes sociais e extraído de um Estado descentralizado. Com o aumento da complexidade das relações entre os povos e, especialmente, com a influência do Iluminismo, surgiu o Estado e o direito como conhecemos hoje.

Parte dos Estados caminhou para o sistema do *common law* (Estados Unidos e Inglaterra, especialmente) enquanto outra parte dos Estados aderiu ao chamado *civil law*, ou direito codificado. Cada um dos sistemas buscou, ao seu modo, assegurar maior segurança jurídica e estabilidade ao sistema. Contudo, como se viu, a realidade atual aponta para uma aproximação entre os dois sistemas, o que nos parece positivo.

Os recursos especial e extraordinário, como tivemos oportunidade de mencionar, têm por objetivo garantir a efetividade e a uniformidade de interpretação do direito objetivo em âmbito nacional. Por meio deles pretende-se garantir uniformidade na interpretação do direito federal (legal e constitucional) evitando-se, assim, decisões conflitantes.

Segundo pudemos perceber, as Cortes Supremas brasileiras desempenham não apenas uma função de cassação, mas também de revisão, isto é, o rejuízo da causa, mas ainda devem se fortalecer enquanto Cortes de Precedentes.

Acreditamos que merece incentivo o processo atual de aproximação entre o sistema de *common law* e de *civil law* vivenciado pelo Brasil, especialmente pelo sistema de precedentes que vem se formando. Acreditamos que, por meio dele, vivenciaremos o fortalecimento das cortes superiores, e futuramente chegaremos cada vez mais perto da tão almejada estabilidade e segurança jurídica.

Pensamos que a atual jurisprudência do STF e do STJ, no que se refere à admissibilidade recursal, responde ao problema de excesso de processos que os assoberba de trabalho. Contudo, nos parece que a criação de obstáculos que, podemos dizer, praticamente impedem que a maioria dos recursos seja julgado pelas cortes de vértice, acaba por implicar em abandono de garantias constitucionais de acesso ao judiciário, isonomia e segurança jurídica e, por via de consequência, ferindo à sua própria função.

O direito não se extrai apenas do texto da lei escrita, mas também da interpretação que se faz dela a partir de elementos, por vezes não positivados, como valores sociais e mesmo princípios jurídicos.

A partir daí, defendemos que a função das cortes superiores é de interpretar o direito com base não apenas na lei posta, refutando-se assim entendimentos que exigem a violação frontal da constituição federal ou literal do texto infraconstitucional para admissão dos recursos especial e extraordinário, especialmente as súmulas 353 e 400 do STF que consideramos superadas.

Defendemos também que, por vezes, cabe ao magistrado criar o direito ainda que dentro de alguns limites. Nesta seara mencionamos os recentes posicionamentos do STF ao julgar mandados de injunção que tratavam da greve dos servidores públicos e do STJ ao admitir a interferência do judiciário na implementação de políticas públicas.

Há que se cuidar, entretanto, para que no afã de se construir precedentes vinculativos não se extrapole os limites das competências dos poderes. Entendemos que a interferência do judiciário nas políticas públicas é uma possibilidade a ser utilizada com parcimônia e em caráter de excepcionalidade, sob pena de usurpação das competências dos demais Poderes.

REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça do âmbito do recurso especial a relevância das questões*. Revista de Processo, Vol. 96, São Paulo, RT, Dez/1999.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. In: *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

AURELLI, Arlete Inês. *Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial - desnecessidade de prequestionamento*. Revista de Processo (Repro), RT, Vol. 89, 1998.

AURELLI, Arlete Inês. *Função social da jurisdição e do processo (40 anos da teoria geral do processo no Brasil)*. São Paulo: Malheiros, 2013.

AURELLI, Arlete Inês. *Repercussão geral como requisito de admissibilidade do RE*. Revista de Processo (Repro), Vol. 151, RT, p. 140/149, Setembro/2007.

BARBOSA, Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. III, jan. a jun. 2009. Rio de Janeiro. p. 13. Disponível em: <<www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/leonardo-luis-lambertucci.pdf>>.

BOBBIO, Norberto, O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito, Coleção elementos do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAGURA, Anna Paola. *A possibilidade de reavaliação da prova pelas cortes superiores e a necessidade de adequada motivação*. Coleção Grandes Temas do novo CPC - Direito Probatório. Salvador: Juspodivm, 2015.

BONATO, Giovanni. *O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano*. REpro. No prelo. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes dos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf>>

CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civili*. 2v. Milano: Fratelli Bocca, 1920.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 79, v. 654, abr./1990.

CASTRO, Daniel Penteadó. *Poderes instrutórios do Juiz no Processo Civil, Fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Milano: UTET Giuridica, 2009

COMPARATO, Fábio Konder. *Novas funções judiciais no estado moderno*. Revista AJURIS. No 37, julho de 1986.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Princípio da primazia do julgamento do mérito. Disponível em: <<<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>>>. Acesso em 15/01/2016.

DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos*. São Paulo: RT, 2015 .

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6a. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6a. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2009.

FONSECA, João Francisco Naves da. *Efeito devolutivo na apelação e “questões de ordem pública”*. Disponível em <<<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>>. Acesso em 27/03/2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El debido proceso* 2004

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

JUNOY, Joan Picó. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J.M. BOSCH, 1996.

LIRA, Gerson. *A motivação na valoração dos fatos e na aplicação do direito*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 30-35, abr./jun. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. Recurso no processo civil. V. III, São Paulo: RT, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudências e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo do Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009.

MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e matérias de ordem pública no recurso extraordinário e no especial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes. Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – Processo de conhecimento*, v.2. São Paulo: RT, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. *STJ precisa aumentar número de ministro*. Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2012-mar-14/stj-aumentar-numero-ministros-vez-reduzir-recurso>>>.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. *A repercussão geral e o writ of certiorari – breve diferenciação*. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NETO, Olavo de Oliveira. *Princípios processuais civis na constituição – princípio da fundamentação das decisões judiciais*. 2ª tiragem. Ed. Campus. São Paulo. 2008.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

NERY JR., Nelson. *Ainda sobre prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores*. In: _____; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. Coleção RPC. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência defensiva*. REpro vol. 950/2014, dez 2014.

PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso. *A dispensa do prequestionamento como requisito de admissibilidade em matéria de ordem pública*. Dissertação de mestrado em Direito, PUC-SP, São Paulo, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1977.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 14. ed. São Paulo. Malheiros. 2006.

SALOMÃO, Luis Felipe. *O Superior Tribunal de Justiça e a evolução do direito provado*. In: FRAZÃO, Ana e TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O superior tribunal de justiça e a reconstrução do direito provado*. São Paulo: RT, 2011.

SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 3. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963.

TARUFFO, Michele, *Senso comum, experiência e ciência do raciocínio do juiz*. trad. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba, [editor desconhecido], 2001.

SCHETZ, Gleirice Machado. *O Berço do Positivismo Jurídico Moderno e A Escola da Exegese: a herança dessa tradição nas decisões judiciais proferidas por tribunais brasileiros*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Processo e direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*: Editoriale Scientifica. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUCCI, José Rogerio Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo e ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2008

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Precedentes e evolução do direito". Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZACLIS, Lionel. *Direito processual civil americano contemporâneo*. Direito processual civil estadunidense. Coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Lex, 2010.

ZAVASCKI, Teori. "Caminhamos a passos largos para o *common law*". Conjur. <<<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>>. Acesso em 06/12/2015.