

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

O PREQUESTIONAMENTO COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL

Leila Milene Zilli dos Santos

Bacharelanda

FLORIANÓPOLIS

1997

LEILA MILENE ZILLI DOS SANTOS

O PREQUESTIONAMENTO COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL

Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito, Departamento de
Direito, Universidade Federal de Santa
Catarina.

Prof. Eduardo de Mello e Souza

FLORIANÓPOLIS

1997

“O homem nasce bárbaro. Redime-se a besta cultivando-a. A cultura nos transforma em pessoas: e tanto mais, quanto maior for a cultura. Com tal crença, a Grécia pôde chamar o resto do mundo de bárbaro. A ignorância é rude e grosseira. Não existe nada mais educador do que o conhecimento.”

Baltasar Gracián

DEDICATÓRIA

À minha mãe, mulher de alma invejável a quem devo, mais do que a existência, minha eterna gratidão, por todos os preciosos ensinamentos que sempre pautaram minha vida na base pétrea do amor e respeito.

Ao adorável e amado Jef, companheiro invariavelmente presente que, apesar de pouco entender de Processo Civil, auxiliou-me sobremaneira na presente obra.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, meus sinceros agradecimentos ao Professor Eduardo de Mello e Souza, que, além de orientador exemplar, tornou-se um amigo compreensível, acalmando-me nos momentos de aflição.

Às incansáveis amigas Luciana, Andréa e Renata que trilharam comigo este caminho, apoiando-me indeclinavelmente e, em vários momentos, simplesmente tolerando-me.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	04
1 Criação, composição, ingresso e funcionamento	04
2 Ilegitimidade do STF	07
3 Guardião da Constituição	09
4 Corte de superposição.....	12
5 Crise do STF	14
CAPÍTULO II - RECURSO EXTRAORDINÁRIO	16
1 Conceito	16
2 Desenvolvimento histórico	18
3 Previsão legal	19
4 Recurso constitucional.....	23
5 Procedimento.....	24
6 Efeitos	28
CAPÍTULO III - PRESSUPOSTOS RECURSAIS	31
1 Juízo de admissibilidade	32
2 Juízo de mérito	34
3 Pressupostos recursais genéricos.....	35
3.1 tempestividade.....	36
3.2 preparo	39
3.3 legitimação	41
3.4 interesse em recorrer	43
3.5 cabimento	45

3.6 regularidade formal	47
3.7 inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer	49
4 Pressupostos recursais específicos.....	51
4.1 causas decididas em única ou última instância.....	52
4.2 controvérsia em torno da aplicação da Constituição Federal	55
CAPÍTULO IV - PREQUESTIONAMENTO	60
1 Conceito	60
2 Necessidade e finalidade.....	65
3 Omissão da decisão acerca da questão constitucional	69
4 Oportunidade.....	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

Consiste o presente trabalho em monografia, fixada como requisito indispensável à obtenção do grau de bacharel em Direito no Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, conforme a Resolução nº 003/CEPE/95.

O tema a ser analisado com o desenvolvimento da obra é o prequestionamento, enquadrado dentre os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário cível. O enfoque justifica-se na medida em que a maioria dos recursos dessa espécie tem seu conhecimento negado e, conseqüentemente, sua subida aos órgãos superiores impedida pelo não preenchimento deste requisito.

Para melhor compreensão do tema, seccionou-se a presente obra em quatro capítulos que conduzirão o texto de forma estruturada.

No primeiro capítulo será feita uma exposição sobre as características do Supremo Tribunal Federal, órgão competente para a apreciação do recurso extraordinário e responsável pela manutenção da inteireza positiva da Constituição Federal. É de grande importância o entendimento da função e evolução deste Tribunal para a compreensão da importância do prequestionamento em sede de recurso extraordinário.

Em seguida, passa-se a discorrer acerca do recurso extraordinário em sua generalidade, possibilitando uma visão global da forma recursal em questão para o posterior aprofundamento na especialidade do prequestionamento. Nesse capítulo tratar-se-á da conceituação do recurso, visão histórica de sua evolução, seu processamento pelos juízos e dos efeitos que produz.

Vencida a etapa dos esclarecimentos genéricos, tem-se a necessidade da delimitação do tema proposto, sendo suprida pelo terceiro capítulo. Nele apresentar-se-ão os pressupostos recursais com a devida divisão entre gerais e específicos. Estando o prequestionamento inserido dentre os requisitos de admissibilidade específicos do recurso extraordinário, forçoso reconhecer que o capítulo que trata dos pressupostos recursais em sua totalidade tem extremada importância para o perfeito entendimento do tema em sua especificidade.

A exposição de todos os requisitos de admissibilidade e seu exato posicionamento na teoria recursal, conjuntamente com a devida diferenciação entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, proporciona a perfectibilização da proposta da presente obra, qual seja, o devido enquadramento do prequestionamento dentro dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário cível.

Por fim, depois de cuidadosa sistematização do tema, chega-se ao

principal objetivo da obra, sendo ele a conceituação e análise do prequestionamento, examinando-se sua necessidade e finalidade bem como a oportunidade processual para seu cumprimento e as conseqüências advindas de sua não caracterização.

Apesar de todo o esforço empregado, a pretensão de esgotamento do tema mostra-se inviável, posto tratar-se de matéria deveras controvertida, com diferentes interpretações pelos tribunais superiores.

Na realização da presente obra empregou-se o método de abordagem dedutivo, utilizando-se como técnicas a pesquisa bibliográfica. O material apurado foi analisado através do método comparativo.

CAPÍTULO I

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Criação, composição, ingresso e funcionamento

A criação do Supremo Tribunal Federal (STF) ocorreu logo após a proclamação da República, antes mesmo da promulgação da primeira Constituição Republicana. O Decreto nº 510 de 22.06.1890, em seus artigos 54, 55 e 58, instituiu o Tribunal, dispondo ainda, nos artigos posteriores, acerca da sua competência. Por sua vez, a Constituição de 1891 ratificou o que já fora regulado pelo Decreto, ficando estabelecido definitivamente o campo de atuação do STF no âmbito recursal. Ela girava em torno da dúvida acerca da validade ou aplicabilidade de tratado e leis federais (devendo a decisão ter sido contra ela) e validade de leis ou atos de governos dos Estados quando em choque com a Constituição ou leis federais (devendo também ser preteridas as segundas em favor das primeiras).

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal foi criado tendo como base o modelo norte-americano do Supremo Tribunal de Justiça em Washington. Esta idéia já vem do período imperial, sendo D. Pedro II o mentor da sua criação, por entender necessitar o Brasil de um Tribunal aos moldes da Suprema Corte americana, com todo seu zelo pela Constituição e sua organização.

Conforme entendimento de Oscar Vilhena VIEIRA, “sob a inspiração da Suprema Corte americana, o Supremo Tribunal Federal foi concebido como órgão de cúpula do Poder Judiciário, porém, com expressas atribuições políticas, visto que a ele cabia limitar a atuação do Estado aos parâmetros estabelecidos pela Constituição”¹. Embora órgão de cúpula, o STF não chefiava administrativamente os outros órgãos de jurisdição, exercendo a instância de superposição.

O número de ministros integrantes do Supremo não foi sempre uma constante na história deste tribunal. A primeira formação era composta por quinze ministros, conforme dispunha a Constituição de 1891. Em 1934, com o advento de uma nova Constituição Federal, este número foi diminuído para onze, permanecendo inalterado até 1965. Neste ano, através do Ato Institucional nº 2, o número foi novamente elevado, desta vez para dezesseis ministros, número também mantido pela Constituição de 1967. Novamente voltou-se a reduzir o número de integrantes do STF para onze ministros, desta feita pelo Ato Institucional nº 6 de 1969, permanecendo até hoje, com o respaldo da Carta Magna de 1988.

Ao contrário dos outros tribunais, não há ingresso por carreira no STF, ocorrendo, sim, por nomeação do Presidente da República após prévia aprovação da

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal - jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994, p. 71.

escolha pelo Senado Federal. Assim dispõe a Constituição Federal:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
Parágrafo único. Os ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Como exposto, o ministro deverá estar em pleno gozo de seus direitos políticos², ter entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada. Além do previsto no art. 101, ainda há outra restrição na escolha dos ministros desta Corte. Reza o § 3º do artigo 12, também da Constituição, que é privativo de brasileiro nato o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) organiza a estrutura interna do tribunal dispondo-o em duas turmas, cada uma com cinco membros, e o plenário, que será composto por todos os onze ministros. Também dispõe acerca da competência de cada órgão. Importante ressaltar que a competência para apreciar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é do Plenário do Supremo.

² Conforme prelecionam CINTRA, Antônio Carlo de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.177.

2. Ilegitimidade do STF

Justamente da nomeação dos membros da mais alta Corte da República pelo chefe do Executivo que provem a maior ilegitimidade de que está impregnado o Supremo Tribunal Federal. Isto porque ele foi concebido na idéia de guardião da Constituição, principalmente contra atos do Estado que entrassem em conflito com ela. Conforme entendimento de Nelson NERY JÚNIOR “o perfil constitucional de nosso Tribunal Federal Constitucional não se nos afigura o melhor, porquanto carece de legitimidade para apreciar, em último e definitivo grau, as questões constitucionais que lhe são submetidas, já que é órgão do Poder Judiciário cujos membros são nomeados pelo Presidente da República sem critério de proporcionalidade ou representatividade dos demais poderes”³.

Que autonomia teriam os componentes de um tribunal para decidir acerca de arbitrariedades cometidas pelo chefe do Executivo, em desacordo com a Constituição Federal, se foram por ele indicados ?

Como resposta a esta indagação, encontramos na história deste tribunal inúmeras passagens onde este assumiu uma “postura de omissão e docilidade aos governos”⁴. Em 1931 e 1969 alguns ministros foram aposentados compulsoriamente

³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1992, p. 17.

⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op.cit.*, p. 72.

por não aceitarem os regimes de exceção de 30 e 64. Em outra situação, o presidente Floriano Peixoto, incomodado com a atuação do Supremo, deixou de preencher as vagas dos ministros que se aposentavam, com o fito de impossibilitar a atuação do tribunal. Já em 1937, a Carta Constitucional vigente provocou uma alteração na competência do STF, excluindo dela as chamadas questões políticas, possibilitando ainda ao Congresso a reversão da declaração de inconstitucionalidade prolatada pelo Supremo. Não obstante, em 1965, sob o Governo de Castelo Branco, o Ato Institucional nº 2 aumentou o número de ministros de onze para dezesseis, como forma de garantir a maioria de votos a favor do governo.

Assim, com as constantes intervenções do Executivo, o STF não manteve a postura isenta e firme que se esperaria de um Tribunal Constitucional e da mais alta Corte do Judiciário. Com isso, o Supremo Tribunal Federal cedeu, em alguns momentos, aos mandos e desmandos do governo, por não ter se revestido da impermeabilidade às atuações políticas necessária ao perfeito funcionamento de uma corte responsável pela proteção da Constituição contra atos de qualquer poder que tente afrontá-la.

Também como agravante à situação de composição do STF, cabe ressaltar a participação eficaz somente do Poder Executivo, já que ao Legislativo só cabe aprovar ou não o nome indicado, através do Senado Federal (Constituição Federal, art. 101, § único). E a mais espantosa constatação é a de que o Judiciário,

maior envolvido na questão, sequer é consultado quando da formação do tribunal encabeçador de todo o sistema a que pertence. Forçoso reconhece, então, que o ingresso aos quadros do Supremo Tribunal Federal não poderia ser feito de maneira mais tortuosa do que a atual. Não obstante, a nomeação dos ministros componentes do STF tem caráter vitalício.

Todos estes problemas levam o Supremo a refletir em seus julgados a postura adotada ao longo de sua existência. Com a flexibilidade aos mandos do governo, o STF, ao julgar atos governamentais e leis por ele promulgadas, prolatará decisões que restarão impregnadas politicamente, posto que exaradas sem a devida isenção que se deve esperar de uma Corte Constitucional. Assim, a jurisprudência resultante da atuação do Supremo apresenta-se com feição política, constatação incompatível com o grau de responsabilidade que pesa sobre este Tribunal.

3. Guardião da Constituição

Apesar de todo o exposto, o Supremo Tribunal Federal exerce o papel fundamental de guardião da inteireza positiva da Constituição Federal. Cabe a ele o julgamento das causas em que houver discussão que envolva dispositivo constitucional, julgando, originariamente, as ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou

última instância quando a decisão recorrida envolver questão constitucional (art. 102, I, *a* e III, *a*, *b* e *c*). O próprio caput do artigo 102 preceitua:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição ...

O dispositivo acima descrito elenca as hipóteses em que o STF deverá atuar como Corte Constitucional (incisos I, *a* e *p* e III, *a*, *b* e *c*) e outras onde intervêm como garantidor do duplo grau de jurisdição (inciso II) e Corte de Superposição (inciso I, *b*, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *i*, *j*, *l*, *m*, *n*, *o* e *q*).

Tendo como enfoque o papel de guardião constitucional, nota-se sua previsão pelo incisos I alíneas *a* e *p* e III *a*, *b* e *c*. No primeiro inciso estão apontados os casos em que o Supremo Tribunal Federal exercerá o controle concentrado de constitucionalidade, julgando as ações direta de constitucionalidade e inconstitucionalidade e também o pedido de medida cautelar das últimas. No segundo, enumera as causas que serão submetidas ao julgamento do STF em recurso extraordinário. Neste sentido, ao decidir acerca das ações de constitucionalidade (art. 102 § 2º), o Supremo põe em prática sua face mais importante, qual seja, a de protetor da Constituição Federal. Isto porque exerce papel de controle, concreto ou abstrato, de todas as decisões que possam vir a afetar a integridade da Carta Política. Este papel implica inclusive na especialização da natureza desse pleitos perante o Supremo Tribunal, principalmente no tocante aos efeitos de suas decisões terminativas.

Tendo sob mira ainda a Constituição passada, poderia se dizer que “ao Supremo competia, pois, não apenas assegurar a inteireza do direito federal, como também a hierarquia das normas jurídicas, mais especificamente a subordinação das leis ordinárias aos preceitos constitucionais”⁵.

Trazendo para si a competência do julgamento final das causas onde houver dúvida acerca da aplicação constitucional, o Supremo evita que a Constituição seja afrontada diuturnamente por qualquer juiz que tenha em sua frente esta oportunidade. Garante, desta forma, que a Lei reguladora de todos os preceitos fundamentais não seja destruída pouco a pouco pela aplicação errônea de normas e atos inegavelmente inferiores por parte de quem não é competente para sua interpretação última.

Como responsável pela última aplicação do direito à espécie, o Supremo Tribunal emana decisões de tamanha força que inspiraram o insigne jurista Rui BARBOSA em uma tentativa de explicação da importância do STF, assim dizendo: “quando ele se pronuncia, a sua decisão constitui, definitivamente a lei, a mais alta lei do país, e não se pode revogar senão mediante reforma da Constituição”⁶.

⁵ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janir. O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 74, p. 113.

⁶ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 1891.

4. Corte de superposição

Embora o papel de guardião constitucional já serviria como ocupação suficiente a um Tribunal Constitucional, o nosso Supremo também exerce função de órgão judiciário, isto porque representa “o ápice da estrutura judiciária nacional e articula-se quer com a justiça comum, quer com as especiais”⁷. Assegura, ainda, o duplo grau de jurisdição às demandas de competência originária dos Tribunais Superiores e aos crimes políticos, julgando-os em recurso ordinário. Além disso, possui competência originária em alguns casos especiais (descritos na quase totalidade do inciso I do art. 102).

Trata-se de competência estabelecida segundo critérios políticos, seja para evitar que fiquem privados de toda e qualquer instância recursal os *habeas corpus*, *habeas data*, mandados de segurança ou de injunção impetrados diretamente perante os Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE, STM) e denegados (letra *a*), ou seja para maior prudência no julgamento dos crimes políticos (letra *b* - a competência do Supremo para julgá-los em recurso ordinário exclui a que normalmente seria dos Tribunais Regionais Federais: v. art. 109, inc. IV)⁸.

Ademais, “como *cabeça do Poder Judiciário*, compete-lhe a última palavra na solução das causas que lhe são submetidas; tem também a competência para julgar originariamente certas causas relevantes em razão da matéria ou das pessoas

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *et alli. op. cit.* p. 175.

⁸ *supra*, p. 176.

(Const., art. 102, inc. I, *b, c, d, e, f, g, etc.*)”⁹.

Não obstante, por ser marcado pela característica da especialidade, o Supremo Tribunal Federal apresenta-se como órgão de superposição. Isto porque, apesar de não pertencer a nenhuma Justiça, tem a competência para julgar as causas que tenham percorrido todas as instâncias e exaurido todos os graus de jurisdição, tanto da Justiça comum como das especiais. Desta forma, o Supremo sobrepõe-se à elas.

A sobreposição característica do STF está intimamente ligada a excepcionalidade do recurso extraordinário, já que este é interponível contra decisão de qualquer Justiça. Assim, sempre que restar discutida a aplicação da Constituição, independente de onde venha a decisão recorrida, é competente o Supremo para julgá-la em recurso extraordinário.

Estando acima tanto da Justiça comum quanto das especiais, inclusive encabeçando-as, o STF consolida sua supremacia tão bem lembrada em seu nome, Supremo Tribunal Federal.

⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *et alli. op. cit.* p. 176.

5. Crise do STF

Tem-se denominado crise do Supremo Tribunal Federal a séria dificuldade em que se encontra a referida corte, provocada, principalmente, pelo acúmulo de processos de sua competência, na maioria de recursos extraordinários que ali chegam aos montes todos os dias.

A Constituição Federal abriu um grande leque de oportunidades para recorrer-se extraordinariamente. A maioria dos recursos extraordinários encontra guarida na alínea *a* do inciso III, art. 102 da CF. Isto porque os dispositivos constitucionais a que se refere a letra supra citada não são poucos. Pelo contrário, a nossa Constituição é uma das mais extensas tendo 245 artigos, alguns com mais de 50 incisos, dando margem, desta forma, às mais variadas pretensões com bases constitucionais.

Com isso, o Supremo depara-se diariamente com uma enxurrada de recursos extraordinários que, em grande parte, versam sobre temas exaustivamente debatidos anteriormente. De carona com o extraordinário vêm os recursos conexos, tais como agravos, embargos de declaração e divergência. Por isso é que se tem denominado a crise do Supremo como a crise do extraordinário.

Além do excessivo número de recursos recebidos diariamente, o número

de ministros componentes do Supremo não contribui em nada para a superação da dificuldade enfrentada. Conforme destaca Robichez PENNA “17.000 processos-ano julgados por onze Ministros importa em 4,2 processos/dia, por Ministro, contando-se sábados, domingos, feriados, recessos e as férias de janeiro e julho, ocasião em que se supõe que seus membros devam desfrutar de uma forma qualquer de lazer e descanso”, ainda finalizando “a crise do Supremo Tribunal Federal é portanto uma crise de quantidade, que deve ser refreada sob pena de inviabilizar a entidade em mais alguns anos”¹⁰.

Enquanto o Superior Tribunal de Justiça tem trinta e três ministros na composição de seus quadros, o Supremo conta com apenas onze, ficando atrás ainda do Tribunal Superior do Trabalho, com vinte e sete ministros. Este número mostra-se incompatível com a quantidade de trabalho a ele delegado. Embora o número de ministros não consista na única causa da indigitada crise, seu aumento operaria como fator importante na agilização da solução das lides.

Também o acúmulo de funções pelo Supremo Tribunal Federal (guardião constitucional, órgão de cúpula do Judiciário, por vezes funcionando como segundo grau de jurisdição) contribui para o encilhamento de processos nos gabinetes, já que, não bastasse a árdua tarefa de vigilante constitucional, vê-se envolvido também em questões infra constitucionais de sua competência.

¹⁰ PENNA, Robichez. O recurso extraordinário e a crise do Supremo Tribunal Federal. *Revista da associação dos procuradores do município de São Paulo*, São Paulo, n. 8, p.21.

CAPÍTULO II

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

1. Conceito

Definiu-o Humberto THEODORO JÚNIOR como “recurso excepcional, admissível apenas em hipóteses restritas, previstas na Constituição com o fito específico de tutelar a autoridade e aplicação da Carta Magna”¹¹. Tal excepcionalidade mostra-se no sentido de sua previsão pela Constituição Federal, onde se encontram seus requisitos de admissibilidade e sua competência, restando ainda ao Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) regular seu procedimento na corte *ad quem*. A normalidade seria a inteira regulamentação dos recursos pelo Código Processual Civil, o que não acontece neste caso, ocorre sim uma regulamentação do processamento do recurso.

O recurso extraordinário não possui esta designação por sua essência, já que se trata de meio ordinário de impugnação de sentenças, mas sim porque um dia foi dado a si este nome pelo primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), passando aos textos constitucionais posteriores, permanecendo até hoje.

¹¹ THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 588.

Partindo do conceito geral de recursos dado por J. C. BARBOSA MOREIRA como “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna”¹², nunca esquecendo do caráter constitucional da forma recursal em questão, pode-se afirmar que o recurso extraordinário aparece como principal ferramenta do STF (Supremo Tribunal Federal) na guarda da inteireza positiva da Constituição Federal, sempre respeitando o princípio da inércia processual.

Da mesma forma, é a arma processual adequada à pretensão da parte sucumbente que tiver direito constitucional seu violado por decisão judicial irrecorrível.

Sendo assim, o RE (recurso extraordinário) tem por finalidade a garantia última da prestação jurisdicional do Estado a quem tiver afrontada prerrogativa constitucional sem que se instaure novo processo, apenas prolongando a vida da ação originária. A própria competência, posteriormente analisada, mostra a importância dada a este recurso na medida em que outorga ao STF o julgamento da causa em última instância, exercitando seu papel de Corte Constitucional.

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo de. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: RT, 1993, p. 36.

2. Desenvolvimento histórico

O recurso extraordinário tem sua origem no *Writ of error* norte americano instituído pelo *Judiciary Act* de 1789, que permitiu a revisão de decisões finais dos altos tribunais de seus Estados pela Corte Suprema, quando estivesse envolvida a constitucionalidade de leis e legitimidade de normas estaduais, direitos constitucionais e tratados da União.

Ao contrário do acontecido no país de origem, no Brasil ele foi instituído pela Constituição Federal, com o advento da República. A Carta Magna de 1891 previu o remédio recursal no § 1º de seu art. 59 contra decisões de última instância das Justiças estaduais, acolhendo o recurso presente no Decreto nº 848, de 24.10.1890. Porém, a denominação “recurso extraordinário” só apareceu, como já exposto, com o primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em 1894.

A reforma constitucional de 1926 ampliou suas hipóteses de cabimento inserindo, dentre elas, a divergência de interpretação da mesma lei federal por dois ou mais tribunais locais. Criou, assim, um recurso extraordinário *ex officio*, já que poderia ser interposto pelo Procurador-Geral da República ou por qualquer dos tribunais referidos.

As Constituições posteriores regularam a matéria sem muita inovação,

até que, com a promulgação da Carta de 1988, o recurso extraordinário teve seu conteúdo cindido.

Nos termos da Carta vigente, ao RE ficou reservado somente às questões diretamente atinentes à Constituição Federal, como previsto no art. 102, III, *a*, *b* e *c*. Criou-se assim, a figura do recurso especial como forma de abranger toda a matéria órfã do extraordinário, restringindo a questões infra-constitucionais de nível federal. Conjuntamente, nasceu o Superior Tribunal de Justiça tendo como função primordial a preservação das leis federais e competência para o julgamento do recurso especial.

3. Previsão legal

Fazendo uma breve compilação dos dispositivos constitucionais que versaram sobre o recurso extraordinário, obtem-se a seguinte relação:

Constituição de 1891:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a)* quando se questionar sobre a validade ou a applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ella;**
- b)* quando se contestar a validade de lei ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do**

tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas. (sic)

Constituição de 1934:

Art. 76. À Côrte Suprema compete:

(...)

2) julgar:

(...)

III, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em unica ou ultima instancia:

a) quando a decisão fôr contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja applicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar applicação á lei impugnada;

c) quando se constestar a validade de lei ou acto dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar valido o acto ou a lei impugnado;

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva de lei federal entre Córtes de Appellação de Estados differentes, inclusive do Districto Federal ou dos Territorios, ou entre um destes tribunaes e a Côrte Suprema, ou outro tribunal federal;(sic)

Constituição de 1937:

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

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

a) quando a decisão fôr contra a letra de tratado ou lei federal, sôbre cuja applicação se haja questionado;

b) quando se questionar sôbre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar applicação 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 differentes, 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.(sic)

Constituição de 1946:

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

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

a) quando a decisão fôr contrária a dispositivo desta Constituição ou a 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 fôr diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou do próprio Supremo Tribunal Federal;(sic)

Constituição de 1967:

Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes, 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 de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;

d) dar à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.(sic)

Emenda Constitucional nº 1/69:

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 de 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.

Finalmente, está previsto desta forma o recurso extraordinário na Constituição Federal de 1988:

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 em face desta Constituição.

Assim, a Constituição abriga o recurso, define sua competência, impõe os requisitos de admissibilidade e delimita as causas de incidência. O que resta a ser regulamentado, como prazo, preparo, legitimação e procedimento, fica a cargo do Código Processual Civil e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso constitucional

Justamente da regulamentação constitucional do recurso em questão é que provém a sua excepcionalidade.

Normalmente as formas recursais são estabelecidas e reguladas pelo Código Processual Civil. Aqui, no concernente ao mérito, ao provimento do RE, as leis processuais dão lugar à Constituição que restringe as causas de cabimento do extraordinário, fixando toda a matéria abraçada por este recurso.

São permissivos constitucionais as bases do julgamento da causa, que, por encontrarem-se na Constituição Federal, dão ao recurso extraordinário seu *status* de “recurso constitucional”. Também constitucional por sua função de guardião, protetor da Ordem Constitucional, da inteireza positiva da Constituição Federal como mostra o Professor J.C.BARBOSA MOREIRA ao citar PONTES DE MIRANDA, ainda referindo-se ao RE anterior à Constituição Federal de 1988: “ A finalidade do remédio, na sitemática constitucional brasileira, era a de assegurar a *inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação* da Constituição e das leis federais”¹³.

O traçado de seus princípios pela Carta Magna, garante ao recurso

¹³ PONTES DE MIRANDA *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. vol.V. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 522.

extraordinário uma certa “imunidade” às intemperes do legislador ordinário. É notória a diferença na possibilidade de modificações a que estão suscetíveis a Constituição Federal e o Código Processual, tratando-se este de lei federal. Assim ressalta a questão novamente BARBOSA MOREIRA :

não há desconhecer a importância e a delicadeza que se vê chamada a desempenhar (hoje como outrora, conquanto reduzida sua esfera de atuação) a figura recursal sob exame, qual peça do nosso mecanismo político - tomada a palavra em sua mais nobre acepção. É o que justifica, sem dúvida, a consagração do recurso extraordinário em nível constitucional, subtraída ao legislador a possibilidade de eliminá-lo, ou mesmo de restringir-lhe a área de cabimento, que a própria Constituição se incumba de demarcar.¹⁴

Tem assim, função eminentemente política¹⁵, conforme defendido no primeiro capítulo, sem, contudo, perder seu caráter impugnatório e reformatório, sempre presente na modalidade recursal.

5. Procedimento

Trata o Código Processual Civil, em seu art. 541 e incisos, dos requisitos de interposição do recurso extraordinário.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ...*, p. 524.

¹⁵ Conforme entendimento de Humberto THEODORO JR, *op. cit.*, p.589.

Reza que a interposição será feita perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, conforme dispuser o regimento interno do mesmo. Ele irá analisar, ainda que provisoriamente, se estão presentes os requisitos de admissibilidade para então fazer subir os autos ao STF.

A interposição deverá ser feita no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação da decisão recorrida. Tal prazo encontra-se agora regulado pelo art. 508 do CPC como uma forma de unificação de prazos promovida pela Lei 8.950 de 13.12.94 . Terá o recorrido igual tempo para apresentar suas contra-razões, suscitando todos os seus argumentos, quer em relação ao juízo de admissibilidade, quer ao de mérito.

Quando vigorava o texto primitivo do Código Processual, as partes arazoavam duas vezes, uma antes e outra depois da admissão do recurso. Com a nova técnica processual, eliminou-se essa dualidade de fases ficando o recorrente obrigado a fundamentar suas pretensões já na peça de interposição recursal.

O recurso deverá ser encaminhado por petição escrita que conterà obrigatoriamente:

Art. 541. ...

I - a exposição do fato e do direito;

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;

III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

A designação do dispositivo constitucional violado tem levado muitos doutrinadores à discussão de sua real necessidade. Alguns, como J.C. BARBOSA MOREIRA¹⁶ entendem que “é irrelevante o erro na designação do dispositivo constitucional violado”¹⁷ com a ressalva de que o recorrente deve deixar claro o dispositivo pretensamente violado, obedecendo a proposição da Súmula 284 do STF, *verbis* “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. Sendo assim, “se se alega ofensa a norma constitucional (letra *a*), imprescindível se torna especificá-la: absurdo seria deixar ao Tribunal o cuidado de prelustrar todo o texto da Lei Maior para localizar a suposta violação”¹⁸.

Com outro entendimento, em alguns momentos o Supremo Tribunal Federal tem sido rigoroso com os recorrentes que omitem completamente o dispositivo transgredido, apenando-os com o não conhecimento do recurso, conforme mostram alguns julgados¹⁹.

O juízo de admissibilidade será exercido pela primeira vez pelo presidente, ou vice, do Tribunal recorrido que o fará, em decisão fundamentada, no

¹⁶ No mesmo sentido BERMUDEZ, Sérgio. *Comentários ao CPC*. vol. III, p.317; SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 339.

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ...*, p. 529.

¹⁸ *supra*, *idem*.

¹⁹ R.E. nº 112.187, *in* RTJ 130/ 1.166.

prazo de (15) quinze dias estabelecido pelo § 1º do art. 542. Como ensina o sempre citado Prof. BARBOSA MOREIRA “ não compete ao presidente examinar o mérito do recurso extraordinário, nem lhe é lícito indeferir por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos de *admissibilidade* do recurso”²⁰ .

Da decisão que negar seguimento ao recurso, caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, ao Supremo Tribunal Federal, sendo instruído com as peças obrigatórias e outras que as partes julgarem necessárias (art.525, CPC). Ficará a cargo do relator o julgamento do agravo que, se não admitido ou tiver provimento negado, poderá ter decisão novamente agravada, agora de competência do órgão julgador, conforme art. 544 e 545, CPC. A este novo agravo chama-se de regimental por estar previsto nos regimentos internos dos tribunais, neste caso no RISTF, art. 317, devendo ser processado conforme sua descrição. O prazo para a interposição é de 5 (cinco) dias. Com o provimento por parte do órgão competente (Pleno ou uma da Turmas), o recurso extraordinário subirá para apreciação do Supremo.

No caso da mesma decisão dar ensejo à interposição de recurso especial e recurso extraordinário, elas deverão ser feitas simultaneamente e em petições distintas, respeitando a igualdade de prazos e a diferença de competência de Cortes. Porém, o extraordinário terá seu andamento sobrestado até final julgamento do

²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ...*, p. 535.

especial, se aquele não restar prejudicado. Somente se o relator do especial entender a prejudicialidade deste em razão do extraordinário, é que remeterá os autos ao STF para que julgue o recurso de sua competência.

6.Efeitos

O recebimento do recurso extraordinário gera efeitos de natureza unicamente devolutiva, restrita à *federal question* controvertida. A previsão legal encontra-se no § 2º do art. 542 do CPC. A Corte Constitucional não poderá conhecer de matéria de fato ou reexaminar provas²¹, muito menos analisar questões de direito não abrangidas pela impugnação.

Não revestido de efeito suspensivo, o recurso extraordinário não obsta a execução do acórdão recorrido. A Súmula 228 do STF entende que “Não é provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou agravo destinado a fazê-lo admitir”. Na visão de alguns autores²², a referida súmula encontra-se revogada, ainda que tacitamente, pelas legislações posteriores (Lei 8.038/90 e Lei 8.950/94). Tal entendimento é extraído da análise sistemática do Código Processual (arts. 467, 497 e 587) e de suas posteriores modificações. Vejamos os dispositivos processuais:

²¹ Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

²² NEGRÃO, Teothônio. *Código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1265; THEODORO JR, Humberto. *op. cit*, p. 590.

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença ...

Art. 587. A execução é definitiva quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.

Concluiu o mestre Alcides de MENDONÇA LIMA que “o silogismo pode ser facilmente armado com os elementos acima: a) a sentença sujeita a qualquer recurso não gera coisa julgada; b) a execução somente é definitiva quando fundada em sentença que está sob a coisa julgada; c) logo, a sentença (acórdão) na pendência de recurso extraordinário não pode ser executada definitivamente, sendo, apenas provisoriamente”²³

Por óbvio que a execução na pendência de recurso extraordinário não poderia ser definitiva já que carece a sentença, título executivo em que se baseará a execução, da força da coisa julgada material por encontrar-se impugnada por recurso extraordinário.

Desta forma, nota-se que o próprio Código estabelece as regras de definitividade da execução da sentença, restando a súmula referida sem motivo de

²³ MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos recursos cíveis*. apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op. cit.*, p. 100-101.

existência, pois regulava matéria já abrangida, de forma incompatível, pelo competente Código Processual.

Ocorrendo o julgamento do recurso no mérito, a decisão *a quo* jamais transitará em julgado, já que substituída pelo pronunciamento do órgão *ad quem*, este sim sujeito a imutabilidade da coisa julgada.

Ademais, forçoso reconhecer que o título executivo judicial que se pretende ver executado, neste caso, seria o acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgou o recurso extraordinário, já que este substitui, ao conhecer do apelo, a decisão impugnada, conforme dispõe o art. 512 do CPC.

Tal situação somente não se verifica na hipótese do fundamento do recurso consistir em *error in procedendo*, quando o STF anulará a decisão do juízo *a quo* ao dar provimento ao recurso e fará baixar os autos para que outra ali se profira.

Isto acontece, como explica BARBOSA MOREIRA, porque

o julgamento proferido pelo órgão *ad quem* não coincide, no objeto, com o do órgão *a quo*, nem por conseguinte o *substitui*: limita-se a cassá-lo, para que posteriormente se profira, no grau inferior, *nova* decisão. É o que sucede, por exemplo, na hipótese de prover-se apelação interposta contra sentença proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente, ou com infração da regra que proíbe o julgamento *extra petita* (art. 460, *caput*)²⁴.

²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.151.

CAPÍTULO III

PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Por ser o recurso manifestação do direito de ação, também possui seus requisitos de admissibilidade que, embora não sejam idênticos, podem ser comparados às condições da ação. Afirma Nélon NERY JÚNIOR que “repete-se aqui, analogicamente, a exigência das ‘condições da ação’: à possibilidade jurídica do pedido corresponde o cabimento; à *legitimatío ad causam* corresponde a legitimidade para recorrer; e ao interesse processual corresponde o interesse em recorrer.”²⁵

Os pressupostos recursais são condições para o exercício do direito de recorrer consubstanciados no princípio do duplo grau de jurisdição que prevê a “possibilidade de revisão por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau”²⁶.

Embora integrem um conjunto perfeito, os requisitos de admissibilidade e a matéria de mérito são submetidos a exames diferenciados, cada qual com um ângulo próprio, sendo o juízo de admissibilidade sempre e necessariamente anterior ao juízo de mérito. Nos ensina o tão citado Prof. J. C. BARBOSA MOREIRA que

²⁵ NERY JÚNIOR, Nélon. Aspectos da teoria geral dos recursos no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.51, p.159.

²⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *et alli*, p. 74.

“primeiro, cumpre verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que se possa apreciar o conteúdo da postulação (*juízo de admissibilidade*); depois, e desde que o resultado tenha sido positivo - isto é, que o recurso seja *admissível* -, cumpre decidir a matéria impugnada através deste, para acolher a impugnação, caso *fundada*, ou rejeitá-la, caso *infundada* (*juízo de mérito*)”²⁷.

1. Juízo de admissibilidade

É caracterizado por sua antecedência lógica ao exame de mérito. O recurso somente poderá ter seu mérito investigado se preenchidos todos os seus pressupostos, sendo estes os objetos do juízo de admissibilidade.

A competência para apreciação preliminar do recurso, sempre restrita a seus pressupostos, é do juízo *a quo*, porém, cumpre ressaltar que tal decisão é de todo recorrível já que não fica excluída a competência do órgão *ad quem* no exame dos requisitos já apreciados.

Forçoso reconhecer que enquanto o mérito do recurso só poderá ser apreciado pelo órgão a que se dirige, a admissibilidade do mesmo não ficará restrita a um único exame, já que poderá ser analisada nas instâncias inferior e superior.

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo processo ...*, p. 137.

Independentemente de ter seus pressupostos analisados pelo juízo prolator da decisão, o recurso terá novo juízo de admissibilidade quando da apreciação do mérito pelo juízo competente. Tal procedimento se explica na medida em que a preliminar análise dos pressupostos do recurso não caracteriza a preclusão da reapreciação da matéria pelo juízo *ad quem*.

Ensina o doutrinador Nélson NERY JÚNIOR que :

A competência para o juízo de admissibilidade é do órgão *ad quem*. Ao tribunal destinatário cabe, portanto, o exame definitivo sobre a admissibilidade do recurso. Ocorre que, para facilitar os trâmites procedimentais, em atendimento ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade é normalmente diferido ao juízo *a quo* para, num primeiro momento, decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso. De qualquer sorte, essa decisão do juízo *a quo* poderá ser modificada pelo tribunal, a quem compete, definitivamente, proferir o juízo de admissibilidade recursal, não lhe podendo retirar essa competência²⁸.

Aqui poderá vislumbrar-se importante característica do recurso extraordinário, que não tem sua admissibilidade esgotada simplesmente pelo implemento dos pressupostos recursais gerais, mais do que isso, necessita da presença de outros requisitos impostos pela Constituição Federal, posteriormente analisados no ítem 4 deste capítulo, ressaltando sua natureza excepcional.

²⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Prinípios fundamentais ...*, p. 220.

O juízo de admissibilidade mostra-se essencialmente declaratório por certificar a satisfação ou não dos requisitos necessários à oportuna apreciação do mérito do recurso.

2. Juízo de mérito

O juízo de mérito do recurso é caracterizado pelo exame do mesmo por seus fundamentos, decidindo-se se o recorrente tem ou não razão na impugnação da decisão recorrida.

Com exceção ao recurso de agravo, o juízo *a quo* não poderá, em qualquer outra hipótese, manifestar-se sobre o mérito do recurso. A competência para tal feito será do juízo *ad quem* que irá ou não “dar provimento” ao recurso - no caso do extraordinário é dada pela Constituição Federal. Esta nomenclatura foi consagrada pelos nossos tribunais significando a procedência do pedido de reforma da decisão recorrida.

Como explica o tão citado mestre Nelson NERY JÚNIOR, “infelizmente tem-se verificado amiúde o mau vezo de os tribunais estaduais indeferirem o processamento do recurso extraordinário, ingressando no exame do mérito do recurso. É o que se dá, por exemplo, quando o tribunal estadual entende que o acórdão

recorrido ‘não violou a Constituição ou a Lei Federal’ ”²⁹ .

O exame do mérito recursal está condicionado ao implemento de todos os requisitos de admissibilidade. Sendo negativo o juízo de admissibilidade, esta decisão obsta a via recursal, impedindo que o recorrente veja seu recurso julgado pelo mérito no tribunal *ad quem*.

Importante observação a ser feita é a de que se houver julgamento do mérito recursal, a decisão recorrida não transita em julgado, nem mesmo quando o tribunal *ad quem* negar provimento ao recurso. O trânsito em julgado ocorrerá sim sobre o pronunciamento deste órgão .

3. Pressupostos recursais genéricos

São assim denominados por serem comuns a todos os recursos. Em suma, são os requisitos que o Código Processual Civil impõe ao recorrente para o eficaz exercício do direito de recorrer ao órgão imediatamente superior ao que prolatou a decisão impugnada.

Alguns doutrinadores³⁰, adotando a teoria do Prof. BARBOSA

²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos ..., p.157.

³⁰ Dentre eles Néilson NERY JÚNIOR, Rodolfo de Camargo MANCUSO, entre outros.

MOREIRA, têm dividido os requisitos de admissibilidade em duas categorias, quais sejam: requisitos *intrínsecos* (atinentes à própria *existência* do direito de recorrer) representados pelo cabimento, legitimação para recorrer e o interesse em recorrer, e requisitos *extrínsecos* (pertinentes ao *exercício* daquele direito) do qual fazem parte a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo.

Começaremos agora a discorrer acerca desses requisitos na sua individualidade, porém sem fazer qualquer agrupamento ou classificação.

3.1 tempestividade

Para ser admissível, o recurso deve ser interposto no prazo que a lei fixou. O Código Processual Civil regulamenta o tempo do recurso extraordinário, ditando que é de 15 (quinze) dias o prazo para a interposição e resposta do mesmo. O prazo de resposta justifica-se pelo cumprimento do princípio de igualdade das partes, dando a elas igual tempo de defesa e ataque:

O início da contagem do prazo para o exercício recursal é prevista pelo art. 506, CPC, senão vejamos:

Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data:

I - da leitura da sentença em audiência;

II - da intimação às partes, quando a sentença não foi proferida em

audiência;

III - da publicação da súmula do acórdão no órgão oficial.

Parágrafo único. No prazo para a interposição do recurso, a petição será protocolada em cartório ou segundo a norma de organização judiciária, ressalvado o disposto no art. 524

Importante salientar que se aplica ao recurso extraordinário o concernente a contagem de prazos prevista pelos arts. 177 e seguintes.

Desta forma, o prazo para a interposição poderá ser suspenso nos casos de superveniência de férias, de obstáculo criado pela outra parte ou pelo juízo, de perda da capacidade processual das partes ou de seu procurador ou de oferecimento de exceção, sendo ainda oportuna. Com a suspensão, cessa temporariamente o prazo sem prejuízo do lapso temporal já fluído.

Poderá ainda ocorrer a interrupção do prazo de interposição do recurso, onde o termo final ficará sobrestado até extinguir-se o fato que lhe deu causa, sendo restituído o lapso temporal já fluído. São causas de interrupção do prazo para recorrer as enumeradas no art. 507, como o falecimento da parte ou de seu advogado ou a ocorrência de motivo de força maior que suspenda o curso do processo, assegurando o mesmo que “será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação”.

Dispõe ainda o art. 191 que será contado em dobro o prazo para recorrer

em caso de litisconsortes representados por procuradores diversos. Também possui a prerrogativa do cômputo em dobro do prazo recursal, a Fazenda Pública e o Ministério Público (art. 188), além dos beneficiários da Assistência Judiciária (§ 5º do artigo 5º da Lei 1.060/50).

Por ser matéria de ordem pública, a intempestividade poderá ser declarada de ofício pelo tribunal que apreciá-la, conforme entendimento do Ministro Néri da Silveira³¹, conforme decisão proferida no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 151.485 de São Paulo, *in* RTJ 158/252, do qual transcreve-se parte da ementa:

A prova de que o recurso extraordinário cujo processamento se pretende, e objeto de juízo de admissibilidade na Corte *a quo*, é tempestivo constitui sempre elemento indispensável, no julgamento de agravo de instrumento contra o despacho que não admitiu o apelo derradeiro.

(...)

Saber se o recurso extraordinário é tempestivo constitui em qualquer hipótese, preliminar não só ao exame de mérito, mas dos próprios pressupostos específicos para o processamento do recurso extraordinário, inadmitido pelo Presidente da Corte *a quo*, notadamente quando, no despacho agravado, não se afirmou ser o recurso tempestivo. Incumbe, ademais, ao Tribunal *ad quem*, em qualquer hipótese, o exame da tempestividade do recurso que há de julgar.

(...)

A tempestividade do recurso extraordinário é pressuposto de ordem pública de seu cabimento, podendo, destarte, verificar-se de ofício.

Restando esgotado o prazo, ocorre a preclusão do direito de recorrer, justificando-se por ser o referido prazo peremptório, insuscetível de dilação por

³¹ No mesmo sentido *RSTJ* 34/456, *RF* 251/330, *JTA* 87/354.

convenção das partes³².

3.2 preparo

Consiste o preparo no pagamento prévio das custas do processamento do recurso, devendo ser feito pelo recorrente.

No atual sistema processual civil vigora a regra do preparo imediato, introduzida pela Lei 8.950/94 que modificou o art. 511 do CPC que agora está com o seguinte teor:

Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção.

Parágrafo único. São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

A imediatidade do preparo traduz-se na idéia de comprovação simultânea à interposição do recurso do pagamento das despesas de seu andamento. Esta inovação tem causado inúmeras dúvidas no concernente à pena de deserção em caso de preparo posterior ao ato de interposição, ainda que dentro do prazo para a mesma.

A pena de deserção é aplicada quando da falta de preparo oportuno,

³² Conforme entendimento de Humberto THEODORO JR, *op. cit.*, p. 550.

sendo causa de inadmissibilidade do recurso. Poderá o tribunal, ainda que não alegada, decretá-la de ofício, conforme entendimento do STF³³, traduzido no julgamento do Agravo de Instrumento n 147.680 de São Paulo³⁴, senão vejamos:

O preparo constitui indeclinável obrigação jurídico-processual do recorrente. Trata-se de dever legal a que não se pode subtrair-se, em sede recursal, a parte impugnante.

A falta de preparo, no devido prazo, gera a deserção do recurso. Ainda que não alegada, a deserção - que envolve matéria de ordem pública - é cognoscível, *ex officio*, pelo Tribunal, que deverá, sempre, decretá-la para que produza todos os seu regulares efeitos jurídicos-formais.

A deserção, uma vez configurada, opera o trânsito em julgado da própria decisão recorrida.

Ocorre divergência no entendimento acerca do preparo no tempo restante do prazo recursal. Pondera Nelson NERY JÚNIOR que “como a lei fixa o momento em que deve estar comprovado o preparo, exercido o direito de recorrer sem a respectiva comprovação, terá ocorrido *preclusão consumativa* relativamente ao preparo, isto é, o recorrente não mais poderá juntar a guia comprobatória do pagamento, ainda que o prazo recursal não se tenha esgotado”³⁵ tendo a seu lado juristas de escol como Humberto THEODORO JÚNIOR e CARREIRA ALVIM.

Outros, mais tolerantes, entendem de forma contrária. De acordo com

³³ No mesmo sentido RT 503/129 e JTA 47/104.

³⁴ in RTJ 151/278.

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais...*, p. 358.

Cândido Rangel DINAMARCO³⁶, o recurso não preparado no ato de sua interposição poderá sê-lo até o último dia do prazo para recorrer. Assim é que, se a apresentação de razões no prazo do recurso regulariza a apelação interposta sem elas, não há motivo para dar solução diferente ao preparo. A conclusão tirada por esta corrente doutrinária, também seguida por Theotônio NEGRÃO, é a de que efetuado o preparo dentro do prazo recursal, ainda que as razões tenham sido protocoladas anteriormente, o apelo encontra condições de procedibilidade.

No artigo acima citado também faz-se referência às causas de dispensa do preparo, quais sejam, o recurso interposto pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal, dentre eles o recorrente beneficiário da Assistência Judiciária (Lei 1.060/50).

Também estão isentos de preparo os recursos que não importam em despesas de processamento como o agravo retido (art. 522, parágrafo único) e os embargos de declaração (art. 536).

3.3 legitimação

Somente alguns sujeitos estão legitimados para recorrer e o Código Processual Civil enumera quais o são em seu artigo 499. Segundo ele, somente

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1995, p. 164-165.

poderão recorrer da decisão as partes do processo, o terceiro interessado e o Ministério Público.

Entende-se como parte “aquele que interveio como autor ou réu, nele permanecendo até a sentença, na qual se encontra incluído”³⁷. Desta forma, todos aqueles que participaram do processo, mesmo que ingressando no curso do mesmo, e permaneceram nele até a sentença, sendo nela citados, poderão desta recorrer.

Incluem-se na designação de partes o listisconsorte, o oponente, o denunciado a lide, o chamado ao processo, o nomeado a autoria quando aceito pelo autor, o assistente qualificado e o assistente simples, este último com restrições no poder de recorrer. Todas estas figuras processuais integraram a relação em um dos pólos e, com isto, tornaram-se autores ou réus. A restrição ao poder de recorrer do assistente simples provém de sua subordinação à atividade do assistido, sendo assim, ele somente poderá interpor recurso se o assistido permitir ou não vedar.

Além das partes, também poderá recorrer o terceiro prejudicado, assim entendido como aquele que teve prejuízo causado por decisão judicial, com possibilidade de obter vantagem com sua reforma. Há a necessidade de interligação de seu interesse com o da parte vencida para que se configure a legitimação recursal. Somente o terceiro que poderia haver sido assistente de uma das partes terá

³⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais ...*, p. 254.

legitimidade para recorrer. E é ele que deverá demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de recorrer e a relação jurídica em discussão judicial, já que assim preceitua o Código Processual Civil no § 1º do art. 499.

O Ministério Público está legitimado a recorrer nos casos em que foi parte no processo e quando officie como *custos legis*, conforme disposto no § 2º do art. 499, CPC. Para isso, não é imperioso que tenha efetivamente atuado no processo na fiscalização da lei, basta que tenha havido a possibilidade de sua interveniência. Importante ressaltar que o *parquet* não mais estará legitimado a recorrer quando cessar a causa que determinou sua intervenção no processo.

3.4 interesse em recorrer

Conforme entendimento de BARBOSA MOREIRA, “configura-se este requisito sempre que o recorrente possa esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada (*utilidade* do recurso) e, mais, que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar esse objetivo (*necessidade* do recurso)”³⁸.

A necessidade opera-se quando o recurso em questão for o único meio de alcance da reforma pretendida da decisão impugnada. Se o recorrente puder obter a

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo ...*, p. 138.

vantagem pretendida de outra forma, carecerá de interesse recursal. Em relação à utilidade, entende Nelson NERY JÚNIOR³⁹ que a ela estão relacionados os conceitos de sucumbência, prejuízo ou gravame.

Constata-se a sucumbência quando a decisão judicial não contemplar o requerido pela parte no processo colocando-o em situação de vencido, ou ainda, quando ela colocar a parte ou até mesmo terceiro interessado em pior situação que a anterior à propositura da ação. Poderá haver sucumbência recíproca quando ambas as partes obtiveram procedência em parte de seu pedido, havendo dois vencidos.

O art. 499 do CPC deixa bem claro que somente o vencido poderá interpor recurso, sendo assim, a diversidade nos fundamentos em que foi baseada a decisão do alegado pela parte não justifica o recurso, simplesmente por não haver sido vencida a mesma que o alegar. Os motivos da decisão não estão sujeitos a recurso.

Assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal em relação ao recurso extraordinário ao contemplar o assunto nas Súmulas 283, 292 e 528, *in verbis*:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica seu conhecimento por qualquer dos outros.(a

³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais ...*, p.259.

Constituição referida é a de 1946)

Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que sobre qualquer dela se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da interposição de agravo de instrumento.

Assim, a admissão do extraordinário por apenas um dos fundamentos dentre todos que serviram de base para o apelo, não obsta o exame de todos pelo Tribunal *ad quem*.

3.5 cabimento

O recurso, para que seja cabível, necessita da implementação de dois requisitos, quais sejam a adequação e a recorribilidade. Este binômio compõe o conceito de cabimento traduzido na idéia de previsão legal competente do recurso em questão, possibilidade de se recorrer da decisão pretendida e adequação do recurso à espécie de decisão.

Nem todo ato decisório é recorrível. O Código é bem claro ao rezar que dos despachos de mero expediente não cabe recurso (art. 504), e, como os atos do juiz restringem-se a sentenças, decisões interlocutórias e despachos (art. 162), só restam os dois primeiros ao desafio recursal.

Resta agora relacionar as decisões recorríveis aos recursos existentes no código competente e nas lei processuais vigentes.

O Código Processual Civil, em seu art. 496, enumera os recursos cabíveis. Esta relação não é taxativa já que outras forma recursais estão previstas em Leis processuais, v.g., o agravo regimental (regulamentos internos dos tribunais), agravo de despacho presidencial em mandado de segurança (Lei 4.348/64) e recurso no Juizado Especial (Lei 9.099/95).

Assim, em termos genéricos, da sentença caberá apelação; das decisões interlocutórias, agravo; dos acórdãos por maioria de votos em apelação e ação rescisória, embargos infringentes; de decisão que afrontar a Constituição Federal, recurso extraordinário; de decisão que afrontar lei federal, recurso especial; e de decisão que em recurso especial ou extraordinário divergir do já entendido em outro órgão do tribunal competente, embargos de divergência.

Porém, existe um recurso que poderá ser interposto contra qualquer decisão, independentemente do órgão prolator e do grau de jurisdição que a proferiu. São os embargos de declaração, que visam esclarecer dúvida, obscuridade, contradição ou omissão na decisão impugnada.

Apesar da necessidade de adequação do recurso à decisão impugnada, o

entendimento dos tribunais, aqui incluído o STF, é de que a inadequação na interposição recursal, não configura hipótese de nulidade desde que a falta seja contornável.

3.6 regularidade formal

Como qualquer ato processual, o recurso deve obedecer à forma quando esta estiver prescrita em lei. Ela varia entre os tipos recursais, porém encontramos sempre presente a exigência de forma escrita e da fundamentação do recurso em sua petição de interposição, mesmo quando não apareça explicitamente, assim se deve entender.

Especialmente falando em recurso extraordinário, os requisitos formais são enumerados no art. 541 do CPC, *in verbis*:

Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:
I - a exposição do fato e do direito;
II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;
III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Com a interpretação deste artigo, depreende-se o entendimento de que, além da forma escrita e da fundamentação do recurso, deverá o recorrente indicar precisamente dentre os casos previstos no inciso III do art. 102 da Constituição

Federal, o que o autoriza a recorrer extraordinariamente.

Ao falar em demonstração de cabimento do recurso interposto, o legislador ordena que se mostrem cumpridos todos os pressupostos recursais, para que o recurso possa ter seu mérito examinado. Incluem-se aqui os pressupostos específicos, dos quais falaremos oportunamente. Deverá também, o recorrente, expor todos os fatos pertinentes e o direito que os ampara.

A petição de interposição do recurso extraordinário ainda deverá conter as razões do pedido de reforma da decisão impugnada. Esta exigência adveio com a Lei 8.038/90 que retirou do Código Processual Civil os artigos reguladores do recurso extraordinário. Na redação primitiva do Código havia duplicidade de fases no julgamento deste recurso, com a interposição apenas se objetivava a superação do juízo de admissibilidade e só após seu vencimento é que o recorrente era intimado para oferecer as razões do recurso. Apesar de não mais vigorar a referida norma, tal preceito ainda permanece em nosso ordenamento já que a Lei 8.950/94 que posteriormente regulou o assunto manteve este entendimento.

A obrigatoriedade da exposição das razões recursais tem com um dos motivos a ampla garantia do contraditório. Seria impossível possibilitar ao recorrido a oportunidade de contradizer o alegado pelo *ex adverso* se este não apresentasse os motivos de sua insatisfação com a decisão impugnada. Recorrer simplesmente porque

não concorda com o decidido não é possível, deve-se obrigatoriamente explicar o fundamento da irresignação. Ao Tribunal *ad quem* cabe a competência para ponderar entre as razões das partes e a fundamentação da decisão.

Reza ainda o art. 541 que a petição do recurso deverá ser remetida ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, a opção será feita conforme dispuser a lei estadual ou o regulamento interno de cada tribunal.

3.7 inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer

A parte ficará impedida de recorrer se praticar ato incompatível com o exercício desta faculdade. Ocorre que, ao praticar ato de que diretamente tenha resultado a decisão desvantajosa a si, a parte não poderá impugná-la, já que consumada a preclusão lógica que, como explica BARBOSA MOREIRA “consiste na perda de um direito ou de uma faculdade processual por quem tenha realizado atividade incompatível com o respectivo exercício”⁴⁰. É o que preceitua o art. 503 do CPC.

A desistência do recurso também é caso de preclusão lógica, levando conseqüentemente à impossibilidade de exercício do poder de recorrer. É ato unilateral e não tem sua eficácia condicionada ao consentimento da parte contrária. Presume a prévia interposição do recurso, já que a desistência anterior à impugnação da decisão é

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo ...*, p. 139.

chamada de renúncia.

Em relação a expressão “a qualquer tempo”, é necessário ter-se em mente que o recorrente só poderá desistir de seu apelo até o último momento em que lhe caiba manifestar-se antes do julgamento. Assim é o entendimento de grande parte dos doutrinadores⁴¹ deduzindo que “o termo final para a parte desistir do recurso já interposto é a última oportunidade que lhe é dada para manifestar-se na causa”⁴².

A desistência opera como revogação da interposição, promovendo o trânsito em julgado da decisão.

A manifestação da vontade de não interpor recurso de que teria direito é intitulada de renúncia. Poderá ser feita de maneira tácita ou expressa. O primeiro caso ocorre pela simples decadência do prazo recursal, já o segundo exige indubitável manifestação pela parte sucumbente. A previsão legal da renúncia está no art. 502, que também prevê sua unilateralidade e desnecessidade de aceitação da parte contrária. É fato extintivo do poder de recorrer.

Outro fato que acarreta a extinção do poder de exercício do direito ao duplo grau de jurisdição é a aquiescência, que se traduz na expressão do conformismo

⁴¹ Dentre eles José Carlos BARBOSA MOREIRA e Nelson NERY JÚNIOR.

⁴² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais ...*, p. 355.

com a decisão proferida. O art. 503 reza que aquele que aceitar a decisão, expressa ou tacitamente não poderá recorrer. A aceitação deve ser clara e precisa, não admitida sua presunção. Pode ainda ser total ou parcial, conforme refira-se a alguma parte da decisão ou a sua totalidade.

4. Pressupostos recursais específicos

Dada a natureza excepcional do recurso extraordinário, o seu juízo de admissibilidade apresenta-se mais complexo do que o de outros recursos, uma vez que é necessário o implemento de algumas condições a mais para o conhecimento do apelo.

Essas condições são dadas pela Constituição Federal que, ao impor regras específicas para admissão e julgamento do apelo extremo, reveste o recurso de características constitucionais que servirão de ferramentas ao Supremo Tribunal Federal na guarda e proteção da inteireza positiva da Carta Magna.

A Constituição Federal enumera os requisitos de admissibilidade específicos, quais sejam:

4.1 causas decididas em única ou última instância

Para que se proceda o conhecimento do recurso extraordinário é necessário que o recorrente já tenha percorrido todas as instâncias a que poderia requerer a reforma da decisão impugnada.

Aqui constata-se dois elementos a serem preenchidos para que se proceda o exame do extraordinário. A causa precisa ter sido decidida, devendo ver esgotados todos os graus de jurisdição possíveis.

Cumpre-se ressaltar que em diversas oportunidades uma decisão não se sujeitará necessariamente ao duplo grau de jurisdição, constitucionalmente previsto (CF/88, art. 5º LV c/c art.92), antes de possibilitar o acesso a órgão de superposição, notadamente o STF. É porque dada a natureza da decisão recorrida, ou mesmo do recurso contra ela interposto, resta inviabilizada a composição do duplo grau. Trata-se do caso específico dos agravos regimentais, interpostos contra decisão do relator, perante os Tribunais de Justiça dos Estados, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho, ou mesmo do novo agravo instituído pela novel redação do art. 557, do CPC. Mas o legislador constitucional contemplou essa possibilidade (anacrônica face ao Direito Constitucional Processual, mas aceitável, diante da interpretação orgânica das normas), mediante a inserção da expressão “única ou última instância” no art. 102, III, da Constituição Federal de 1988. Não se trata, por

evidente, de conversão do STF em segundo grau de jurisdição, visto que a natureza extraordinária do recurso não se altera, inexistindo qualquer convolação em ordinário. Trata-se, isto sim, de adaptação de uma situação de exceção, mantida a regra geral para os demais casos.

A expressão “causa decidida” significa “uma ação julgada extinta, com ou sem julgamento do mérito, normalmente revista pelo Tribunal prolator do acórdão”⁴³. Assim, não serão passíveis de recurso extraordinário somente as decisões que examinaram o mérito da causa, mas também as que extinguem os processos sem julgamento do mérito, desde que preenchidos todos os outros pressupostos, desafiarão o apelo extremo.

Isto porque a decisão a que se refere o art. 102 da Constituição não se resume à decisão final, examinadora do mérito. E mais, não há limitação quanto “à natureza do processo (de conhecimento, execução ou cautelar), nem quanto à qualidade da decisão (definitiva, terminativa, interlocutória), nem quanto ao tipo de jurisdição em que foi prolatada (contenciosa ou voluntária)”⁴⁴.

Também dentro do conceito de causa decidida está a necessidade de que a matéria objeto da impugnação haja sido ventilada, ou seja, prequestionada⁴⁵.

⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op. cit.*, p. 75.

⁴⁴ *supra*, p. 76.

Outra questão a ser enfrentada é o prévio esgotamento de instâncias. Para que uma decisão possa enfrentar recurso extraordinário é necessário que ela seja final, ou seja, a decisão deverá ter desafiado todos os recursos a que estaria sujeita, esgotando as vias ordinárias de impugnação. Por isso o uso do termo “última instância” pela Constituição Federal, pois a decisão passível de impugnação por meio do extraordinário não o poderá ser por qualquer outra forma recursal, sempre ressalvando os embargos declaratórios.

Assim já sumulou o Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

281. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

A decisão impugnada deverá sempre ser caracterizada pela irrecorribilidade para que preencha mais este requisito de admissibilidade do extraordinário. Ocorrendo a preclusão consumativa pelo exercício de todas as figuras recursais possíveis em relação à decisão impugnada, encontra-se transposto mais este obstáculo.

Também será irrecorrível ordinariamente a decisão de única instância, isto porque esta será também a última. É o caso das instâncias originárias onde a

⁴⁵ A abordagem detalhada acerca do assunto será feita no capítulo 4 desta obra.

decisão ali proferida não encontra amparo em nenhuma outra forma recursal além do extraordinário.

4.2 controvérsia em torno da aplicação da Constituição Federal

Com o estudo do art. 102 da Constituição Federal, podemos observar que os casos de cabimento do recurso extraordinário estão taxativamente enumerados nas alíneas *a*, *b* e *c*. Assim dispõe a Constituição:

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 em face desta Constituição.**

Note-se que as três alíneas prevêm casos de controvérsia na aplicação da Constituição Federal.

E é justamente por apresentar-se o STF como Corte Constitucional que incumbe a ele o julgamento do último recurso possível (com exceção aos embargos de declaração), com a função de dirimir definitivamente qualquer dúvida na aplicação da Carta Magna.

A primeira alínea elencada no dispositivo constitucional supra citado, qual seja, a contrariedade a dispositivo constitucional, costuma ser a mais usada como causa da interposição recursal extraordinária. Isto justifica-se na medida em que ela abrange uma vasta gama, composta por toda a previsão constitucional, que não é pequena. Ela abriga todos os casos não alcançados pelas outras duas alíneas, que tratam de situações mais específicas.

Com esta proteção, qualquer pessoa que tiver direito seu previsto em dispositivo constitucional e violado por decisão judicial da qual não couber outro recurso, terá garantido, se preenchidos todos os outros requisitos de admissibilidade, o direito de recorrer extraordinariamente da referida decisão ao Supremo Tribunal Federal.

Conforme entendimento de Rodolfo de Camargo MANCUSO “contrariamos a lei quando nos distanciamos da ‘mens legislatoris’, ou da finalidade que lhe inspirou o advento; e bem assim quando a interpretamos mal e assim lhe desvirtuamos o conteúdo”⁴⁶. Desta forma, quando assim agimos em relação a uma norma constitucional, estamos contrariando preceito fundamental, amplamente protegido e de tão elevada importância que a própria Constituição Federal lhe reserva formas de assegurar seu fiel cumprimento, ainda que coercitivamente.

⁴⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op. cit.*, p. 112.

A redação que o legislador emprega nas letras *b* e *c* do inciso III do art. 102, CF, é diferente da empregada na letra *sub examine*, já que aqui o verbo contrariar já indica a necessidade de verificação da ofensa à Constituição para que se possa conhecer do recurso, enquanto somente a possibilidade de ofensa já deveria ensejar o reexame da *quaestio jure* por meio do extraordinário. Assim, o conhecimento, neste caso, já implicaria no provimento do recurso. Neste sentido orienta BARBOSA MOREIRA, *in verbis*:

na letra *a*, muito ao contrário, a descrição do texto contém um *juízo de valor*: a decisão que contrarie dispositivo constitucional é decisão, à evidência, incorreta, e como tal merecedora de reforma. Aí, portanto, se ficar demonstrada a realização do ‘tipo’, o recorrente não fará juz ao mero *conhecimento*, senão que ao *provimento* do recurso. Para empregar técnica semelhante à das letras *b* e *c*, deveria o legislador constituinte ter dito na letra *a*: ‘ quando a decisão recorrida *for impugnada sob a alegação de contrariar dispositivo desta Constituição*’⁴⁷

Mostra-se aqui um mal entendido legislativo que leva a um absurdo processual, vincular a admissibilidade de um recurso a sua possibilidade de procedência, como bem explica o insígne Prof. José Carlos BARBOSA MOREIRA, “para chegar-se a conclusão de que um recurso merece provimento é logicamente necessário que, *antes*, se haja transposto a preliminar”⁴⁸. O que presenciamos é a imposição de que o titular do direito constitucional ofendido prove, desde logo, a alegada ofensa para que então se proceda o julgamento do mérito do apelo extremo.

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ...*, p. 525.

⁴⁸ *supra*, *idem*.

O mesmo não ocorre com os requisitos das outras duas alíneas atinentes ao assunto. Tomou mais cuidado o legislador ao elaborar o texto dessas letras empregando as expressões de forma a não condicionar a admissibilidade do recurso ao efetivo implemento da ofensa à Constituição. Deixou livres de qualquer juízo de valor as alíneas *b* e *c*, atendo-se a uma “descrição *axiologicamente neutra*”⁴⁹.

A previsão constitucional da alínea *b* diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. O controle constitucional de que provirá a decisão recorrível extraordinariamente deverá ocorrer de forma concentrada, tendo em vista caso específico.

Como é de notório saber, o controle constitucional dá-se de duas formas, quais sejam a abstrata e a concreta. No primeiro caso a arguição de inconstitucionalidade será suscitada através de ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal que irá prolatar decisão, esta fazendo coisa julgada *erga omnes*. Ocorrendo tal situação não haverá possibilidade de recurso extraordinário, sendo a causa de competência originária do STF e tendo como órgão julgador o pleno do mesmo Tribunal. Sendo assim, o controle abstrato não dá ensejo ao recurso extraordinário.

Na segunda hipótese, quando será exercido o controle concreto, a

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ...*, p. 525.

inconstitucionalidade da lei federal ou do tratado será invocada como causa de pedir, servindo de fundamentação do pedido e nunca como este em si mesmo. A decisão fará coisa julgada somente entre as partes, surtindo efeitos restritos à mesma esfera. Verificada tal situação, a decisão aqui proferida poderá desafiar recurso extraordinário com base na alínea *b*, inciso III do art.102, CF. Isto porque o controle constitucional, neste caso, não chegou, ainda, a quem nele é o maior interessado, já que detentor do papel de Corte Constitucional.

O último permissivo constitucional acerca do extraordinário, alínea *c*, refere-se à validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. O entedimento do conceito da expressão “governo local” é de que sob esta nomenclatura estaria compreendida “autoridade de qualquer dos três Poderes, ou de qualquer órgão que tenha ação nas áreas governamentais”⁵⁰, salientando ainda que exclui-se o âmbito da União.

A decisão *in casu* deverá ter apreciado a matéria julgando válida a lei ou o ato do governo local contraposto à Constituição Federal. Por este motivo, o Supremo Tribunal Federal deverá apreciar novamente a questão constitucional apresentada para impedir que norma constitucional seja preterida em favor de leis ou atos governamentais hierarquicamente inferiores.

⁵⁰ CRETELLA JR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 3104.

CAPÍTULO IV

PREQUESTIONAMENTO

1. Conceito

A conceituação do termo “prequestionamento” tem sido feita com bastante dificuldade por haver grande discussão sobre o tema e nenhuma previsão legal explicitamente acerca da matéria. Conforme palavras de Samuel MONTEIRO, “o prequestionamento é um conceito eminentemente subjetivo e pessoal de quem o emite, afastado de qualquer dose de lógica e razão, pois se estas prevalecessem, haveria imutabilidade para as hipóteses iguais, assemelhadas ou semelhantes, o que não acontece”⁵¹. Ainda sobre o tema e sua falta de regulamentação : “enquanto não for editada uma lei nacional que dê, racional e logicamente, o conceito de prequestionamento, este será a filigrana, a ‘torre de marfim imune à crítica’, baseado no subjetivismo irracional e ilógico”⁵².

Entende-se por prequestionamento, para fins de recurso extraordinário, a ventilação da questão constitucional na decisão recorrida, ou seja, que esta tenha julgado a *federal questio*, manifestando seu entendimento a respeito. O

⁵¹ MONTEIRO, Samuel. *Recurso especial e extraordinário e outros recursos*. São Paulo : Hemus, 1995, p. 61.

⁵² *supra*, p.37.

prequestionamento é entendido como seqüência do debate da causa. Conforme entendimento jurisprudencial, “diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito”⁵³. Aqui encontra-se questão pertinente ao prequestionamento ocorrido de forma implícita ou explícita.

Ocorre o prequestionamento implícito quando, apesar de suscitada a questão constitucional no recurso oportuno (ou contra-razões de recurso), a decisão recorrida não se manifestou a respeito e a parte interessada não interpôs embargos de declaração como forma de exigir o entendimento do órgão julgador. Conforme as palavras de Nelson NERY JÚNIOR a figura do prequestionamento implícito “ocorre quando a questão foi posta em discussão no primeiro grau mas não mencionada no acórdão”⁵⁴.

Há ainda outra corrente que acredita tratar-se de prequestionamento implícito a situação que ocorre quando, apesar de a decisão recorrida versar sobre a questão constitucional discutida, não faz explícita referência ao dispositivo constitucional violado. Esta visão mostra-se um tanto quanto exagerada no rigorosismo atinente ao assunto, representando um “exagero que faria do prequestionamento de *questão* federal ‘prequestionamento de *texto* federal’”⁵⁵. Neste caso, ainda que

⁵³ *in* RTJ 145/315.

⁵⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios ...*, p. 247.

⁵⁵ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janir. O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários, *Revista de Processo*, v. 74, p.119.

implícita a ventilação da questão constitucional na decisão recorrida, encontra-se vencido o requisito de admissibilidade do prequestionamento.

Já o prequestionamento explícito exige a efetiva decisão do órgão julgador a respeito da questão constitucional. Neste caso não basta que os recorrentes tenham alegado em suas razões recursais a controvérsia em torno da aplicação da Constituição Federal, sendo necessário que o tribunal tenha manifestado seu entendimento, decidindo a questão constitucional.

A exemplo do que ocorre com o prequestionamento implícito, doutrinadores mais rigorosos classificam como explícita a abordagem da questão constitucional pelo órgão prolator da decisão quando feita de forma a citar os dispositivos constitucionais pretensamente violados. Como já mencionado acima, é de entender-se que esta exigência caracteriza excesso de formalismo, o chamado prequestionamento numérico, verificando-se a transposição do requisito de admissibilidade ainda que feito de forma implícita.

Tendo-se em consideração a forma de prequestionamento implícita e explícita primeiramente colocadas, chega-se a constatação de que o Supremo Tribunal Federal vêm exigindo reiteradamente que na decisão recorrida o órgão julgador emane seu juízo, proferindo opinião a respeito da questão constitucional. Assim, “para o STF o prequestionamento tem de ser explícito, isto é, o acórdão tem que decidir

efetivamente a questão, ao passo que o STJ tem admitido o prequestionamento implícito”⁵⁶. E ainda “o prequestionamento constitui requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário e pressupõe que a matéria alegadamente atingida tenha sido ventilada e discutida no acórdão recorrido ou, havendo omissão, seja instado a apreciá-la na via de embargos de declaração”⁵⁷.

Não obstante tamanha discussão, alguns doutrinadores mais radicais entendem não ser obrigatória a exigência de prequestionamento para a admissibilidade do extraordinário, justificando que “em nenhum dispositivo do Código ou lei esparsa, aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar a admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, ainda que ambos sejam fundados”⁵⁸ (sic). Apesar do exposto, não é essa a teoria adotada pela maioria dos renomados juristas e dos próprios tribunais responsáveis pela análise da presença deste requisito.

O entendimento predominante é o de que a obrigatoriedade do prequestionamento advém, atualmente, da expressão constitucional “causas decididas” presente no inciso III do art. 102. Usou-se o termo “atualmente” porque outras Constituições, como a de 1891, referiam-se literalmente à necessidade da ventilação da

⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios ...*, p. 247.

⁵⁷ Agravo de Instrumento nº 154.049 in RTJ 159/703.

⁵⁸ MENDONÇA LIMA, Alcides de. Prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, v. 692, p.197.

matéria, naquela época, federal. *In verbis*:

Art. 59. ...

§ 1º...

a) quando se questionar sobre a validade de leis ou a aplicação de tratados e lei federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella.(sic)

Devendo a causa ter sido decidida pelo órgão julgador, este, obrigatoriamente, terá que ter adotado entendimento a respeito da questão constitucional, sob pena de não ter realmente decidido a questão proposta. Novamente citando Nelson NERY JÚNIOR que vem sustentando que a

locução, *causas decididas*, autoriza a exigência do denominado prequestionamento da questão constitucional ou federal, exigência essa feita nos verbetes ns. 282 e 356 da Súmula da jurisprudência predominante no STF, aplicáveis ao RE e também ao Resp. A *questão* objeto dos recursos excepcionais deve ter sido *decidida* pelo órgão judicial inferior, sem o quê não se terá cumprido o requisito constitucional para a admissibilidade desses recursos⁵⁹.

Embora a Constituição atual não faça referência literal ao prequestionamento, não deixa de prevê-lo, enquadrando-o em seu texto sob a expressão “causas decididas” constante do inciso III do art. 102, quando estabelece a competência do Supremo:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (grifo não presente no original)

⁵⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios ...*, p. 246.

Quem decide a causa pronuncia seu juízo sobre a questão proposta. E é isso que se busca, que o tribunal analise a matéria emanando seu entendimento em relação à controvérsia constitucional levada à discussão, tornando a causa decidida.

2. Necessidade e finalidade

Não bastasse a imposição constitucional de que a causa tenha sido decidida, ou seja, tenha sido ventilada na decisão recorrida, também o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal já se firmou a respeito, traduzido no verbete de nº 282 da Súmula da jurisprudência predominante, *in verbis*:

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

A questão federal aqui descrita tem sua justificativa, posto ter sido a súmula editada anteriormente à promulgação da Constituição Federal e já que só com esta a matéria abrangida pelo extraordinário foi reduzida à questões constitucionais.

Como já exposto anteriormente, a característica de especialidade do recurso extraordinário advem da origem de seus pressupostos, e, em se tratando de recurso eminentemente constitucional, a origem dos requisitos de admissibilidade

específicos é a Constituição Federal. É ela que determina a necessidade de que a questão constitucional, objeto do extraordinário, seja examinada por todos os órgãos julgadores competentes, antes de ser levada ao último grau recursal possível.

Como reforço ao imperativo constitucional da decisão da causa, o entendimento predominante do Supremo Tribunal, como mencionado supra, firmou-se no sentido da obrigatoriedade do prequestionamento para a interposição do extraordinário. Tendo como base legal de imposição à exigência a Constituição Federal e como corrente jurisprudencial predominante no mesmo sentido a do Supremo, não há que se negar a necessidade de preenchimento do requisito do prequestionamento para a perfectibilização da interposição do extraordinário.

Apesar da imperiosa necessidade do prequestionamento, haverá situações em que, pela peculiaridade do caso, será dispensada a configuração deste requisito. Isto ocorrerá em duas hipóteses, quando na decisão recorrida ocorrer *error in procedendo*, e quando a controvérsia constitucional ocorrer no próprio acórdão recorrido.

No primeiro caso, o vício de atividade ocorrido na decisão recorrida fará com que se torne impossível o prequestionamento. Ocorre vício no procedimento “quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte. Esta norma de procedimento é aquela determinada pelo ordenamento jurídico como um

todo. Não é preciso viole o juiz texto expresso de lei para caracterizar-se o erro no procedimento; basta que descumpra a regra jurídica aplicável ao caso concreto”⁶⁰. Quando esta regra violada for constitucional, abertas estão as portas do extraordinário. Conforme Samuel MONTEIRO “o *error in procedendo* ou ‘erro do tribunal ou de sua secretaria, no procedimento’, constitui sempre um desvio de aplicação da lei (violação da lei), e é um erro que surge no próprio julgamento, contagiando de nulidade o respectivo acórdão”⁶¹. Justamente por surgir com a decisão de última ou única instância é que se torna inviável tentar-se, por meio de embargos declaratórios, prequestionar a matéria.

Quando a controvérsia acerca da aplicação constitucional surgir na própria decisão recorrida, esta obrigatoriamente terá versado sobre a questão que provocou, havendo, conseqüentemente o questionamento e não o prequestionamento, já que, “se a questão objeto do recurso surgiu no próprio acórdão, por certo que o recorrente não a poderia prequestionar antes”⁶². É este também o entendimento jurisprudencial, pois “nos casos em que a violação à lei federal surge por ocasião do julgamento do acórdão recorrido, o STF tem dispensado o requisito do prequestionamento, *v. g.*, no julgamento com irregularidade na pauta, ou acórdão *extra petita*”⁶³.

⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios ...*, p.212.

⁶¹ MONTEIRO, Samuel. *op. cit.*, p. 53.

⁶² *supra*, *idem*.

⁶³ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Dos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*, v. 62, p. 246.

Com a análise dos escopos do prequestionamento facilmente ficará esclarecido o porquê da necessidade do mesmo. A principal finalidade do prequestionamento é que se torne impossível a surpresa do *ex adverso*. Assim, não é possível deixar guardado o argumento de ofensa à Constituição Federal ocorrida na sentença de primeiro grau, por exemplo, para ser invocado somente em sede de extraordinário. A parte adversa fica protegida, desta forma, de teses novas de que, porventura, venha o recorrente a se valer quando da interposição do extraordinário.

Ao escrever sobre o prequestionamento, DALL'AGNOL JÚNIOR afirma:

o requisito estará atendido tanto que discutida a questão federal no julgamento do recurso ordinário.

O que se não dispensa é que a matéria tenha sido examinada antes da propositura do recurso extraordinário (ou especial), porque, conforme reiteradamente ensinado, aquele tem efeito devolutivo restrito, além de, naturalmente, de fundamentação vinculada, objetivando, conforme já realçado, resguardo da inteireza e uniformização de aplicação do direito objetivo.

(...)

E com efeito assim é, vedado, de regra, o levantamento de questão nova⁶⁴.

Como só será devolvido ao conhecimento do Supremo Tribunal a questão constitucional impugnada e devidamente ventilada na decisão recorrida, nada além disso poderá este tribunal apreciar, sob pena de conceder-se o direito ao

⁶⁴ DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janir. *op. cit.*, p. 117-118.

recorrente de inovar em sede de extraordinário. A esta devolução restrita da controvérsia constitucional, denomina-se o efeito devolutivo limitado de que é provido o extraordinário.

A restrição na devolução da matéria que irá ensejar exame pelo Supremo impede que o recorrente tente inovar com a interposição do extraordinário, restando, conseqüentemente, impossibilitado de surpreender seu *ex adverso*.

Outra finalidade do prequestionamento é justamente a possibilidade de devolução da questão constitucional ao conhecimento do Supremo. Isto porque, se não alegada pela parte e não ventilada na decisão, a controvérsia constitucional não será objeto de extraordinário, inviabilizando o seu conhecimento pelo STF.

A supressão de instância é evitada com a exigência do prequestionamento, sendo este mais um fim seu, já que ao STF não é permitido o conhecimento de recurso que não haja superado todos os graus recursais a que estaria sujeito e que não tenha seu objeto, a questão constitucional, ventilada pela última ou única decisão possível antes do extraordinário.

3. Omissão da decisão acerca da questão constitucional

Em caso da decisão recorrida não se manifestar a respeito da controvérsia constitucional proposta, embora haja alegação desta matéria em razões ou contra-razões recursais, caberá à parte interessada em recorrer extraordinariamente a interposição de embargos de declaração, como forma de exigir que o órgão julgador examine a matéria que deixou de lado, proferindo seu entendimento.

Assim, os embargos de declaração constituem um instrumento eficaz de que poderá se valer o pretense recorrente para ver a questão constitucional proposta resolvida pelo órgão jurisdicional competente naquela fase recursal. Isto se justifica na medida em que cada fase recursal exerce importante papel no preenchimento deste requisito, pois, passado o momento oportuno, não mais poderá alegar o recorrente que o tribunal silenciou acerca de questão de tamanha importância.

Tendo os embargos de declaração a finalidade de esclarecer obscuridades ou contradições e suprir omissões presentes na decisão recorrida, apresentam-se como meio perfeitamente adequado à pretensão do recorrente que visa o extraordinário, já que esse almeja a maior clareza da decisão que verse sobre a questão constitucional alegada.

Se o recorrente não usar, no momento oportuno, da ferramenta hábil que possui contra a falha do julgador na apreciação da questão constitucional, terá deixado seu direito precluir, não podendo invocá-lo em outro momento. Ocorrerá o que se

classificou anteriormente como prequestionamento implícito, onde o recorrente alega a controvérsia constitucional sem ter a decisão recorrida analisado-a.

Também a Súmula da jurisprudência predominante já se manifestou a respeito do assunto quando do lançamento do verbete nº 356, *in verbis*:

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.

Deve-se entender extensivamente aqui a expressão “ponto omissis” como também abrangente à obscuridade e à contradição possíveis de serem constatadas em decisões de mesma natureza.

Como visto, com a não aceitação do prequestionamento feito de maneira implícita, entende-se que a necessidade de se interpor embargos declaratórios, como forma de se esclarecer os julgados e exigir a decisão da causa, encontra respaldo não só no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, mas também, e principalmente, na previsão constitucional de ter sido a causa realmente decidida pelo órgão julgador da decisão impugnada.

Se, apesar de opostos os embargos declaratórios cabíveis e de ter sido devidamente alegada a controvérsia constitucional, o órgão julgador insistir em não

manifestar seu entendimento sobre a mesma, depara-se com uma situação de grande discussão. Uma parte dos doutrinadores pondera que, desta forma, teria como suprido o requisito do prequestionamento. Justifica Samuel MONTEIRO que:

não admitir, nessa hipótese, que o prequestionamento dos temas (das questões) constantes do recurso, do contra-recurso ou do feito originário, omissos na decisão do tribunal local e objetos dos embargos de declaração não estaria satisfeito, seria criar uma condição impossível de acesso ao recurso constitucional através de uma filigrana que estaria disfarçando um argumento de ‘lana capriana’, porque o embargante não tem poderes para obrigar, materialmente, que os membros da corte local cumpram seu dever, emitindo juízo sobre as questões omissas, objeto dos embargos de declaração⁶⁵.

Apesar do exposto, de outra forma tem entendido o Supremo, justificando que “se o Órgão julgador, mesmo advertido sobre o vício ensejador dos declaratórios, deixa de proceder à integração, não há como veicular, com o extraordinário, a questão de fundo. O tema coloca-se no campo do devido processo legal, de vez que a declaração do que decidido cabe à própria Corte julgadora”⁶⁶.

Sobre a questão, também manifestam-se alguns doutrinadores alegando que “interpostos estes, ainda que que o tribunal insista em não apreciar a refeirida questão, *aberta estará a via do recurso especial*” e mais, “a convicção sobre o defeito na entrega da prestação jurisdicional deve ser expressa de forma própria, isto é,

⁶⁵ MONTEIRO, Samuel. *op. cit.*, p.50.

⁶⁶ Agravo de instrumento nº 141.485, *in RTJ* 145/315.

mediante alegação de desrespeito ao devido processo legal”⁶⁷.

4. Oportunidade

A controvérsia em torno da aplicação da Constituição Federal poderá acontecer em diferentes momentos processuais. Não só as sentenças e os acórdãos poderão infringir regras constitucionais, também as decisões interlocutórias poderão ser responsáveis pela afronta a dispositivos constitucionais.

A oportunidade para ventilar a questão constitucional envolvida na decisão será sempre o primeiro momento em que o ofendido terá para falar no processo. Se o órgão julgador emanar entendimento a respeito de questão constitucional de forma explícita, não terá a parte ofendida nenhum encargo a cumprir para que seu posterior reclamo recursal seja conhecido. Mas, se ao contrário, a decisão recorrida ingressar em um dos três permissivos do inciso III do art. 102 da Constituição Federal e não o fizer de forma explícita, terá a parte sucumbente que usar da forma recursal cabível, nela alegando a controvérsia constitucional, para que o órgão jurisdicional competente para o julgamento do mesmo prolate decisão a respeito, versando sobre o tema proposto.

⁶⁷ SOUSA, Jurandir Fernandes de. Aspectos práticos da interposição dos recursos extraordinário e especial. *Revista dos Tribunais*, v. 693, p. 96.

A jurisprudência do Supremo assim tem-se manifestado : “a simples invocação de tema constitucional nos embargos não é apta a caracterizar o prequestionamento, se a parte se absteve de levantar, na oportunidade própria, a questão, descumprindo ônus que lhe competia”⁶⁸. E ainda : “o prequestionamento, que constitui requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, pressupõe debate e decisão sobre o tema proposto. Sem o cumulativo preenchimento desse pressuposto, inviabilizada fica a abertura da instância excepcional, não se revestindo de idoneidade a tardia invocação da matéria, em sede de embargos de declaração”⁶⁹

Como qualquer ato processual, preclui o direito de prequestionar a matéria constitucional se, quando do tempo do recurso cabível à decisão que afrontou a Constituição, o recorrente se absteve de recorrer ou ainda, em recorrendo, não alegou a pretendida ofensa, casos em que o órgão julgador de tal recurso não poderá manifestar-se a respeito, posto que não provocado.

A preclusão atinge assim o direito de ver a matéria constitucional analisada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, por necessitar este de prévio esgotamento das instâncias recursais antes de sua análise. As instâncias foram esgotadas, mas não de maneira correta já que, em alguma decisão da seqüência, o julgador viu-se impedido de apreciar a controvérsia constitucional pela

⁶⁸ Agravo de instrumento nº 154.049 *in* RTJ 159/703.

⁶⁹ *supra*, *idem*.

falta de alegação da parte sucumbente.

Não adianta, pois, em embargos de declaração, requerer que o órgão julgador emane seu entendimento a respeito da controvérsia constitucional, se, no momento próprio, esta mesma parte recorrente não fez a alegação do descumprimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido à íntima ligação existente entre o prequestionamento, pressuposto do recurso extraordinário, e o tribunal competente para a sua apreciação e responsável pela criação de alguns óbices ao atingimento do conhecimento da forma recursal em questão, é que se mostra de suma importância tecer algumas considerações, antes de quaisquer outras, acerca do Supremo Tribunal Federal.

Importante característica do STF, ainda que negativa, é sua excessiva vinculação ao Poder Executivo, posto ser ele o responsável pela indicação dos futuros ministros da Suprema Corte brasileira, sem qualquer critério de proporcionalidade e divisão das vagas entre os integrantes de carreira do Judiciário, Ministério Público e advocacia. Como consequência dessa constatação, advêm a ilegitimidade de seus membros, responsáveis pela última palavra na interpretação das normas constitucionais.

Além do problema da ilegitimidade suportado pelo Supremo, outro que tem levado o Tribunal a certas distorções em seu julgados é a intitulada “crise do Supremo”. Poderia se chamá-la de crise do extraordinário já que é ele o responsável pela grande maioria dos processos que chegam ao Tribunal. Estando os ministros sobrecarregados pelo acúmulo de processos, a qualidade de suas decisões diminui

proporcionalmente ao esforço a que estão submetidos, deixando a desejar na interpretação última da Constituição Federal.

Porém, é a própria Constituição que abre espaço à miríade de recursos extraordinários que adentram diariamente às portas do Supremo, por ser extremamente extensa, abrangendo matérias que não necessitariam de previsão tão nobre. Contendo mais de 200 artigos, alguns com mais de 50 incisos, a Constituição Federal serve de guarida aos mais diversos interesses, ainda que previstos constitucionalmente. Assim sendo, a maioria dos recursos extraordinários vale-se do permissivo constitucional da alínea *a* do inciso III, artigo 102. Não obstante, na carona do extraordinário vêm os recursos conexos, tais como agravos, embargos de declaração e de divergência.

Devido ao exposto, nota-se que o recurso extraordinário tem sido desvirtuado com o seu uso inadequado. Se utilizado da forma como foi concebido, deveria garantir a correta aplicação e inteireza da Constituição Federal. Porém, o que apresenta-se com fato é o costumeiro emprego do recurso em questão como forma de protelar o máximo possível a decisão final da lide, postergando-se a inevitável execução definitiva da sentença.

A complexidade dos pressupostos de admissibilidade caracteriza-se como elemento cerceador da instância última (extraordinária) já que tantos são os óbices a serem transpostos que muitas questões constitucionais ficam pelo caminho por não

vencerem os requisitos de admissibilidade. Assim, “o STF, aproveitando-se da competência que lhe fora alcançada pela ordem constitucional vigente engendrou série de entraves à via extraordinária”⁷⁰

Neste momento, com o foco mais estreitado no prequestionamento, até por ser ele o tema central da presente obra, algumas considerações mostram-se imprescindíveis.

No tocante à sistematização do prequestionamento, importante novamente ressaltar a necessidade de especial atenção ao momento próprio para levar-se a questão constitucional à discussão pelo órgão julgador. Sendo o prequestionamento um requisito que deve ser cumprido em forma de cadeia, ou seja, cumulativamente, o momento exato para a provocação do órgão julgador é a primeira oportunidade que o ofendido tem para manifestar-se no processo. Por isso, ocorrida a controvérsia constitucional, o pretense atingido deverá provocar desde logo o julgador para que emane entendimento a respeito. Desta forma deve ocorrer até que a causa chegue ao STF por via de recurso extraordinário.

Se o órgão julgador se absteve de tecer comentários acerca da questão constitucional, deverá ser novamente provocado pelo ofendido por meio de embargos declaratórios. Se em algum momento processual a parte interessada deixa precluir seu

⁷⁰ DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janir. *op. cit.*, p. 115.

direito de prequestionar a matéria, inviabilizada fica a via recursal extraordinária.

Há que se atentar também para a forma de prequestionamento exigida pelo Supremo Tribunal Federal. Como já exposto, poderão ocorrer duas formas de prequestionamento, quais sejam, a implícita e a explícita. Exigindo o Supremo que a decisão recorrida verse obrigatoriamente sobre o tema constitucional pretendido, adota a forma de prequestionamento explícita, ainda que não a numérica. Desta forma, não basta que a parte interessada provoque, no momento oportuno, o órgão julgador a manifestar seu entendimento a respeito. É necessário que ele efetivamente ventile a *quaestio*, adotando, na decisão recorrida, algum posicionamento.

Ademais, a tendência ao afastamento do prequestionamento implícito, apresenta-se como mais um meio de dificuldade do acesso ao Supremo por via de recurso extraordinário, vinculando-se à crise daquele Tribunal.

Entendimento diverso tem tido o Superior Tribunal de Justiça quando da aceitação do prequestionamento implícito, optando por soluções constitucionais mais bem sucedidas. Deve-se a opção, talvez, ao caráter de legitimidade de seus membros, posto serem escolhidos de forma mais equânime, compondo-se o STJ de terça parte de juízes dos Tribunais Regionais Federais, outra terça parte de desembargadores e o último terço de advogados e membros do Ministério Público (art. 104, CF).

Por fim, depreende-se de todo o exposto que as restrições que a exegese do Supremo Tribunal Federal impôs ao recurso extraordinário, dificultando-o e fazendo de seu atingimento uma verdadeira vitória, derivadas de sua crise estrutural, de identidade e conceitual, conduziram a uma situação de limitação do acesso à justiça, mediante soluções escabrosas como a extinta arguição de relevância e o prequestionamento explícito, dentre outras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- 2 _____. *Comentário ao Código de processo civil*. 6. ed. v. V. São Paulo : Forense, 1993, p. 519-546.
- 3 CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Dos recursos extraordinários e especial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 62, p. 243-249, abr./jun. 1991.
- 4 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- 5 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 5. Rio de Janeiro : Forense, 1992, p. 3101-3105.
- 6 DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janir. O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 74, p. 112-121, abr./jun. 1994.
- 7 LEÃO, Antônio Carlos Amaral. O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 650, p. 236-239, dez. 1989.
- 8 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

- 9 MENDONÇA LIMA, Alcides de. Prequestionamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 692, p. 197-198, jun. 1993.
- 10 _____. Recurso extraordinário e recurso especial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 57, p. 132-139, jan./mar. 1990.
- 11 MILHOMENS, Jônatas. *Dos recursos cíveis*. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- 12 MONTEIRO, Samuel. *Recurso especial e extraordinário e outros recursos*. 2. ed. São Paulo : Hemus, 1995.
- 13 NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 27. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- 14 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*. 3.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- 15 _____. Aspectos da teoria geral dos recursos no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 51, p. 155-163, jul./set. 1988.
- 16 _____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- 17 ____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- 18 PINTO, Nelson Luiz. Recurso especial e recurso extraordinário. *Revista de*

- Processo*, São Paulo, v. 57, p. 114-125, jan./mar. 1990.
- 19 ROCHA, José de Mauro. Dos recursos para o STF e o STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 67, p. 93-102, jul./set. 1992.
- 20 ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- 21 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 483-488.
- 22 SOUSA, Jurandir Fernandes. Aspectos práticos da interposição dos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 693, p. 93-99, jul. 1993.
- 23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. I, 1995.
- 24 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal : jurisprudência política*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.