

ANTONIO GONÇALVES DA MOTA SILVEIRA NETO

O direito superveniente nos recursos extraordinário e especial

**Recife – PE
2008**

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANTONIO GONÇALVES DA MOTA SILVEIRA NETO

O direito superveniente nos recursos extraordinário e especial

Dissertação de mestrado apresentada
ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Católica de
Pernambuco para obtenção do grau de
mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr.
Leonardo José Carneiro da Cunha.

**Recife – PE
2008**

- S587d Silveira Neto, Antonio Gonçalves da Mota
O direito superveniente nos recursos extraordinário e especial /
Antonio Gonçalves da Mota Silveira Neto ; orientador Leonardo
José Carneiro da Cunha, 2008.
125 f.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Direito, 2008.
1. Direito processual. 2. Recurso extraordinário. 3. Recurso
especial. I. Título.

CDU 347.9

O direito superveniente nos recursos extraordinário e especial

Antonio Gonçalves da Mota Silveira Neto

Dissertação aprovada pela Banca Examinadora composta pelos Professores Doutores:

Leonardo José Carneiro da Cunha
(Orientador)

Fredie Didier Jr.

Alexandre Freire Pimentel

Sérgio Torres

RESUMO

O presente trabalho foca no cabimento do *direito superveniente* nos recursos excepcionais, a saber: extraordinário e especial. Contudo, reconhece-se e respeita-se os limites impostos pela necessária exigência do *prequestionamento*, bem como pela *estabilização de demanda*, determinativa de que, após específico momento processual os *elementos subjetivos*(partes) e o *elementos objetivos*(causa de pedir e pedido), restam por inalteráveis. Procura-se, assim, caracterizar os recursos excepcionais, estabelecendo o que há de mais relevante em comum, depois as peculiaridades e hipóteses de cabimento. Ato contínuo, examina-se o *prequestionamento* e sua vertentes. Coloca-se também o necessário estudo dos elementos que *identificam a demanda*, isto é, a *tríplice identidade*, além de, posteriormente, a *estabilização da demanda*, sua gênese e aplicabilidade atual. Por fim, trata-se da temática proposta, buscando sistematizá-la. Busca-se, assim, *conciliar* os institutos propostos, para que as partes em litígio, uma vez respeitado o princípio do contraditório, o ato jurídico e o direito adquirido sejam, efetivamente, beneficiados com o *ius superveniens*.

ABSTRACT

This present study focus on the supervenient law in the exceptionals petitions both “ extraordinário” and “ especial” . However, it is known that there are imposed limits that are included in the prequestioning and also the lawsuit, determined by specific moment of the process when analyzing the subjective elements and the objective elements, that must remains unchangeable. That way, the exceptional petitions can establish, first of all what is the most relevant, then the peculiarities and hypothesis that fits. It is also important to understand the subject to find elements which identify lawsuit, that is the triple identity and also the establishment of the lawsuit, genesis e use nowadays. After all, it is a way of searching searching an ideal system for this approach. At the end, the objective is to bring up together the institute representative, so that the two different areas in a litigation, respecting even the contradictory terms, the law act and also the right acquired, which can be a benefit of the *ius superveniens*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
I - RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL NA QUALIDADE DE RECURSOS “EXCEPCIONAIS”	10
1.1 Aspectos comuns aos recursos extraordinário e especial.....	12
1.1.1 Efeito devolutivo restrito. Recursos de fundamentação vinculada.....	13
1.1.2 Recurso excepcional para fim de reexame de prova e interpretação de cláusula contratual.....	14
1.1.3 Exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias.....	17
1.1.4 Recursos extraordinário e especial retidos (art. 542, § 3º, CPC)	18
1.1.5 Sistema de admissibilidade desdobrado.....	22
1.1.6 Permitem execução provisória.....	23
1.2 Recurso especial.....	25
1.2.1 Breves notas acerca do Superior Tribunal de Justiça.....	25
1.2.2 Considerações gerais acerca do recurso especial.....	26
1.2.3 Cabimento do recurso especial com fundamento na letra “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988.....	28
1.2.4 Cabimento do recurso especial com fundamento na letra “b” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988.....	31
1.2.5 Cabimento do recurso especial com fundamento na letra “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988.....	32
1.3 Recurso extraordinário.....	34
1.3.1 Breves notas acerca do Supremo Tribunal Federal	34
1.3.2 Considerações gerais sobre o recurso extraordinário	35

1.3.3 Cabimento do recurso extraordinário com fundamento na letra “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal de 1988.....	38
1.3.4 Cabimento do recurso extraordinário com fundamento na letra “b” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal de 1988	39
1.3.5 Cabimento do recurso extraordinário com fundamento na letra “c” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal de 1988.....	41
1.3.6 Cabimento do recurso extraordinário com fundamento na letra “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal de 1988.....	41
1.3.7 Repercussão geral.....	42
II - PREQUESTIONAMENTO.....	48
2.1 O recurso de embargos de declaração como instrumento prequestionador e o prequestionamento ficto.....	51
2.2 Prequestionamento implícito e explícito.....	56
2.3 Prequestionamento realizado no voto vencido - enunciado 320 da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	59
2.4 Prequestionamento de terceiro	60
2.4.1 Legitimidade recursal de terceiros.....	60
2.4.2 Prequestionamento de terceiro.....	62
2.5 Prequestionamento e matéria de ordem pública	64
2.5.1 Matéria de ordem pública	64
2.5.2 Prequestionamento e matéria de ordem pública.....	66
III - ELEMENTOS QUE IDENTIFICAM UMA DEMANDA.....	69
3.1 Partes.....	71
3.2 Causa de pedir.....	74
3.2.1 A teoria da individualização.....	77
3.2.1 A teoria da substanciação.....	78

3.2.3 A opção do direito pátrio quanto às teorias da substanciação e da individualização.....	79
3.2.4 A causa de pedir nos recursos excepcionais.....	82
3.3. Pedido.....	83
IV - ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA.....	85
4.1 Contornos gerais de uma estrutura processual rígida.....	88
4.2 Contornos gerais de uma estrutura processual flexível.....	89
4.3 Momentos da estabilização da demanda no processo civil brasileiro.....	90
V - O DIREITO SUPERVENIENTE.....	96
5.1 Confronto entre os artigos do Código de Processo Civil 264, condizente com a estabilização da demanda, e 462, pertinente ao direito superveniente.....	100
5.2 Confronto entre os artigos do Código de Processo Civil 300, condizente ao princípio da concentração, e 303, I pertinente com o direito superveniente.....	102
5.3 Questões de fato não invocadas por motivo de força maior em sede de apelação	104
5.5 O direito superveniente nos recursos extraordinário e especial.....	106
VI. CONCLUSÕES.....	117
REFERÊNCIAS.....	128

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a admissibilidade do *ius superveniens* nos recursos extraordinário e especial, identificando, para tanto, as principais questões que norteiam a temática.

Com efeito, o *direito superveniente*, estabelecido principalmente pelo artigo 462 do Código de Processo Civil, garante ao jurisdicionado que o inédito e atual contexto fático e jurídico surgido no momento da produção da decisão final de mérito seja considerado no julgamento e não apenas e tão somente se tenha como relevante a *causa petendi* estampada na petição inicial de responsabilidade do autor, nem só o que fora registrado sob o pálio de fato e direito presentes no âmbito da contestação.

Todavia, o *direito superveniente* encontra outras normas presentes na mesma legislação que, em primeira análise, estabelecem regra em contrário. Em evidência apresenta-se o artigo 264 do Código de Processo Civil, principal fonte legal para a *estabilização da demanda*, determinante que após específicos momentos processuais os elementos subjetivos (partes) e objetivos (causa de pedir e pedido) não podem sofrer alteração.

Assim, o presente estudo, entre outros objetivos, busca harmonizar o regramento aplicável ao *direito superveniente* e a *estabilização da demanda*, possibilitando, assim, viabilizá-los mutuamente e simultaneamente, sem, contudo, deturpá-los.

O trabalho está desenvolvido em cinco capítulos. No primeiro, examina-se, de início, os principais e mais relevantes aspectos comuns aos recursos extraordinário e

especial, relacionando-os com a doutrina e a jurisprudência. Em seguida, ainda no primeiro capítulo, faz-se análise do que é peculiar ao recurso especial depois ao recurso extraordinário, identificando, uma a uma, todas as hipóteses constitucionais que lhes fornecem cabimento.

O segundo capítulo, por sua vez, em razão da sua relevância, é dedicado exclusivamente ao *prequestionamento*, na qualidade de um dos inafastáveis requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. Buscar-se-á, para tanto, identificar todas as suas vertentes, a exemplo do *prequestionamento ficto, explícito e implícito*, justificando a destinação de um capítulo exclusivo ao *prequestionamento* na medida em que representa verdadeiro “divisor de águas” para fim de acatamento ou não do *direito superveniente* quando pertinente aos recursos extraordinário e especial.

No âmbito do terceiro capítulo, examina-se os elementos que identificam uma demanda, isto é, sua tríplice identidade, assim formada: partes, causa de pedir e pedido. Intenta-se, nesse contexto, abordar o conceito de parte; as teorias que compreendem o conteúdo da *causa petendi*; bem como o pedido.

Em contínuo, no quarto capítulo, já estabelecidos todos os elementos que integram a *tríplice identidade*, aborda-se a *estabilização da demanda*, tipificando a escolha do processo civil pátrio por uma estrutura rígida, ao reverso das estruturas flexíveis, impossibilitando, assim, a alteração dos *elementos objetivos* (causa de pedir e pedido) a qualquer tempo.

Por fim, é no quinto capítulo que se inicia, propriamente, o estudo do *direito superveniente*, produzindo-se confrontos com o instituto e as principais regras jurídicas que norteiam a *estabilização da demanda*, buscando, sempre, compatibilização. Ato

contínuo, dentro do mesmo capítulo, analisa-se o *ius superveniens* frente aos recursos extraordinário e especial, enquanto cerne do presente estudo, defendendo as peculiaridades e observâncias necessárias. Para tanto, realiza-se uma partição entre a incidência do *direito superveniente* nos recursos excepcionais antes e depois dos respectivos juízos de admissibilidade.

Outrossim, o método empregado no presente estudo consiste na análise do direito consoante sua fonte legal e da interpretação que a doutrina, predominantemente nacional, e a jurisprudência dos tribunais superiores, a saber: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, conferem. Cita-se também a doutrina estrangeira, com a finalidade de buscar o entendimento de autores estrangeiros e, assim, compreender experiências contemporâneas e diversas daquela experimentada localmente. No que tange às citações bibliográficas, o método utilizado é o completo, indicando, por conseguinte, o autor, título, local, editora, ano, item e página, remetendo-se para o rodapé suas referências, bem como as observações, explicações e registros quando tidos como indispensáveis para a integral compreensão do texto.

I. Recursos extraordinário e especial na qualidade de recursos “excepcionais”.

É corrente na doutrina pátria¹ classificar um recurso como *excepcional*, também tido como de *superposição* ou *ordinário*.

O critério maior para tipificar um recurso como ordinário ou excepcional reside na análise da flexibilização na admissibilidade do seu cabimento. Os recursos excepcionais adotam regime de admissibilidade rígido, em consonância estrita e direta com a Constituição Federal.

Os recursos classificados como ordinários adotam juízo de admissibilidade menos rígido quando comparados com os recursos extraordinários. No bojo de um recurso ordinário possível é discutir, amplamente, questões fáticas e jurídicas. A mera circunstância da derrota integral ou parcial, isto é, simples sucumbência, o que denota insatisfação, enseja a aplicação de um recurso ordinário.

Os recursos excepcionais, ao reverso dos ordinários, restringem-se a questões eminentemente jurídicas, afastando a hipótese de discussão de controvérsias fáticas. Além da simples derrota deve ser cumulada uma circunstância jurídica determinada em sede de lei para que se admita a aplicabilidade de um recurso, bem como devem ser direcionados aos Tribunais de cúpula, formadores da instância especial.²

Portanto, o recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, e o recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, motivadores do

¹ O próprio CPC, no âmbito do artigo 467, registra a existência da distinção entre os recursos extraordinários e ordinários, sem, contudo, especificar quais seriam.

² A análise isolada da competência recursal dos Tribunais de cúpula não é suficiente para especificar um recurso como ordinário ou extraordinário, posto que o recurso ordinário, previsto nos arts. 102, II, e 105, II, da CF/88, bem como no art. 539, CPC, deverá ser dirigido para o STF ou STJ, todavia, inafastavelmente, é classificado como recurso ordinário, coincidindo, portanto, o *nomen iuris* com sua classificação.

presente estudo, coadunam, com perfeição, na qualidade de recursos excepcionais, na medida em que restringem a possibilidade de discussão a questões estritamente de direito, afastando as puramente fáticas, bem como a análise de simples injustiça da decisão decorrida.

Outrossim, alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, revelando diversidade, não adotam o posicionamento acima esboçado para fim de classificação dos recursos em excepcional e ordinário.

No âmbito do direito português, como assevera Jorge Augusto Pais do Amaral³, os recursos extraordinários são aqueles que tidos como remédios para correção de vício das decisões judiciais, desde que já transitadas em julgado.

José Carlos Barbosa Moreira aborda a questão mencionando a classificação em apreço consoante os sistemas português, italiano, espanhol e suíço, a teor das seguintes linhas: “no português, onde, à vista de texto expresso (Código de Processo Civil, art. 677), os recursos chamados *extraordinários* (revisão e oposição de terceiros) se diferenciam com toda a clareza dos *ordinários* pelo fato de que a interponibilidade de qualquer destes últimos impede o trânsito em julgado, ao passo que a decisão já se considera passada em julgado mesmo que ainda suscetível de impugnação por alguns dos primeiros. Também na Itália costuma falar-se de *mezzi ordinari* e *mezzi straordinari* para designar, respectivamente, os remédios que *obstam* ao trânsito em julgado e aqueles que, ao contrário, o *pressupõem*. Expressões equivalentes, com o mesmo

³ AMARAL, JORGE Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 6 ed. Lisboa: Almedina. 2006, p. 381.

sentido, encontram-se na doutrina espanhola anterior à nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* (que deixou entre os recursos a '*revisión de sentencias firmes*') e na Suíça".⁴

1.3 Aspectos comuns aos recursos extraordinário e especial

A análise dos recursos extraordinário e especial acarreta a verificação de características idênticas. De fato, os recursos extraordinário e especial são aproximados por um cerne em comum⁵, já que o recurso especial representa uma variante do extraordinário⁶.

Com efeito, os recursos extraordinário e especial, em sentido amplo, tutelam direito federal, sendo que aquele⁷ preserva o direito federal contido na Constituição vigente e este⁸, por sua vez, preserva o direito federal comum, tal como o Código Civil e o Código de Processo Civil, excluindo o direito federal especial, a exemplo do Código Eleitoral, Consolidação das Leis Trabalhistas.

Assim, abordar-se-á as características gerais e comuns aos recursos excepcionais mais relevantes, em contínuo, se enfrentará suas características peculiares.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. V, p. 254.

⁵ Embora não seja clone perfeito, o recurso especial, criado o Superior Tribunal de Justiça, nasceu de uma "costela" do recurso extraordinário (e, *lato sensu*, extraordinário também o é). Ambos pertencem à classe dos recursos excepcionais, enquanto que os demais podem ser catalogados como recursos ordinários, comuns. Com estes se identificam quase só no que diz respeito aos pressupostos genéricos de admissibilidade; no demais, deles guardam considerável distância (CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. *Os recursos excepcionais na constituição brasileira*. Disponível na internet via WWW. URL:http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16074/1/Recursos_Excepcionais_Constitui%C3%A7%C3%A3o_Brasileira.pdf. Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2008.

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 123.

⁷ Art. 102, III, CF/88.

⁸ Art. 105, III, CF/88.

1.3.1 Efeito devolutivo restrito. Recursos de fundamentação vinculada

A interposição de um recurso excepcional prescinde, necessariamente, de fundamentação vinculada a, no mínimo, uma das hipóteses descritas no art. 102, III, para o caso do recurso extraordinário, e 105, III, tratando-se de recurso especial, ambos da Constituição Federal.

Com efeito, a análise das hipóteses descritas nos aludidos preceitos constitucionais converge para uma circunstância comum, qual seja: todas tratam de questões de direito (*quaestiones iuris*).

Assim, tomando como ponto de partida a assertiva de que os artigos 102, III, e 105, III, da vigente Constituição Federal tratam de questões estritamente jurídicas, nasce, por conseguinte, a constatação de os recursos excepcionais vinculam-se a questões jurídicas, por conseguinte, as questões fáticas (*quaestiones facti*) não ensejam recurso excepcional, restringindo, portanto, a possibilidade de interposição de um recurso excepcional a razões de direito, estirpando, com rigidez, a hipótese de julgamento de postulados meramente fáticos⁹.

1.1.2 Recurso excepcional para fim de reexame de prova e interpretação de cláusula contratual.

⁹ A esse respeito: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITO CONSTITUCIONAL - REEXAME DE FATOS E PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 279/STF - RECURSO IMPROVIDO. - Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório. - O acórdão objeto do apelo extremo, proferido no julgamento de recurso de índole meramente ordinária, reveste-se de caráter soberano no que se refere à matéria de fato.(STF – 2ª T., AI-AgR 660027 / RN, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19-12-2007, p. 65).

Decorre da análise dos enunciados 279¹⁰ e 07¹¹ da jurisprudência dominante, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a afirmativa de que os recursos excepcionais não se prestam a simplesmente revisar prova.

Como já abordado, os recursos excepcionais necessitam vinculação a uma das questões de direito estabelecidas em sede constitucional¹², as quais, em nenhuma hipótese, coadunam com a possibilidade de revisar prova.

Tem-se, portanto, que a faculdade do jurisdicionado revisar prova é limitada às instâncias ordinárias, excluindo a instância especial dessa missão em específico.

Contudo, a temática probatória não se encontra por completa excluída de ser analisada por um recurso excepcional. O direito probatório é regido no âmbito da legislação federal ordinária, principalmente, pelo Código Civil e Código de Processo Civil, ao determinarem valoração e admissão, bem como pela Constituição Federal, que veda a formação da prova ilícita¹³.

Assim, basta que o Código Civil, o Código de Processo Civil¹⁴ e a Constituição Federal¹⁵, no que pertine com o direito probatório, sejam feridos para que se forneça suficiente razão para que um recurso excepcional seja interposto.

¹⁰ 279, STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

¹¹ 07, STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

¹² As hipóteses de fundamentação do recurso extraordinário encontram-se descritas no art. 102, III, da CF/88 e do recurso especial estão definidas no âmbito do art. 105, III, da CF/88.

¹³ Art. 5º, LVI, CF/88.

¹⁴ O recurso especial que adotasse como causa de pedir recursal o direito probatório se fundamentaria no artigo 105, III, “a”, da CF/88.

¹⁵ O recurso extraordinário que adotasse como causa de pedir recursal o direito probatório se fundamentaria no artigo 102, III, “a”, da CF/88.

De fato, violação a direito probatório, ao valorar e admitir prova, não pode ser confundido com simples reexame de prova. Busca-se ao interpor um recurso excepcional por violação a direito probatório um pronunciamento judicial acerca da aplicação e vigência da lei federal ordinária ou da Constituição Federal, o que representam, por natureza, questões jurídicas.

Já na abordagem recursal do reexame de prova, o direito probatório não foi violado. A legislação aplicável à espécie fora respeitada. Intenta-se, nessa circunstância, que o órgão julgador aplique seu livre convencimento à prova, modificando o anterior, trazendo justiça e verdade ao caso, o que, por si só, não enseja a interposição de um recurso excepcional.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart trazem a seguinte conclusão acerca da impossibilidade de interposição de recurso excepcional objetivando reexaminar prova:

“Por isso mesmo, esses recursos são chamados de recursos de fundamentação vinculada. É que só permitem a discussão de certas situações, e, assim, possuem âmbito restrito. O cabimento dessas espécies recursais exige a presença, na decisão recorrida, de alguma controvérsia a respeito da aplicação ou da interpretação de lei federal ou de dispositivo da Constituição Federal. Sem que se tenha presente uma dessas questões, fica o interessado impedido de socorrer-se da via desses recursos.

Conclui-se, então, que tais recursos objetivam propiciar a correta aplicação do direito objetivo. Não se discute, portanto, em recurso especial e extraordinário, matéria de fato ou apreciação feita pelo tribunal inferior a partir da prova dos autos (Súmula 279 do STF e Súmula 7 do STJ). O âmbito de discussão aqui se limita, exclusivamente, à

*aplicação dos direitos sobre o fato, sem mais se discutir se o fato efetivamente existiu ou não*¹⁶.

Utilizando a mesma linha de raciocínio acima demonstrada, veda-se a interposição de recurso excepcional objetivando interpretar cláusula contratual, como não podia ser diferente.

Como já registrado, as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais encontram-se vinculadas às circunstâncias legais definidas constitucionalmente. Interpretar uma cláusula contratual é ato de controle negocial, não previsto, portanto, nas hipóteses conducentes a admissibilidade dos recursos excepcionais.

É possível também estabelecer que, alcançar, em sede de julgamento, a vontade dos contraentes representa uma análise fática e não jurídica, o que por si só inviabilizaria qualquer esforço em interpor recursos excepcionais visando interpretar cláusula contratual, ante as rígidas restrições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em reexaminar questões de fato¹⁷.

1.1.3 Exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias

A interposição de um recurso excepcional deve ser precedida do esgotamento prévio das instâncias ordinárias. Assim, a decisão judicial combatida apenas e exclusivamente só poderia ser impugnada por recurso extraordinário e/ou recurso especial se estes forem hábeis e nenhum outro. Se, porventura, é cabível outra espécie

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: RT, 2007, v. 2., p. 560.

¹⁷ A questão encontra lugar no âmbito da súmula jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a teor, respectivamente, do enunciado 454, de seguinte redação: "Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário" e do enunciado 5, que diz: "A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial".

recursal esta deve ser interposta e não o recurso excepcional¹⁸, sob pena de usurpação da competência.

Tanto o recurso extraordinário, tanto quanto o recurso especial, são cabíveis de decisões judiciais proferidas em *única* ou em *última* instância¹⁹. Portanto, enquanto houver recurso ordinário possível²⁰, a exemplo de embargos infringentes, ainda não se terá configurado a *única* ou última *instância*, exigindo, por conseguinte, a impugnação da decisão judicial via recurso diferente do extraordinário ou especial.

Outrossim, contudo, há ordenamentos jurídicos, a exemplo do lusitano²¹, que facultam ao jurisdicionado a utilização de recurso *per saltum*, onde uma instância ordinária seria “saltada”, levando o julgamento diretamente para uma instância especial, o que, como já se registrou, é incompatível para fim da sistemática recursal civil pátria, a qual exige o esgotamento prévio das instâncias ordinárias para fim de interposição dos recursos excepcionais.

¹⁸ Nesse sentido, tem-se o enunciado 207 da súmula do Superior Tribunal de Justiça que afirma: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

¹⁹ Coadunando: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - OBJETO. Consoante dispõe o artigo 102, inciso III, da Carta Federal, a decisão atacável mediante extraordinário há de se mostrar de única ou última instância. DIREITO INSTRUMENTAL - NATUREZA DAS NORMAS - ORGANICIDADE. A regra direciona à natureza imperativa, e não dispositiva, das normas instrumentais. Descabe a queima de etapas, deixando-se de interpor recurso previsto, para, de imediato, alcançar o crivo do Supremo. O acesso a esta Corte, via extraordinário, pressupõe o esgotamento da jurisdição na origem, fenômeno que não ocorre quando inobservado o artigo 530 do Código de Processo Civil, no que contempla a adequação dos embargos infringentes. (STF – 1ª T., RE-AgR nº 413.195/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04.08.2006, p. 46).

²⁰ Tanto é que o Supremo Tribunal Federal inseriu o enunciado 281 na sua súmula, de seguinte conteúdo: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

²¹ Já o recurso *per saltum* consiste na remessa antecipada – desde que cumpridas as exigências mencionadas no artigo 725, do Código de Processo Civil Português - do recurso interposto contra sentença de primeira instância para o Supremo Tribunal de Justiça, o qual passa a ser processado como recurso de revista, sem, contudo, ser, precedentemente, submetido ao segundo grau ordinário. (BRAGA, João Ferreira. *O recurso per saltum para o Supremo Tribunal de Justiça no direito português*. Disponível na internet via WWW. URL: <http://.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/3223/3223.PDF>. Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2007.)

1.1.4 Recursos extraordinário e especial retidos (art. 542, § 3º, CPC)

O Código de Processo Civil, inspirado no agravo retido²², conforme artigo 542, § 3º²³, institui circunstância em que os recursos extraordinário e especial serão compulsoriamente retidos. Para tanto, é necessário que o recurso excepcional seja interposto em face de uma decisão interlocutória tirada no âmbito do processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução, tendo seu processamento pendente de reiteração da parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou nas contra-razões.

Criou-se verdadeira nova modalidade de recursos extraordinário e especial. A primeira de *devolução imediata* e a segunda procedida sob a *forma retida*.

Se a forma retida foi criada para julgar questões que emanam de decisão interlocutória, por conseguinte, o recurso excepcional retido funcionará, nesse caso, como recurso seguinte ao agravo de instrumento²⁴.

Todavia, se o acórdão, mesmo que determinante de julgamento parcial do processo, advindo de decisão interlocutória, necessitar de julgamento imediato, ante as enésimas circunstâncias que traduzem grave lesão à parte, o que revela

²² Conforme constatação de MARINONI e ARENHART (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. , ob. Citada, p. 571).

²³ Artigo 542, § 3º, CPC: O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões. ([Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998](#))

²⁴ Se, porventura o acórdão que deu provimento ao agravo extinguir o procedimento não será hipótese de recurso excepcional retido, mas sim o de subida imediata.

incompatibilidade com a modalidade de recurso excepcional retido, configurar-se-ia circunstância típica para recurso de subida imediata²⁵.

Ao se admitir recurso excepcional sob a modalidade de *subida imediata*, mesmo que motivado por acórdão que julga agravo de instrumento, gerado em razão de decisão interlocutória, pratica-se preservação à inteireza da função jurisdicional, concedendo à parte recorrente mais sensibilidade à causa de pedir do que a letra da lei.

Do contrário, isto é, aplicar o dispositivo em comento (art. 542, § 3º, CPC) sem considerar eventual circunstância de lesão grave ou eminente ameaça à parte, representa medida inconstitucional, em razão da garantia do acesso à justiça, como preceitua dispositivo constitucional(art. 5º, XXXV, CF/88).

Casuisticamente, se for feito confronto entre a atual sistemática de cabimento do recurso de agravo de instrumento e a exceção à regra do recurso excepcional retido,

²⁵ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu: “ 1. A jurisprudência desta corte é no sentido de admitir o processamento imediato do recurso especial, sem a retenção na origem prevista no § 3º do art. 542 do CPC, quando isso for indispensável para evitar que o julgamento postergado acarrete irreparável prejuízo do próprio recurso. 2. Na hipótese em que se discute a competência para apreciação e julgamento de ação indenizatória, postergar o julgamento para o momento em que será apreciada a decisão final da causa significa, na prática, a possibilidade de um processo ter trâmite perante um juízo incompetente, o que acarretará sua eventual anulação, após uma exaustiva atuação jurisprudencial, causando prejuízo a ambas as partes litigantes. 3. Em situações excepcionais, o forte risco de dano irreparável e a relevância do direito alegado, mostra-se cabível a medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial cuja admissibilidade não foi apreciada na instância de origem. 4. A outorga do efeito suspensivo somente se justifica em hipóteses de excepcional urgência e relevância, o que não é o caso. 5. Medida cautelar parcialmente procedente, para determinar o processamento do recurso especial retido” (STJ, 1.ª T., MC 7.195/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.04.2004).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, determinou: “(...) O manifesto propósito desse dispositivo, ao subverter a regra geral de imediato processamento dos recursos especial e extraordinário, determinando que em alguns casos permaneçam retidos nos autos até eventual reiteração, foi o de contribuir para a desobstrução dos tribunais superiores, inibindo a subida de recursos que, não tendo sido reiterados pela parte interessada no prazo legal, seriam pouco úteis ou sérios. Essa norma, no entanto, deve ser interpretada e aplicada *cum grano salis*(Pet 2.260, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29.06.2001; AI 345.244 – AgR, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 02.06.2003). Afinal, há casos em que sua incidência levaria a situações absurdas, causadoras de grava dano à parte ou à função jurisdicional, o que se não lhe ajusta à *ratio iuris*. Esse é exatamente o caso dos autos (...). Do exposto, defiro a liminar, para determinar que o Tribunal *a quo* dê regular e imediato processamento ao recurso extraordinário cuja retenção foi efetuada, procedendo a seu juízo de admissibilidade”(STF, decisão monocrática, Pet 3.598 MC/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, DJU 10.02.2006).

determinadora de subida imediata do recurso que confronta julgamento produzido por conta de decisão interlocutória, é possível concluir os julgamentos dos agravos de instrumentos denotarão, em regra, ato contínuo, recursos excepcionais de subida imediata.

Consoante a regra determinada pelo art. 522, *caput*, CPC²⁶, os pressupostos conducentes à concessão do agravo de instrumento são: tratar-se de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.

Portanto, atualmente e desde 2005, em razão da última reforma que atingiu os agravos, os julgamentos dos recursos de agravo de instrumento versam sobre urgência, assim como, igualmente, sendo também a urgência pressuposto maior para determinar a subida imediata de um recurso excepcional, tirado de decisão interlocutória e então agravo de instrumento, em prejuízo da modalidade retida.

Assim, o julgamento do agravo de instrumento, na maioria dos casos, ante ao fator urgência, prejudicará a regra do artigo art. 542, § 3º, CPC, sendo combatido por recurso excepcional de subida imediata.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha²⁷, em consonância com o presente raciocínio, restringem a aplicação do § 3º, do artigo 542 do CPC aos casos de

²⁶ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

²⁷ “Se bem pensadas as coisas, é difícil imaginar hipóteses em que o recurso especial/extraordinário deva ficar retido quando interposto contra acórdão que julgar agravo de instrumento, tendo em vista a nova sistemática de cabimento desse último recurso. Como se viu em capítulo próprio, atualmente o agravo de instrumento pode somente ser utilizado quando houver

recurso especial/extraordinário interpostos contra acórdão interlocutório proferido em causas de competência originária de tribunal ou em julgamento de apelação contra sentença terminativa, onde houve negativa a incidência do § 3º do art. 525 do CPC, e, então, segue-se com a devolução dos autos à primeira instância.

1.1.5 Sistema de admissibilidade desdobrado

Nesse particular, os recursos excepcionais adotam regra condizente com a maior parte dos recursos ordinários. Assim como o recurso de apelação, por exemplo, os recursos extraordinário e especial se submetem a juízo de admissibilidade desdobrado, bipartido.

O primeiro juízo de admissibilidade a ser produzido para fim de um recurso excepcional será, a teor do regimento interno, feito pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem.

Se, porventura, o juízo de admissibilidade do recurso excepcional produzido pelo Tribunal que confeccionou o acórdão recorrido for negativo estar-se-á desafiando recurso de agravo de instrumento, como preconiza o artigo 544 do CPC²⁸.

urgência ou quando o regime do agravo retido for incompatível com a situação. Se há urgência, o recurso especial/extraordinário também não poderá ficar retido, conforme visto; se a retenção do recurso for inadequada, também não, como vimos. Assim, a aplicação do § 3º do art. 542 do CPC tende a restringir-se a casos de recurso especial e extraordinário interposto contra acórdão *interlocutório* proferido em causas de competência originária de tribunal (como, p. ex., aquele que indefere a produção de uma prova em ação rescisória) ou em julgamento de apelação contra sentença terminativa, em que se negou a possibilidade de aplicação do § 3º do art. 515 do CPC, determinando a devolução dos autos à primeira instância". (CUNHA, Leonardo José Carneiro da, DIDIER JR, Fredie, *Curso de direito processual civil*. 7 ed. V. 3. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 235.)

²⁸ Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. § 1º O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão

Se, por outro lado, o juízo de admissibilidade for positivo, mesmo se tendo uma decisão judicial de igual natureza àquela mencionada no parágrafo anterior, tem-se um ato processual judicial não passível de recurso. Em compensação, não há incidência do ônus da preclusão em desfavor da parte, já que tal juízo de admissibilidade é tido como *provisório*, podendo ser substituído pelo *definitivo*, este sim exercido pelo Tribunal competente para julgar o mérito do recurso excepcional.

Portanto, o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais é desdobrado. Inicialmente é missão do tribunal de origem, por seu Presidente ou Vice-Presidente, afirmar ou negar conhecimento ao recurso. Após, igual tarefa é depositada no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, que, cada um *per si*, novamente adentrará nos aspectos formais que induzem ou negam admissibilidade ao recurso excepcional de sua competência, produzindo juízo *definitivo* de admissibilidade, sobrepondo-se ao juízo *provisório*.

1.1.6 Permitem execução provisória

recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. § 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.. § 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.. § 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

Outra característica comum aos recursos extraordinário e especial é a faculdade de se realizar execução provisória da decisão recorrida, já que os recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo.

A execução provisória não é tida como precária, a qual aguarda ser substituída, eventualmente, pela definitiva, mas sim, de fato, é aquela realizada *imediatamente*, mesmo que o trânsito em julgado não tenha ainda se configurado.

A execução provisória far-se-á, como preconiza o artigo 475-P, CPC, perante, em regra, o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição, comportando, ainda, as hipóteses de competência dos tribunais, nas causas de sua competência originária, bem como do juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

É possível, porém, que a execução provisória acarrete prejuízo ou ameaça imediata ao recorrente excepcional. Assim, o processo cautelar, diante do seu caráter de instrumento do instrumento (processo), é utilizado como resposta a afastar o dano suscitado ou sua iminência, concedendo efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial.

Duas situações distintas são utilizadas para fincar a competência para fim de processamento da cautelar que visa conceder efeito suspensivo ao recurso excepcional.

A primeira diz respeito à *admissão do recurso*. Se o recurso já foi admitido, isto é realizado o juízo de admissibilidade precário, pelo Presidente ou Vice-Presidente do tribunal ordinário, e/ou se produzido juízo de admissibilidade definitivo pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a correlata competência para julgar a cautelar reside no tribunal superior hábil a julgar o recurso excepcional, o que

pode ser constatado utilizando raciocínio *a contrario sensu* do enunciado 634 da súmula jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, de seguinte conteúdo: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”.

A segunda situação definidora da competência da cautelar em estudo diz respeito ao recurso excepcional já ter sido interposto, contudo, seu juízo de admissibilidade ainda não foi realizado. Nessa circunstância, a competência reside no tribunal ordinário de origem, como induz o enunciado 635 de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal: “Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

1.4 Recurso especial

1.4.1 Breves notas acerca do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça – STJ – foi criado pelo legislador constituinte de 1988, para ser a última instância a interpretar a legislação federal.

Assim como ao Supremo Tribunal Federal foi confiado o *munus publicus* de interpretar e preservar a Constituição Federal, igual identidade foi atribuída ao Superior

Tribunal de Justiça²⁹ para fim da legislação infraconstitucional federal ordinária, exercendo, para tanto, competência originária e revisora.

Significando, nesse espectro, que o Superior Tribunal de Justiça exerce *função paradigmática*, fornecendo exemplos, que em respeito à política judiciária, devem ser adotados pelos tribunais outros.

Também, como consequência direta da *função paradigmática*, o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da sua competência, desenvolve papel de *uniformizador jurisprudencial*, trazendo coesão e estabilidade a esta fonte do direito.

1.4.2 Considerações gerais sobre o recurso especial

É da competência revisora do Superior Tribunal de Justiça julgar, no âmbito do processo civil, as seguintes espécies recursais, sem prejuízo das previstas regimentalmente: a) recurso ordinário constitucional (artigo 105, II, da CF/88); b) recurso especial (artigo 105, III, da CF/88); c) recurso de embargos de declaração (artigos 522³⁰ e 535, CPC); d) recurso de agravo (artigo 544, CPC); e) recurso de embargos de divergência (artigo 496, VIII, CPC).

Importa-nos, em razão do objeto de estudo adotado, delimitar a análise no âmbito do recurso especial. Assim, pois, trata-se o recurso especial como a espécie de

²⁹ Anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988 competia ao Supremo Tribunal Federal uniformizar jurisprudencialmente o entendimento acerca da legislação infraconstitucional, além da própria Carta Magna.

³⁰ As causas que envolvem Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (art. 539, II, b, do CPC) são de competência do primeiro grau de jurisdição dos juizes federais (art. 109, II, da CF). Nessas hipóteses, o Superior Tribunal de Justiça atua na qualidade de órgão de segundo grau, cabendo-lhe julgar o recurso ordinário, imediato à sentença, bem como os agravos tirados em razão das decisões interlocutórias.

recurso de competência do Superior Tribunal de Justiça, cabível em razão de causas³¹ decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Verifica-se que o cabimento do recurso especial é condicionado ao esgotamento prévio das instâncias ordinárias, e interposto em razão de acórdão emanado de Tribunal Regional Federal e Tribunal de Justiça, excluindo, portanto, sua aplicabilidade por conta das decisões de responsabilidade das turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis³², já que representam órgão revisor adstrito ainda à primeira instância.

Além da restrição de cabimento de recurso especial interposto para impugnar decisão das turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis, igualmente não se admite em razão de decisão singular do relator³³. Justificar-se-á: o *caput* do inciso III, do artigo 105, da CF/88 faz menção expressa aos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, o que induz, necessariamente, tratar-se de decisão *colegiada*, isto é, acórdão,

³¹ “O termo 'causa' empregado no art. 105, III, da Constituição compreende qualquer questão federal resolvida em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, ainda que mediante decisão interlocutória.” (STF, 1.^a T., RE 153.831, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 14.3.03).

³² A teor do enunciado 203 da súmula jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte conteúdo: Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos juizados especiais.

³³ “Processual Civil – Recurso Especial – Cabimento – Lei 6.825/80, embargos infringentes, - A teor da Constituição Federal, art. 105, III, não cabe recurso especial de decisão proferida por juízo monocrático – Recurso não conhecido” (STJ, 5.^a T., Resp 26.738, rel.min. Edson Vidgal, j. 2.4.1996 DJU 6.5.1996).

e não ato processual de um único magistrado, razão pela qual se tem como inadmissível sua interposição para modificar entendimento isolado.

1.2.3 Cabimento do recurso especial com fundamento na letra “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988

O cabimento do recurso especial com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da CF/88 refere-se, de fato, a análise de quando o acórdão recorrido “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

De início, é imperioso estabelecer o alcance dos vocábulos “contrariar” e “negar vigência”³⁴ extraídos do predito texto constitucional. Com efeito, a contrariedade a uma norma pode ser configurada ao aplicá-la ou ao interpretá-la equivocadamente, já a negativa de vigência traduz-se na omissão da sua incidência ou, bem como, por em vigor outra norma em detrimento da correta.

³⁴ Para Rodolfo de Camargo Mancuso o significado de “contrariar” e “negar vigência” pode ser estabelecido nos moldes adiante: “Pensamos que “contrariar” um texto é mais do que negar-lhe vigência. Em primeiro lugar, a *extensão* daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar, em certa medida, o outro; segundo, a *compreensão* dessas locuções é diversa: “contrariar” tem uma conotação mais difusa, menos contundente; já “negar vigência” sugere algo mais estrito, mais rígido. 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 lhe desvirtuamos o conteúdo. Negamos-lhe vigência, porém, quando declinamos de aplicá-la, ou aplicamos outra, aberrante da *fattispecie*; quando a exegese implica em admitir, em suma... que é branco onde está escrito preto; ou quando, finalmente, o aplicador da norma atua de modo delirante, distanciando-se de todo do texto de regência. É claro que, na prática, nem sempre é fácil distinguir as duas hipóteses, mas agora, com o advento do recurso especial, a distinção redobra em importância.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. ob. Citada, p. 221.)

Deve ser registrado, também, que a distinção já foi mais relevante, posto que, no atual cenário legislativo, “contrariar” ou “negar vigência” a tratado ou lei federal ensejam recurso especial. Porém, nem sempre foi assim. A Constituição Federal de 1967 estabelecia competência para o Supremo Tribunal Federal julgar a Constituição, à época, em vigor, além da legislação federal infraconstitucional.

Assim, o artigo 114, III, “a”, da CF/67³⁵, determinava que o recurso extraordinário só fosse cabível se a Constituição tivesse sido *contrariada* ou se a lei federal, bem como um tratado, sofressem *negativa de vigência*, atribuindo, indubitavelmente, tratamento diverso.

Diante da distinção, nascia a indagação que se a Constituição fosse objeto de negativa de vigência ou se a lei ou tratado federal restassem contrariados caberia recurso extraordinário com supedâneo no artigo 114, III, “a”, da CF/67?

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha³⁶ enfrentam a questão sustentando que: “...*Significa que, dando interpretação não razoável à lei federal, o tribunal estaria a negar-lhe vigência. Do contrário, ou seja, caso conferisse uma interpretação razoável à lei federal, não haveria negativa de vigência, não sendo cabível, portanto, o recurso extraordinário.*”

Assim, embora a doutrina tenha cuidado de definir os parâmetros do que se deve entender por *contrariar* e *negar vigência* a discussão não ganha a mesma relevância de outrora. Tanto o primeiro núcleo, tanto quanto o segundo, subsidiam, hoje, cabimento

³⁵ Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal;

³⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da, DIDIER JR, Fredie, ob. Citada, p. 253.

ao recurso especial, basta, para tanto, em síntese, que a lei federal ou tratado tenham sido aplicados/interpretados em erro ou se tenha negado vigência aos mesmos, omitindo-os.

Outrossim, considerando a diversidade de normas postas no direito por autoridade de natureza federal³⁷ a exemplo de lei ordinária federal, decreto-lei federal, medida provisória, decretos, resoluções, portarias e circulares, é necessário também delimitar “lei federal” para fim de cabimento de recurso especial.

Sem equívoco, as manifestações legislativas advindas do Congresso Nacional em razão da competência privativa da União, estabelecidas no artigo 22 da CF/88 enquadram-se no contexto de “lei federal”.

Contudo, a conclusão acima não esgota a questão, resta ainda indagar se outras normas, diferentes da espécie “lei” são hábeis ao enquadramento no conceito de “lei federal”.

Existe, pois, estreita liga entre “lei federal” e “direito federal”. A *questão federal*, enquanto matéria legislativa é, na verdade, o parâmetro, existindo, contudo, limites. Os atos normativos inferiores a *decreto*, não de circunscrevem no conceito de “lei federal”.^{38 39}, mesmo que adotem, em seu conteúdo, direito federal, sendo excluídos,

³⁷ Se a contrariedade ou negativa de vigência refere-se à lei local, isto é, estadual ou municipal, não há, nesse caso, como se admitir o recurso especial, válido apenas para lei federal.

³⁸ “Não se compreendem no conceito de lei federal, portanto não permitem a abertura da instância especial, os atos normativos com hierarquia inferior à do Decreto, tais como resoluções, portarias, circulares e outros” (STJ, 5.ª T., AgRg no Ag 489.031/RS, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 04.11.2003, DJU de 19.12.2003, p. 583).

³⁹ “Quanto a espécie de lei federal a que se refere a norma constitucional, o termo deve receber interpretação ampla, abrangendo todas as espécies de lei federal, já tendo o STF (antes da CF de 1988) admitido o recurso também contra decretos e regulamentos (RTJ 44/467). Todavia, não se dava igual tratamento às portarias ministeriais (RTJ 68/402).

Portanto, lei federal, para esse efeito, quer significar “direito federal”. Assim, deve-se também entender por lei federal o decreto, o regulamento federal, a lei estrangeira quando aplicável por força de norma de direito internacional e também as medidas provisórias do Executivo Federal.

portanto, de discussão em sede de recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, “a” da CF/88.

1.2.4 Cabimento do recurso especial com fundamento na letra “b” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988

Admite-se recurso especial, com base na alínea “b” do inciso III do artigo 105 da CF/88 quando a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal.

Para a invocação de tal fundamento⁴⁰ é necessário apenas que o ato local tenha sido contestado em relação a uma lei federal, sem ser necessário discutir o acerto ou erro da decisão que se impugna⁴¹.

Não são considerados leis federais, para esse fim, os regimentos internos dos tribunais, nem as portarias ministeriais ou as resoluções e provimentos de autarquias, como a Ordem dos Advogados do Brasil.

Para efeito de recurso especial deve-se, ainda, considerar lei federal somente aquela de natureza de direito federal, ou seja, quando versar matéria federal, excluindo-se, por exemplo, aquelas apenas de origem federal, mas que versal matéria de interesse local, como por exemplo, as leis do distrito federal”.(PINTO, Nelson, In: *Código de Processo Civil Interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.), São Paulo: Atlas, 2004, p. 1613).

⁴⁰

“Nem sempre a discussão de validade de lei ou ato de governo local em face de Lei Federal se resolve numa questão constitucional de invasão de competência, podendo reduzir-se a interpretação da lei federal e da lei ou ato local para saber de sua recíproca compatibilidade. Se, entre uma Lei Federal e uma Lei Estadual ou Municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, e evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta a admissão do recurso extraordinário pela letra *b* do art. 102, III, da Constituição. Ao recurso especial (art. 105, III, *b*), coerentemente com a sua destinação, tocará a outra hipótese, a do cotejo entre Lei Federal e Lei Local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade material com ela, a Lei Federal, de norma abstrata ou do ato concreto estadual ou municipal. Questão de ordem que se resolve pela competência exclusiva do STF para

Percebe-se, nessa dinâmica, que o ato local foi validado em detrimento da lei federal, aquela obteve sobreposição frente esta, revelando-se necessária, nesse caso, a incidência da *função paradigmática* exercida pelo Superior Tribunal de Justiça, verificando, assim, a compatibilidade do ato administrativo e a lei federal.

1.2.5 Cabimento do recurso especial com fundamento na letra “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988

Em consonância com a alínea “c” do artigo 105, III, da vigente Constituição Federal caberá recurso especial desde que a decisão combatida “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Trata-se, então, de interposição de recurso especial em razão de *divergência jurisprudencial*, que deve ser estirpada, ratificando, novamente, a função paradigmática atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Para que o recurso especial seja admitido em função da alínea “c” do art. 105 da CF/88 é necessário, contudo, demonstrar *divergência* entre tribunais diferentes, isto é, outra corte apresentou tese contrária àquela constante no acórdão recorrido, fornecendo o acórdão *paradigma*.

apreciar o recurso, dado que se afastou a aplicação da Lei Federal por inconstitucionalidade." (STF, 1.^a T., RE 117.809-00, rel. Min. Sepúlveda Pertence,, DJU 4.8.89).

A interposição do recurso especial, nesse contexto, objetiva afastar a divergência jurisprudencial, fazendo valer o entendimento contido na decisão judicial elevada à condição de *paradigma*, em detrimento do acórdão que ensejou o recurso excepcional.

Desconfigurar-se-ia o dispositivo legal em comento, dado sua nítida redação, se a divergência jurisprudencial fosse acatada em razão de decisões de responsabilidade do mesmo tribunal, *interna corporis*, e não entre um e outro. Todavia, a dicção do enunciado 13 da súmula do Superior Tribunal de Justiça afasta qualquer incidência nesse sentido, ao asseverar que: “A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial”.

A apresentação do acórdão paradigma deve ser, necessariamente, comprovada⁴², mediante uma dos documentos seguintes: a) certidão; b) cópia autenticada, c) citação do repertório de jurisprudência. Ato contínuo, deve o recorrente proferir o *confronto analítico*⁴³, ou seja, os trechos que configuram a divergência entre o acórdão recorrido e o paradigma devem ser transcritos, comparado-os analiticamente.

⁴² “No recurso especial pela alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, deve-se comprovar a divergência demonstrando que o acórdão recorrido está dissentido do acórdão paradigma (este último – o acórdão paradigma – deve ter sido proferido por outro tribunal, não sendo possível, para fins de recurso especial, a divergência entre órgãos do próprio tribunal: a propósito, essa é a dicção do enunciado 13 da súmula do STJ). Tal comprovação pode ser feita por uma das seguintes formas: a) certidão; b) cópia autenticada; c) citação do repertório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução do julgado disponível na Internet, com a indicação da respectiva fonte. A citação de decisão publicada em mídia eletrônica ou disponível na internet restou incluída no parágrafo único do art. 541 do CPC pela Lei nº 11.341, de 7 de agosto de 2006. O próprio STJ já vinha aceitando, para comprovação do acórdão paradigma, a extração de cópia diretamente do seu sítio, mantido na rede mundial de computadores” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da, DIDIER JR, Fredie, ob. Citada, p. 255.)

⁴³ “...AGRAVO INTERNO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - NÃO-DEMONSTRADA.

1.5 Recurso extraordinário

1.3.1 Breves notas acerca do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal reveste-se da qualidade de instância máxima do Poder Judiciário pátrio, verdadeiro órgão de cúpula, cabendo-lhe, primordialmente guardar a Constituição Federal, a teor do art. 102 da CF/88.

Sua previsão legislativa foi inicialmente realizada pela Constituição de 1891, substituindo o Supremo Tribunal de Justiça, registrando, desde então, após várias mudanças no cenário jurídico e político, importante papel na história republicana brasileira.

Assim como dito anteriormente com relação ao Superior Tribunal de Justiça, no que pertine a *função paradigmática*, igual registro deve ser realizado frente ao Supremo Tribunal Federal, resguardando a nota que lhe compete de guardar e solucionar divergências jurisprudenciais de aplicação da Constituição Federal de 1988, em especial diante viabilidade de regime de controle de constitucionalidade difuso, onde permite-se que tribunais ordinários também determinem eventuais inconstitucionalidades.

- Para demonstrar divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico e existência de semelhança entre os casos. Não bastam simples transcrições de ementas e trechos.(STJ, 3.^a T., AgRg no REsp 809788 / RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 03.12.2007, DJU 12.12.2007, p. 416).

1.3.2 Considerações gerais sobre o recurso extraordinário

Ao Supremo Tribunal Federal atribui-se competência originária⁴⁴, bem como recursal. Assim, em sede de grau de recurso previsto no processo civil, sobressaem-se as funções precípua de julgar o *recurso ordinário constitucional*, em razão do artigo 102, II, da CF/88, além do *recurso extraordinário*, com supedâneo no artigo 102, III, da mesma Constituição, importando-nos o estudo deste último.

Em linhas gerais o recurso extraordinário diferencia-se do recurso especial não só por este versar sobre *questão federal* e aquele sobre *questão constitucional*, mas por uma outra relevante distinção. Foi assegurado, em item anterior, que o recurso especial é condicionado ao esgotamento prévio das instâncias ordinárias, e interposto em razão de acórdão emanado de Tribunal Regional Federal e Tribunal de Justiça, com base no artigo 105, III da CF/88, excluindo, portanto, sua aplicabilidade por conta das decisões de responsabilidade das turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis.

Contudo, tal ressalva não é aplicável ao recurso extraordinário. O artigo 102, III, da CF/88 registra apenas que o recurso extraordinário seria cabível das decisões realizadas em única ou última instância, sem mencionar quais órgãos jurisdicionais deveriam produzi-las.

Se o texto constitucional delimita quais tribunais pátrios possuem o condão de produzir acórdãos impugnáveis por recurso especial, acarretando a exclusão das

⁴⁴ Artigo 102, I, da Constituição Federal de 1988.

decisões provenientes dos Juizados Especiais Cíveis, análogo juízo deve ser adotado para fim do outro recurso excepcional.

A falta de menção da Constituição acerca de quais órgãos jurisdicionais produziriam atos processuais impugnáveis por recurso extraordinário, resta, assim, por acolher as decisões dos Juizados Especiais Cíveis, ante a qualquer critério que venha a excluí-las⁴⁵.

Em contínuo, analisar-se-á todas as alíneas do artigo 102, III, da CF/88 ensejadoras de cabimento do recurso extraordinário.

1.3.3 Cabimento do recurso extraordinário com fundamento na letra “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal de 1988

A primeira hipótese de cabimento de recurso extraordinário é caracterizada quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal.

⁴⁵ Nesse sentido, constata-se o enunciado 640 da súmula jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que diz: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

O Supremo Tribunal Federal passou a admitir apenas e tão somente a “contrariedade” direta e frontal, afastando, conseqüentemente, aquela meramente reflexa ou indireta^{46 47}.

Se, porventura, a análise da norma constitucional tiver de ser realizada em conjunto com outra de natureza infraconstitucional, necessariamente, nessa hipótese, o recurso extraordinário não tem sido admitido⁴⁸. Tanto é que o Supremo Tribunal Federal

⁴⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - RECURSO IMPROVIDO. - A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes.(STF, 2.^a T.,AI-AgR 616553 / SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 14.08.2007, DJU 14.09.2007, p. 73).

⁴⁷ Tal entendimento do STF encontra resistência em fração da doutrina abalizada, como ensina José Emílio Medauar Ommati: “Contudo, parece que o STF desconsidera o modelo constitucional estabelecido pela Constituição de 1988 e o próprio modelo de controle de constitucionalidade estabelecido pela Carta da República de 1988. Ora, ao falar de uma ofensa reflexa à Constituição, que impediria o conhecimento do recurso extraordinário, o STF parece dizer que algumas questões seriam de conhecimento apenas dos juízes ordinários, e ele, STF, enquanto o único juiz constitucional do País, conheceria das questões tipicamente constitucionais. Assim, a idéia de ofensa direta à Constituição, como ensejadora de recurso extraordinário.

Se essa idéia prevalecer no direito brasileiro, será a própria Constituição que estará sendo desconsiderada e reescrita pelo STF. Ora, se existe um modelo constitucional do processo, estabelecido pelo Texto Fundamental brasileiro, e esse modelo existe, em decorrência dos princípios constitucionais, por exemplo, do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais, é claro que esses princípios só ganham sentido e densidade nas situações concretas e nas normas infraconstitucionais que os densificam, tais como as normas do Código de Processo Civil que regulam o direito à prova, o momento de produção da mesma, dentre outras. Assim, o descumprimento dessas normas processuais pode, dependendo da situação, levar ao descumprimento de normas constitucionais. Mais uma vez, toda jurisdição no Brasil é jurisdição constitucional.

Além do mais, se prevalecer essa jurisprudência do STF, como defender algumas normas constitucionais que só ganham maior densidade a partir das normas legais e das situações concretas? Por exemplo, como defender o princípio do direito adquirido, direito fundamental de todo cidadão brasileiro, se não descermos às normas infraconstitucionais e à própria situação concreta?” (OMMATI, José Emílio Medauar. Ofensa reflexa à CF: ofensa direta à CF. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). Ob. Cit. São Paulo: RT, 2006, p. 196).

⁴⁸ AGRAVO REGIMENTAL. TELEFONISTA. ATIVIDADES INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. Alegação de violação direta e frontal dos arts. 5º, II, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição federal. Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade à Constituição. Caracterizada ofensa reflexa ou indireta. Falta de prequestionamento de dispositivos constitucionais. Matéria que não foi abordada nas razões de apelação ou mesmo em embargos declaratórios. Agravo regimental a que se

assim redigiu o enunciado 636 da sua Súmula, que expressa: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

1.3.4 Cabimento do recurso extraordinário com fundamento na letra “b” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal de 1988.

Uma vez determinada a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal⁴⁹, objetivando verificar o correto juízo de valor acerca da Constituição Federal, sendo este papel fundamental do Supremo Tribunal Federal, tornar-se-á cabível recurso extraordinário.

A decretação de inconstitucionalidade em nosso país pode ser levada a efeito *incidenter tantum*, isto é, pela via difusa⁵⁰, ou concentrada⁵¹.

nega provimento. (STF, 2.^a T., RE-AgR 433458 / CE, rel. Min Joaquim Barbosa, j. 05.06.2007, DJU 03.08.2007, p. 114).

⁴⁹ "O recurso extraordinário, na hipótese do art. 102, III, *b*, da Constituição, devolve integralmente ao Supremo Tribunal a questão da constitucionalidade da lei federal, negada na decisão recorrida, que pode decidir com base em parâmetro constitucional diverso do invocado nas razões do recorrente." (STF, 1.^a T., [RE 231.462](#), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.399, DJU 14.5.99).

⁵⁰ “É que, pela via difusa, a apreciação da inconstitucionalidade pronunciada (ou não) pelas instâncias inferiores pode chegar até o Supremo Tribunal Federal, agora como questão principal do recurso, mas ainda com o objetivo de apenas solucionar o caso concreto. A decisão da Corte Suprema, nestas hipóteses, valerá apenas entre as partes da demanda, não irradiando seus efeitos para todos. É consequência da aplicação, em sua integridade, das regras do sistema difuso-concreto da constitucionalidade”. (TAVARES, André Ramos. Recurso extraordinário: modificações, perspectivas e

Quando, porém, é realizada *incidenter tantum*, submetendo-se à cláusula de reserva de plenário, a ser julgada, conforme regimento, pelo plenário ou órgão especial, tem-se, em resultado, decisão que enfrentou a inconstitucionalidade abstratamente, sem aplicá-la ao caso concreto.

Posteriormente, a turma ou câmara, se fundamentará na inconstitucionalidade especificada pelo plenário ou órgão especial para, assim, julgar a lide.

Com efeito, como garante o enunciado 513⁵² da súmula do Supremo Tribunal Federal, o acórdão que será impugnado via recurso extraordinário fundamentado na alínea “b” do artigo 102, III, da CF/88 não é aquele que determinou a

proposta. In: DINAMARCO, Pedro da Silva Hélio; REZENDE RIBEIRO, José Horácio Halfeld; RIBEIRO COSTA, Rubens Batista (Coord.). *Linhas mestras do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2004. p.39).

⁵¹ Sobre as espécies de controle de constitucionalidade Fredie Didier esclarece que: “Um dos aspectos da mudança é a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de *controle difuso* de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao *controle abstrato*.”

Normalmente, relaciona-se o *controle difuso* ao *controle concreto* da constitucionalidade. São, no entanto, coisas diversas. O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; ao controle difuso contrapõe-se o concentrado. Chama-se de controle concreto, porque feito a *posteriori*, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, a *priori*. Normalmente, o *controle abstrato* é feito de forma concentrada, no STF, por ADIn, ADC, ou APDF, e o *controle concreto*, de forma difusa. O *controle difuso* é sempre *incidenter tantum*, pois a constitucionalidade é questão incidente, que será resolvida na fundamentação da decisão judicial; assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia *inter partes*. O controle concentrado, no Brasil, é feito *principaliter tantum*, ou seja, a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo, e a decisão a seu respeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*.

Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato; a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes...*” (DIDIER, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006, p. 106)

⁵² Enunciado nº 513 da Súmula do STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”.

inconstitucionalidade, mas sim o subseqüente, final, de responsabilidade da turma ou câmara.

1.3.5 Cabimento do recurso extraordinário com fundamento na letra “c” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal de 1988

O recurso extraordinário fundamentado na alínea “c” do inciso III do artigo 102 da CF/88 será admitido quando o acórdão combatido privilegiar lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

Para tanto é necessário que o tribunal local tenha validado lei ou ato administrativo em prejuízo da Constituição, restando esta, possivelmente, ofendida, situação que denota interposição de recurso extraordinário, visando o exercício do Supremo Tribunal Federal da sua função de guardião.

1.3.6 Cabimento do recurso extraordinário com fundamento na letra “d” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal de 1988

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 deslocou do artigo 105, III, “b” para o artigo 102, III, “d” texto referente a “julgar válida lei local contestada em face de lei federal”, modificando, em conseqüência, a competência para julgar a

questão, originalmente determinada ao Superior Tribunal de Justiça agora atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Uma análise superficial pode levar a concluir que o Supremo Tribunal Federal, a partir do advento da Emenda Constitucional nº 45, passou a acumular competência para julgamento da legislação infraconstitucional. Porém, isso não ocorre. O conflito existente entre lei local e federal pertine direta e efetivamente à competência legislativa, isto é, se estará buscando delimitar se aquela passou a legislar sobre matéria exclusiva desta ou vice-versa. Trata-se, portanto, de matéria constitucional (arts 22 a 24 da CF/88).

1.3.7 Repercussão geral

A Emenda Constitucional 45 introduziu no artigo 102 da Constituição Federal o parágrafo terceiro⁵³, formando mais um item no juízo intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário, verdadeira filtragem recursal, qual seja: demonstração da *repercussão geral*⁵⁴ das questões constitucionais discutidas no caso. Em seguida, a lei ordinária 11.418, de 20.12.2006, inseriu no âmbito do Código de Processo Civil dois novos artigos, 542-A e 543-B, trazendo novos detalhamentos ao instituto.

⁵³ Art. 102, § 3º, CF/88: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

⁵⁴ A repercussão geral não pode ser confundida com a arguição de relevância (Art. 119, III, “a” e “d” cumulado com o § 1º da CF/67), aquela além da “relevância” exige “transcendência” e esta apenas à relevância que inspira o *nomen iuris* do instituto.

É, assim, mais um ônus que se exige do jurisdicionado que pretende valer-se do recurso extraordinário, sem prejuízo de invocação a, no mínimo, uma das alíneas do artigo 102, III, da Constituição da República.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁵⁵ receberam a repercussão geral com as seguintes idéias: “...*Em um primeiro momento, insere-se a repercussão geral como uma técnica processual que conspira para realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (que é necessariamente prestada em prazo razoável), estimulando ainda a compatibilização vertical das decisões judiciais, prestando homenagem ao valor da igualdade e perseguindo a racionalização da atividade judiciária.*”

Nos limites da *repercussão geral*, enquanto conceito jurídico indeterminado⁵⁶, compreende-se a equação assim formada: relevância + transcendência⁵⁷. A questão levada a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal deve ser relevante sob a ótica econômica, política, social ou jurídica⁵⁸, necessitando também transcender as questões

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2007, p. 5.

⁵⁶ Nesse contexto, Hécio Alves de Assumpção ensina que: “Trata-se, a repercussão, de requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que passa a ser exigível, juntamente com os demais, de extração constitucional ou legal, para permitir o conhecimento do recurso. Não se me afigura indubitável tenha a lei competência para fixar o que são e o que não são questões dotadas de repercussão geral. Seria imprudente, quando não impossível, fazê-lo exaustivamente o legislador, por meio de normas rígidas, de contornos perfeitamente determinados, sem arrostar o risco aquém ou além aquilo que vier a ser estabelecido pela Suprema Corte, a quem parece primacialmente endereçada a incumbência de aferir se envolve ou não determinada questão constitucional repercussão. É de notar-se que não exercerá o Supremo, na tarefa, poder discricionário, senão o de preencher um conceito indeterminado, consagrado na Constituição”. ASSUMPÇÃO, Hécio Alves de. *Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade*. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.) *Meios de impugnação ao julgado civil*. São Paulo: Forense, 2007. p. 297).

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.*, p. 33

⁵⁸ Luiz Manoel Gomes Júnior detalha que: “Mas quando haverá repercussão? Algumas situações podem ser indicadas, sem qualquer pretensão de se esgotar a questão.

a) *reflexos econômicos*: quando a decisão possuir potencial de criar um precedente, outorgando um direito que pode ser reivindicado por um número considerável de pessoas (alteração no critério para

postas na lide, isto é, sobrepondo-se ao direito subjetivo das partes, ultrapassando, em síntese, os interesses subjetivos da causa.

Outrossim, como expressa o § 6º do art. 543-A, CPC, para fim da análise da repercussão geral, poderá ser admitido manifestação de terceiros, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, pois, da faculdade de intervenção do *amicus curiae*⁵⁹.

se considerar a correção monetária dos salários de determinada categoria, além de grande parte das questões tributárias, por exemplo).

b) *quando presente relevante interesse social*: que tem uma vinculação ao conceito de interesse público em seu sentido *lato*, ligado a uma noção de “bem comum”.

Apontar algumas situações de fato, inclusive nas quais se reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos, pode ser útil, todas dotadas de *repercussão social*: b.1) aumento das mensalidades escolares; b.2) questões vinculadas ao Programa de Crédito Educativo; b.3) nulidade de cláusula de instrumento de compra e venda, inclusive proibindo a sua utilização em contratos futuros; b.4) defesa de trabalhadores de minas que atuavam em condições insalubres; b.5) proteção do direito ao recebimento do salário mínimo por servidores municipais; b.6) aumento das mensalidades de plano de saúde; b.7) ausência de discriminação das ligações interurbanas em apenas um único Município; b.8) objetivando a regularização de loteamentos urbanos destinados a moradias populares;

c) *reflexos políticos*: na hipótese de decisão que altere a política econômica ou alguma diretriz governamental de qualquer das esferas do governo (municipal, estadual ou federal) ou que deixe de aplicar tratado internacional.

quando a decisão deferir um direito ou indeferi-lo e essa mesma decisão vier a alterar a situação de fato de várias pessoas. Nas ações coletivas, a regra é que sempre, em princípio, haverá repercussão geral a justificar o acesso ao STF, considerando a amplitude da decisão, claro, se a questão possuir natureza constitucional.

e) *reflexos jurídicos*: esse é um requisito relevante, sob vários aspectos. Haverá repercussão quando a decisão atacada no recurso extraordinário estiver em desconformidade com o que já decidido pelo STF (jurisprudência dominante ou sumulada). Se o papel do STF é uniformizar a interpretação da Constituição, decisões contrárias ao seu entendimento não podem ser mantidas. (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Questão constitucional no recurso extraordinário. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). Ob. Cit.. São Paulo: RT, 2006, p. 283).

⁵⁹ “Oriundo do direito norte-americano, o “*Amicus Curiae*” (*amigo da corte*) é um instituto de matriz democrática, uma vez que permite que terceiros passem a integrar a demanda, para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo, incluindo-se, dessa forma, quando admitidos, nos limites subjetivos da coisa julgada. (DO PRADO, Rodrigo Rurad. *O amicus curiae no direito processual brasileiro*. Disponível na internet via WWW.URL:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6717>. Arquivo capturado em 03 de fevereiro de 2008.

A competência para apreciação⁶⁰ da repercussão geral, demonstrada sob a forma de preliminar⁶¹, é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, impossibilitando que o tribunal local, ou que seja o Superior Tribunal de Justiça, realize julgamento nesse sentido⁶².

O artigo 102, § 3º da Constituição Federal determina que só poderá existir recusa do recurso extraordinário, após análise da *repercussão geral*, mediante manifestação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal⁶³.

Deve ser notado que o relator do recurso extraordinário pode produzir juízo de admissibilidade negativo em razão dos outros pressupostos. Se, porém, esta não for à hipótese, a apreciação da *repercussão geral* será levada a conhecimento da Turma, que se conhecer da sua existência, por no mínimo quatro votos, como garante o artigo 543-A, § 4º CPC, dispensado está a remessa ao Plenário.

⁶⁰ Existe, contudo, verdadeira presunção absoluta de repercussão geral. Para tanto, é necessário que o recurso extraordinário impugne decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, como preconiza o § 3º, do art. 543-A, CPC.

⁶¹ Conforme determina o artigo 543-A, § 2º CPC: “O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”.

⁶² Eventual julgamento acerca da repercussão geral por tribunal diferente do STF enseja a possibilidade de *reclamação constitucional*(art. 102, I, “I”, CF/88) enquanto sucedâneo recursal, mantendo, assim, a integridade da sua competência.

⁶³ A lição de Braghittoni complementa que: “O primeiro aspecto de caráter prático que parece relevante trazer é a questão do *momento processual* em que a repercussão geral deve ser analisada. Pode-se dizer que a repercussão geral tem aspecto de “pressuposto recursal”, dado que sua inexistência acarreta idêntica ocorrência, qual seja, o não-conhecimento do recurso. Ao mesmo tempo, não parece correto afirmar que seja questão de cunho exclusivamente processual, pois determinar se uma questão é ou não dotada de repercussão geral certamente deflui do mérito que nela se discute, não do processo que a traz.

Assim, há de se concluir que a melhor solução é que *primeiro o relator analise todos os pressupostos processuais recursais, para que si depois se cogite da existência de repercussão geral*, até por conta do poder dado ao relator para negar conhecimento aos recursos “manifestamente inadmissíveis” (art. 557 do Código de Processo Civil). Solução diversa desta acarretaria sérios problemas de unho procedimental: imagine-se primeiro ocorrer a manifestação de existência de repercussão geral, para só depois verificar-se, por exemplo, que o recurso era intempestivo.” (BRAGHITTONI, R. Ives. In: Recurso Extraordinário. CARMONA, Carlos Alberto. (coord.), São Paulo: Atlas, 2007, p. 121).

Entende-se, assim, que o legislador, ao procedimentalizar o julgamento acerca da *repercussão geral*, optou por verdadeira presunção da sua existência, o que opera imediatamente em favor do recorrente. Para afastá-la é necessário votação de dois terços dos membros do Tribunal (impossível de ser atingida por uma única Turma), porém, por outro lado, para aceitá-la é exigido apenas o entendimento favorável de quatro ministros.

A cautela acerca da negativa de existência da *repercussão geral*, constatável após observação da disparidade de *quorum* entre acatá-la ou afastá-la é justificável. O artigo 543-A, § 5º, CPC⁶⁴ determina que uma vez negada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos de matéria idêntica, que serão, em contínuo, indeferidos liminarmente.⁶⁵

Outra inovação acerca da *repercussão geral* foi a instituição de um incidente de análise por *amostragem*, como preconiza o artigo 543-B, CPC e seus correlatos parágrafos.

Para realizar a análise da *repercussão geral por amostragem*, processada nos termos do Regimento Interno, é preciso a existência de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, cabendo ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. Todavia,

⁶⁴ “Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

⁶⁵ Nessa hipótese, onde houve negativa acerca da repercussão geral, prejudicando os casos idênticos, o juízo de admissibilidade destes poderá ser realizados pelo Presidente do tribunal *a quo*, pelo relator, ou pela Turma do STF.

negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

Há ainda a circunstância da afirmação da existência da *repercussão geral*, o que acarreta, em imediato, o julgamento do juízo de mérito do recurso extraordinário. Assim, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se, a teor do artigo 543-B, § 3º, CPC.

Contudo, inexistindo retratação por parte do órgão julgador *a quo*, como expressa artigo 543-B, § 4º, CPC, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

II. Prequestionamento

A criação e permanência dos recursos excepcionais no âmbito da sistemática processual civil pátria são justificáveis na medida da nítida missão que carregam, qual seja: trazer uniformidade ao entendimento da legislação federal brasileira.

Nesse contexto, o recurso especial versará sobre ofensa à legislação federal ordinária, bem como o recurso extraordinário deverá suscitar o direito federal violado contido na Constituição.

Para que os Tribunais superiores apresentem entendimento sobre a questão federal/constitucional em debate é necessário que o Tribunal *a quo* igualmente registre no *decisum* a sua própria aplicação do dispositivo legal⁶⁶.

Assim, o Tribunal superior estará procedendo a novo julgamento sobre o que já fora decidido e tipificado/enquadrado na questão federal/constitucional pelo Tribunal estadual ou federal regional.

Do contrário, sem a dinâmica do julgamento pelo tribunal local/regional e posterior e rejuízo pela instância especial em futuras lides os mesmos tribunais ordinários, por certo, aplicarão as fontes do direito divergentemente, esvaindo, assim, a possibilidade de unificação jurisprudencial.

Assim, o prequestionamento surge como instrumento de verificação da questão federal/constitucional pela instância *a quo*. Consoante José Saraiva, *embora não*

⁶⁶ “...Em princípio, os recursos especial e extraordinários devem poder ser decididos sem que necessidade haja de que os autos sejam reexaminados. *Como regra geral, os elementos para o rejuízo da causa devem constar da própria decisão recorrida.*

O importante é que os dados todos constem da decisão . Portanto, pensamos ser desnecessária a interposição de embargos declaratórios com o objetivo de “prequestionar”, quando a matéria foi objeto de análise do Tribunal, ainda que não tenha sido usada como fundamento do *decisum*.

A noção de prequestionamento, como se sabe e como o próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo fenômeno que diz respeito à atividade das partes. As partes é que “questionam”, *discutem* ao longo do processo sobre a questão federal ou constitucional.” . (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 264).

expresso legalmente na forma como tratado pela doutrina e pela jurisprudência, o prequestionamento deflui da própria natureza do recurso especial e da previsão constitucional do seu cabimento.

O recurso especial visa, primordialmente, ao interesse público diante da prestação jurisdicional conferida pelo Poder Judiciário dos entes federados, verificando-se o respeito às normas federais como forma de fortalecer a unidade da federação. Não busca ele reapreciar a causa como um todo, mas, tão somente, verificar a legalidade da fundamentação da decisão recorrida, quando lastreada em norma federal.

*Por conseguinte, para que a Corte ad quem possa analisar se as instâncias ordinárias interpretam com acerto as normas nacionais ditas violadas pelo recorrente, efetivamente, como consectário lógico, o decisum impugnado deve ter adotado como motivação o conteúdo normativo dos dispositivos invocados como desrespeitados.*⁶⁷

Trata-se, na verdade, de pressuposto recursal já há muito utilizado. José Miguel Garcia Medina registra a utilização do prequestionamento até mesmo antes da Constituição de 1946. À época, o Supremo Tribunal Federal já exigia que a lei federal fosse previamente questionada, sob pena de não conhecimento do recurso extraordinário⁶⁸.

Hodiernamente, não se contempla previsão legal expressa que institua o prequestionamento, já que tal vocábulo não foi utilizado pelo legislador constitucional, o que poderia criar um falso problema.

⁶⁷ SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 248.

⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial*, in Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 275.

Se falta menção específica ao vocábulo *prequestionamento*, o texto constitucional, por sua vez, exige que a questão tenha sido *decidida*, impedindo, portanto, que o recurso excepcional verse sobre questão *não decidida*, compreendendo, assim, o mesmo critério finalístico da exigência de prequestionar.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, sob outro prisma, enfrentam a questão da falta de dispositivo legal a legitimar o prequestionamento afirmando que: *“Trata-se, na verdade, de etapa do exame de cabimento dos recursos extraordinários. É passo na verificação da incidência do suporte fático hipotético do recurso extraordinário no suporte fático concreto; é, sobretudo, exame da tipicidade do texto constitucional”*⁶⁹.

Conquanto, se falta dispositivo legal, o direito segundo as fontes doutrinária e jurisprudencial são pródigos na matéria. O Supremo Tribunal Federal adota dois enunciados da sua súmula jurisprudencial em favor do tema⁷⁰, bem como o Superior Tribunal de Justiça em número de três⁷¹.

2.1 O recurso de embargos de declaração como instrumento prequestionador e o prequestionamento ficto.

⁶⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da, DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil, Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, v. 3. p. 224.

⁷⁰ 282, STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada; bem como 356, STF: 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.

⁷¹ 98, STJ: Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório; 211, STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo" além de, 320, STJ: A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.

O princípio da motivação das decisões judiciais⁷², extraído da teoria geral do processo, impõe ao magistrado a ampla exposição das motivações fáticas e jurídicas que concernem à sua decisão.

O acórdão emanado de tribunal estadual ou regional federal deveria, sendo o caso, registrar a questão federal ou constitucional violada, do contrário não há o que se falar em interposição de recurso excepcional.

Se a questão federal/constitucional não foi ventilada ou apenas parcialmente mencionada pelo tribunal, a oposição do recurso de embargos de declaração revela-se como meio processual hábil a provocar o órgão responsável pela decisão a manifestar-se sobre a questão originalmente não contida no acórdão, porém indispensável ao recurso excepcional⁷³, já que o instrumento de trabalho do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ao julgarem seus respectivos recursos excepcionais são os elementos contidos na decisão judicial recorrida.

Teresa Wambier⁷⁴, no âmbito da obra *Omissão judicial e embargos de declaração*, produz conclusão em igual sentido: “*Se o juiz só inclui expressamente na decisão os fatos em efetivamente se baseou a solução normativa encontrada e não aqueles que foram por ele desprezados, porque considerados, por exemplo, irrelevantes, não tendo sido levados em conta, fica difícil, senão impossível para a parte, demonstrar para fim de mera admissibilidade do Recurso Excepcional, que a decisão deveria ser outra, porque outros FATOS deveriam ter sido levados em conta pelo Tribunal a quo, para decidir.*”

Se se tem considerado que a inadequação do decisum aos fatos constantes dos autos é questão de direito e pode dar ensejo à interposição e ao provimento de Recurso Especial ou Extraordinário, como

⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Prellegri. *Teoria geral do processo*. 20ª ed., São Paulo, 2004. p. 68.

⁷³ O enunciado 356 da súmula jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal expressa que: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. Citada. p. 262.

se observou nos itens precedentes é necessário que a parte tenha o correlato direito de ver incluídos expressamente na decisão os fatos que considera relevantes para que se possa considerar ser OUTRA a conclusão a que deveria ter chegado p Tribunal a quo.

A única forma de que dispõe para fazer constar da decisão que pretende impugnar por meio de recurso especial ou extraordinário são justamente os embargos declaratórios. Sabe-se, contudo, que os embargos de declaração são interponíveis em função de lacuna, contradição, obscuridade. Rigorosamente, nenhuma das três hipóteses estaria presente em casos assim: se se tratasse de uma sentença. A decisão que não inclui na parte do relatório ou dos fundamentos fatos que não foram levados em conta, porque considerados irrelevantes para a solução normativa encontrada, na verdade, só padece de vício se de acórdão se tratar”.

É ônus do recorrente opor recurso de embargos de declaração se, porventura, a questão federal/constitucional não se encontra presente no acórdão de responsabilidade do tribunal *a quo*, para, assim, configurar o prequestionamento.

Revela-se possível também que mesmo após a oposição do recurso de embargos de declaração com fim prequestionador, o tribunal responsável pelo *decisum* conheça deste recurso, porém, no mérito, negue-lhe provimento, declarando que nenhuma questão federal/constitucional deveria ter sido mencionada ou, hipoteticamente, estar-se tratando de acórdão que não merece nenhum reparo, sob qualquer perspectiva.

Nessa circunstância em que o recorrente, objetivando interpor recurso excepcional, apresente embargos de declaração visando prequestionamento, porém, após julgamento deste, continua no *status quo*, isto é, sem manifestação do tribunal sobre a questão de interesse, resta valer-se de recurso especial indicando, para tanto, violação ao inciso II do artigo 535, CPC, a fim de o Superior Tribunal de Justiça

determine, expressamente, que o tribunal ordinário manifeste-se acerca da questão federal/constitucional.⁷⁵

Ernane Fidélis dos Santos⁷⁶ assevera que : *A jurisprudência tem-se orientado no sentido de que, mesmo com a interposição dos embargos declaratórios, se a questão não receber a devida apreciação, não são cabíveis o recurso extraordinário ou o especial especificamente quanto a ela. No caso de persistir a omissão nos embargos declaratórios, poder-se-á interpor recurso especial para a devida correção, por violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil.*

O prequestionamento, de que tem sido chamada suposta obrigatoriedade de reapresentação da questão em embargos de declaratórios, como condição de admissibilidade do recurso, é termo inequívoco, pois prequestionar evidentemente significa expor antes a questão. Neste caso, se já foi exposta e decidida, nada há mais a fazer, senão recorrer, servindo os embargos declaratórios apenas para provocar julgamento do que não foi apreciado quando devia”.

Contudo, a temática encontra divergência jurisprudencial. A discordância reside, na verdade, na aceitação ou não do denominado *prequestionamento ficto*,

⁷⁵ PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO APESAR DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 211/STJ. CPMF. ALÍQUOTA ZERO ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEI N. 9.311/96, ART.8º, III E § 3º. PORTARIAS 06/97 E 134/99 DO MINISTRO DA FAZENDA.

1. *"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo."*(Súmula 211 do STJ).

2. Negando-se o tribunal de 2ª instância a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, embora provocado via embargos declaratórios, deve a recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão.

3. As empresas que realizam arrendamento mercantil são equiparadas às instituições financeiras, sujeitando-se, assim, à redução da alíquota a zero na CPMF. *Ratio essendi* do inciso III, do art. 8º da Lei 9.311/96. Precedentes jurisprudenciais.

4. Dessume-se da análise do artigo 8º, III, e § 3º da Lei n. 9.311/96 e do artigo 3º, XXVI, das Portarias n. 06/97 e 134/99 do Ministro da Fazenda, que o benefício da alíquota zero da CPMF aplica-se às empresas de arrendamento mercantil, uma vez que a própria lei prevê que o favor fiscal restringe-se às operações que estão enumeradas no ato do Ministro de Estado da Fazenda.

5. Consoante assentado em precedentes, o *leasing* é considerado uma operação financeira, porquanto encerra financiamento da arrendadora ao arrendatário. Em consequência, a operação é incluída entre as operações bancárias. Deveras, no Brasil as empresas de arrendamento mercantil são controladas e fiscalizadas pelo Banco Central (Lei nº 6.099, de 1974, art. 7º)

6. Precedente (Resp nº 332.485/RJ).

7. Recurso especial improvido. (STJ – 1ª T., REsp 512.521/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 09-02-2004).

⁷⁶ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 684.

caracterizado pela aceitação da realização do prequestionamento, mesmo que o mérito do recurso de embargos de declaração, opostos com finalidade prequestionadora, tenha sido ignorado, persistindo a omissão.

O Superior Tribunal de Justiça⁷⁷ em razão do enunciado 211 da sua súmula jurisprudencial, posiciona-se em não admitir recurso especial, mesmo quando os

⁷⁷ "EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO APESAR DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 211/STJ. CPMF. ALÍQUOTA ZERO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEI N. 9.311/96, ART.8º, III E § 3º. PORTARIAS 06/97 E 134/99 DO MINISTRO DA FAZENDA. 1. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*."(Súmula 211 do STJ). 2. Negando-se o tribunal de 2ª instância a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, embora provocado via embargos declaratórios, deve a recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão. 3. As empresas que realizam arrendamento mercantil são equiparadas às instituições financeiras, sujeitando-se, assim, à redução da alíquota a zero na CPMF. Ratio essendi do inciso III, do art. 8º da Lei 9.311/96. Precedentes jurisprudenciais. 4. Dessume-se da análise do artigo 8º, III, e § 3º da Lei n. 9.311/96 e do artigo 3º, XXVI, das Portarias n. 06/97 e 134/99 do Ministro da Fazenda, que o benefício da alíquota zero da CPMF aplica-se às empresas de arrendamento mercantil, uma vez que a própria lei prevê que o favor fiscal restringe-se às operações que estão enumeradas no ato do Ministro de Estado da Fazenda. 5. Consoante assentado em precedentes, o leasing é considerado uma operação financeira, porquanto encerra financiamento da arrendadora ao arrendatário. Em consequência, a operação é incluída entre as operações bancárias. Deveras, no Brasil as empresas de arrendamento mercantil são controladas e fiscalizadas pelo Banco Central (Lei n. 6.099, de 1974, art. 7º). 6. Precedente (Resp n. 332.485/RJ). 7. Recurso especial improvido."[sem grifo no original] (STJ, 1ª Turma, REsp 512.251 - PR, relator Ministro Luiz Fux, j. 04.12.2003, DJU de 09.02.2004).

Ou ainda:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - ADMISSIBILIDADE - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA 211/STJ) - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO, NA FORMA DOS ARTS. 541, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC E 255 E PARÁGRAFOS DO RISTJ. 1. O STF, no RE 219.934/SP, prestigiando a Súmula 356 daquela Corte, sedimentou posicionamento no sentido de considerar prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios, quando a questão havia sido devolvida ao Tribunal *a quo* por ocasião do julgamento do apelo, mesmo que o Tribunal se recuse a suprir a omissão. 2. O STJ, diferentemente, entende que o requisito do prequestionamento é satisfeito quando o Tribunal *a quo* emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial. 3. Recusando-se a Corte de Segundo Grau a deliberar sobre o dispositivo infraconstitucional supostamente violado, apesar de interpostos os declaratórios, o recurso especial deve ser formulado mediante alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, sob pena de incidir nas disposições da Súmula 211/STJ. 4. Para que se caracterize o dissídio, faz-se necessária a demonstração analítica da existência de posições divergentes sobre a mesma questão de direito. 5. Agravo improvido.[sem grifo no original] (STJ, 2ª Turma, REsp 512.399 - RJ, relatora Ministra Eliana Calmon, j. 09.12.2003, DJU de 08.03.2004.).

embargos de declaração com propósito prequestionador já foram opostos, mas a omissão resiste, posicionando-se, assim, contrariamente ao *prequestionamento ficto*.

O Supremo Tribunal Federal⁷⁸ admite solução diversa. Para o excelso Tribunal a simples oposição dos embargos de declaração, dotado de finalidade prequestionadora, mesmo que tenha seu mérito ignorado pelo tribunal ordinário, induziria o prequestionamento da matéria.

A postura do Supremo Tribunal Federal coaduna com o enunciado 356 da sua súmula jurisprudencial, o qual impõe ao recorrente, para satisfação do prequestionamento, a simples oposição do recurso de embargos de declaração, dado que a postura do tribunal julgador dos embargos foge da responsabilidade e domínio do recorrente. O relevante é a oposição dos embargos de declaração, e não seu provimento.

2.2 Prequestionamento implícito e explícito

Questão que merece abordagem no âmbito do estudo do prequestionamento versa sobre o cabimento ou não do prequestionamento *implícito*.

⁷⁸ "EMENTA: I. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PREQUESTIONAMENTO: SÚMULA 356. O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela. II. Sentença normativa: inexistência de coisa julgada material. Sentença normativa - embora editada por órgão jurisdicional ao cabo de um processo -, é forma de edição de normas gerais e abstratas e, por isso, não faz coisa julgada material: a correção de sentenças em dissídios individuais que não lhes aplique as normas gerais ou as aplique erroneamente se faz mediante recurso de revista (CLT, art. 896, b), do mesmo modo previsto para a revisão das decisões contrárias à lei: o que a respeito se decida na revista, contudo, não pode ser questionado em recurso extraordinário fundado na violação da coisa julgada."(STF, 1ª Turma, AI 173.179 AgR - SP, relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 24.06.2003, DJU 01.08.2003.)

Antes, porém, faz-se necessário tratar do *prequestionamento explícito*, configurado quando a decisão combatida pelo recurso excepcional traz menção direta e expressa sobre o dispositivo legal apontado como violado.

Assim, uma vez que o acórdão recorrido registre com precisão qual lei, artigo, inciso etc, estaria ou não vinculado o direito da parte ter-se-ia o denominado *prequestionamento explícito*.

Todavia, importa constatar se o tribunal debater questão constitucional ou infraconstitucional federal sem mencionar, com precisão, qual texto legal estaria sendo afrontado ou respeitado, também estaria satisfeito o prequestionamento, perfazendo o denominado *prequestionamento implícito*.

Com efeito, a indagação reside se a questão federal/constitucional necessita de menção clara e específica à regra de lei, expressando sua localização no corpo da lei, a teor das técnicas legislativas, determinando o artigo, inciso, etc (prequestionamento explícito); ou admite-se como prequestionada a questão debatida com reflexo e supedâneo na norma federal/constitucional, mesmo sem indicá-la com precisão (prequestionamento implícito)?

A fonte jurisprudencial diverge sobre o tema. O Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, em texto extraído do Recurso Especial 200401076544⁷⁹ determinou que: “Inexiste afronta ao art. 535, II, do CPC quando o V. Acórdão recorrido, a par de não mencionar expressamente os dispositivos legais, apreciou a matéria inserta nos mesmos, configurando, pois, o chamado prequestionamento implícito, admitido por esta Corte”.

Ao julgar a questão em estudo, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, consoante o julgamento do Agravo Regimental 412633 – SP⁸⁰, expressou que: “Pquestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive

⁷⁹ STJ, 4ª T. REsp 200401076544 – (679019 SP), rel. Min. Jorge Scartezini., DJU 20.06.2005,.

⁸⁰ STF, 1ª T., RE-AgR 412633 – SP. rel. Min. Eros Grau. DJU 15.10.2004,

mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. Se a questão constitucional não foi suscitada oportunamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem, são ineficazes e tardios os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido”.

A fonte doutrinária mais relevante, a exemplo da lição de Nelson Nery Júnior, de fato minimiza a partição do prequestionamento em *explícito* e *implícito*, valorizando apenas o aspecto primordial da decibilidade da questão, a qual, uma vez presente, estaria satisfeita a exigência do prequestionamento.

Em confirmação, o mencionado doutrinador ensina que⁸¹: “A visão dicotômica do prequestionamento, em implícito e explícito, é irrelevante para caracterização do cabimento do recurso excepcional. O problema não existe: haja ou não prequestionamento, implícito ou explícito, pouco importa, o recurso extraordinário ou recurso especial só será admissível se a matéria tiver sido efetivamente ‘decidida’, vale dizer, se estiver contida ‘dentro’ do acórdão que se pretende impugnar.”.

A não aceitação do prequestionamento implícito poderia ser justificada para afastar o subjetivismo que adviria da não menção expressa e determinada do suporte legal utilizado na solução da lide, afastando julgamentos vagos e desconexos com a legislação aplicável à espécie.

Por outro lado, com efeito, uma visão instrumental do tema dá notícia que a questão encontra-se prequestionada se for objeto de menção/julgamento no corpo do acórdão que motiva o recurso excepcional, revelando, assim, ser secundária e não primária a transcrição do texto legal que fornece supedâneo.

É indubitável que a questão uma vez prequestionada, quer seja explicitamente, quer seja, no mesmo patamar, implicitamente, satisfaz a necessidade de abordagem prévia, cerne do instituto do prequestionamento.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. V. 1. p. 856.

2.3 Prequestionamento realizado no voto vencido - enunciado 320 da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A temática do prequestionamento merece também ser tratada sob o disciplinamento extraído do enunciado n. 320 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, dotado do seguinte conteúdo:” A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Extraí-se em decorrência, sem que paire dúvida, a lição de que não satisfaz a exigência do prequestionamento o fato do voto vencido tê-la suscitado.

Contudo, resta indagar se as circunstâncias dos votos vencedores tiverem ventilado a questão ensejadora do recurso excepcional, traduz-se em prequestionamento?

Nesse particular, a conseqüência, isto é, o juízo de valor, extraído do debate, acarretando o sucesso ou não da pretensão recursal revela-se indiferente para fim de configuração do prequestionamento.

Se o conjunto de votos, somatório de perdedor e vencedores, mesmo que em sentidos diversos, abordar a questão constitucional/federal há de se concluir pela configuração do prequestionamento, situação diversa daquela prevista no enunciado n. 320 da súmula do Superior Tribunal de Justiça,.

2.4 Prequestionamento de terceiro

2.4.1 Legitimidade recursal de terceiros

Os efeitos diretos de uma decisão judicial, em regra, atingem apenas as partes envolvidas⁸², excluindo terceiros. Todavia, o terceiro, quando sua órbita jurídica é atingida, revela legítimo interesse em demanda alheia, assistindo-lhe, com amparo na sistemática processual civil, inclusive, o direito de recorrer⁸³.

O conceito de terceiro, conforme pródiga lição de José Carlos Barbosa Moreira⁸⁴, é determinado: "...por exclusão em confronto com o de parte: é terceiro quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele em que se profira a decisão".

O artigo 499, § 1º, CPC, impõe pressuposto inafastável para que um terceiro possua legitimidade recursal, a saber: demonstração de nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, o que deve ser traduzido por interesse jurídico.

Tem-se o recurso de terceiro com uma das modalidades de intervenção de terceiros. Assim, os legitimados a intervir no processo, em igual disposição, também podem recorrer.

⁸² Há situação, como tratado no artigo 42, § 3º, do CPC, em que os efeitos da sentença são estendidos ao adquirente ou ao cessionário da coisa ou do direito litigioso.

⁸³ O artigo 499 do CPC confere legitimidade recursal à parte vencida, desde que demonstre nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, ao terceiro prejudicado, bem como em favor do Ministério Público. Há se ressaltar também, que a expressão "parte" presente no texto legal embarca também a condição de terceiro interveniente, adquirido esta condição a teor da utilização de uma das espécies de intervenção de terceiros.

⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa, ob.cit. p. 294.

Leonardo José Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr⁸⁵, trazem uma exceção à premissa esboçada. Segundo os processualistas, o titular do direito de oposição, sem que tenha exercício tal direito, não possui legitimidade recursal, já que, sendo pretense titular da relação jurídica, levaria a instância recursal discussão sobre matéria nova.

2.4.2 Prequestionamento de terceiro

Considerando que a exigência do prequestionamento nasce em razão da natureza do recurso excepcional e não da condição da parte ou de terceiros⁸⁶, assim, portanto, em primeira análise, exigir-se-á o prequestionamento também do terceiro, assim como da parte.

Em consequência direta, o terceiro prejudicado, além de evidenciar efetivo interesse jurídico, em que pese seu recurso não possa ampliar os limites da lide, deve igualmente prequestionar a questão constitucional/federal motivadora do recurso excepcional, valendo-se também do instrumento processual do recurso de embargos declaratórios, sob pena de preclusão.

O posicionamento sustentado no sentido de exigir em absoluto o prequestionamento do terceiro recorrente nem sempre foi pacífico.

⁸⁵ “Aquele que poderia ter sido oponente, mas não foi, e, portanto, ainda é terceiro, não poderá recorrer, já que ele ingressa para discutir a sua relação jurídica, e a intervenção, só na via recursal, ainda que disfarçada pelo recurso, levaria à superior instância matéria nova, não alegada, nem discutida nem decidida no procedimento originário. Só poderá recorrer, pois, para defender interesse de outrem. Cogita-se, no entanto, de situação em que o possível oponente possa recorrer como terceiro: quando seu recurso fundar-se em *error in procedendo*, pois, assim, o acolhimento do pedido recursal, que será o de invalidação da decisão, permitirá a intervenção do oponente em primeira instância. CUNHA, Leonardo José Carneiro da, DIDIER JR, Fredie, ob. Citada, p. 47.”

⁸⁶ Consoante José Miguel Garcia Medina, *O prequestionamento*, p. 256

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em 1980⁸⁷, divergindo de posturas pretéritas⁸⁸, afastou o requisito do prequestionamento em recurso movido por terceiros, considerando, para tanto, a circunstância do terceiro recorrente tratar-se de litisconsorte necessário não citado oportunamente, tendo recorrido após a prolação do acórdão.

Anos mais tarde o Superior Tribunal de Justiça⁸⁹ posicionou-se no mesmo sentido de dispensar o prequestionamento, posto que o terceiro recorrente apenas figurou no processo após a prolação do acórdão, insurgindo-se contra ausência da sua citação na qualidade de litisconsorte necessário.

Hodiernamente a questão ainda enfrenta decisões contrárias⁹⁰. No nosso sentir, parte e terceiros devem receber tratamento isonômico. Se, como de fato se constata, a exigibilidade do prequestionamento decorre da natureza do recurso e não de qualquer análise do recorrente, seja parte ou terceiro, a exigência do prequestionamento deve

⁸⁷ STF, Recurso Extraordinário, 98817 / RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25.03.1983.

⁸⁸ STF, Recurso Extraordinário, 86382 / GO, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14.09.1979.

⁸⁹ STJ, Recurso Especial, 18550/SP - 1992/0003020-3, Segunda Turma, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 22.11.1993.

⁹⁰ "A Turma, por maioria, entendeu que é indispensável o requisito do prequestionamento ao recurso especial interposto pelo terceiro interessado, que não participou da causa. No caso, a recorrente, esposa do réu, só entrou nos autos após a prolação do acórdão recorrido e alegava no especial que, apesar de tratar-se de ação de imissão de posse, não teria sido citada". STJ, REsp 248.089-PR, Rel. originário Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. para acórdão Min. Eduardo Ribeiro, j. 6/6/2000.; bem como, em sentido contrário: "Na hipótese de não ter participado da causa, ainda assim é permitido ao litisconsorte necessário interpor recurso especial na qualidade de **terceiro** prejudicado (art. 499, *caput* e § 1º do CPC). Nesse caso, é dispensável o requisito do **prequestionamento**, pois ingressa nos autos após a prolação do acórdão recorrido justamente para insurgir-se contra a falta de sua citação. Outrossim causa nulidade a falta do arrematante, litisconsorte necessário, na ação de embargos à arrematação. Precedentes citados do STF: RE 91.405-RJ, RTJ 99/726; RE 82.468-RJ, RTJ 80/611; do STJ: RMS 983-RS, DJ 16/3/1992." STJ, [REsp 316.441-RJ](#), Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 25/5/2004.

ser imposta a qualquer recorrente, o que tange também ao terceiro que deduz pretensão recursal.

Assim, não deveria existir regramento diferente para o recurso excepcional de terceiro. Se a exigência do prequestionamento tem raízes constitucionais não cabem aos órgãos jurisdicionais evitá-la.⁹¹

2.5 Prequestionamento e matéria de ordem pública

2.5.1 Matéria de ordem pública

Hodienarmente, majoritária corrente doutrinária concebe a natureza do processo a teor do seu caráter publicista, já que o exercício da jurisdição, na qualidade de atividade tipicamente estatal, deve ser disciplinado por normas de direito público.

Contudo, sem prejuízo do que já fora afirmado, nem todas as normas processuais são de ordem pública. Eduardo Albuquerque Parente, fortemente influenciado pelas lições de Dinamarco⁹², estabelece linha diferencial entre as regras de ordem pública e as demais, “Desta forma, são de ordem pública as regras que tratam dos requisitos genéricos para a obtenção de um provimento de mérito (condições da ação e pressupostos processuais – CPC, arts. 219, § 5º, 267, § 3º, e 301, § 4º - objeto

⁹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Recurso de terceiro*. São Paulo: RT, 2002. p. 80.

⁹² DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

específico do presente ensaio), assim como as que versam sobre competência absoluta”⁹³.

O rol das matérias de ordem pública, de fato, não se esgota no âmbito das normas processuais. Vislumbra-se, também, a existência de normas de direito material, porém dotadas de características públicas, as quais também merecem análise para fim do instituto do prequestionamento, é o caso das normas consumeristas, ambientais, entre outras.

A norma material de ordem pública sujeita-se, independente do grau de jurisdição, a limitação para fim da sua incidência *ex officio*. Com efeito, uma vez aplicadas não podem alterar o objeto da demanda.

Se, porventura, o magistrado, de ofício, aplicar uma norma material de ordem pública e esta alterar o pedido estaria configurado uma indevida majoração dos limites de julgamento, estipulados em sede de petição inicial, bem como na petição que inaugura um recurso.

Porém, a norma material de ordem pública pode ser devidamente aplicada *ex officio* para fim de fundamento do julgamento, acolhendo ou rejeitando a pretensão.

Eduardo Albuquerque Parente traz elucidativa questão hábil a ilustração: *“Novamente exemplificando: se, em tais termos, A postula em apelação o reconhecimento da nulidade de uma previsão contratual a, sob o fundamento x, ante a natureza pública do ordenamento consumerista, ao Tribunal será lícito a declaração de tal nulidade sobre o pretexto y, ainda que não veiculado pelo recorrente. Por outro lado,*

⁹³ PARENTE, Eduardo Albuquerque. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003. Vol. 7, p. 115.

*não poderá, ademais de extirpar a cláusula a, sob o manto do fundamento z, também afastar do contrato a cláusula b, que sequer integrou o objeto do recurso.*⁹⁴

2.5.2 Prequestionamento e matéria de ordem pública

Prima facie, é possível abordar a exigibilidade do prequestionamento para fim de matéria de ordem pública sob duas distintas visões.

A primeira delas, acolhedora da inexigibilidade do prequestionamento para fim da matéria de ordem pública, suscita, em síntese, que, tais questões por não se sujeitam à preclusão, além de suscetíveis em qualquer tempo ou grau de jurisdição, cumulado com a hipótese de aplicação de ofício⁹⁵, devem estar fora da incidência da aplicabilidade do prequestionamento.

Justificando que se evite o trânsito em julgado de uma decisão errônea e as conseqüências advindas, a exemplo da propositura de uma ação rescisória, Nelson Pinto⁹⁶ defende a não necessidade da exigência do prequestionamento para fim de matéria de ordem pública.

Bem como, adotando posicionamento semelhante, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira⁹⁷ justifica que: “com o preenchimento dos requisitos gerais e específicos do recurso especial, deve o Superior Tribunal de Justiça analisar de ofício matéria de ordem pública, porquanto não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a

⁹⁴ Conf. ob, cit., p

⁹⁵ Artigo 113 e § 3º, 267, ambos do CPC.

⁹⁶ PINTO, Nelson. Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça: teoria geral e admissibilidade. São Paulo: Malheiros, 1996.

⁹⁷ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002, p. 342.

inexistência do processo, profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial”

Em percepção diametralmente oposta, José Saraiva aduz que: “Entretanto, mesmo em matérias de ordem pública, faz-se necessária a manifestação sobre o tema no acórdão recorrido, porque é imprescindível o prequestionamento. Por isso a parte pode e deve opor os declaratórios quando o tema a ser conhecido de ofício não foi apreciado pelo acórdão de segundo grau, visto que, senão o fizer, a questão restará preclusa em face da inaplicabilidade ao recurso especial, por orientação jurisprudencial, do princípio de que o juiz conhecerá das matérias de ordem pública em qualquer grau de jurisdição.

Nesse sentido: “Na via estreita do recurso especial não se admite ao STJ conhecer de ofício (ou sem prequestionamento) nem mesmo as matérias a que alude o § 3º do art. 267, CPC”. E, mais: “Pquestionamento. Em sede de recurso especial é indispensável, mesmo em se tratando de alegação de incompetência absoluta”.

Parece-nos mais acertado e instrumental o posicionamento que acata o julgamento da *questão de ordem pública*, mesmo que a parte não a tenha invocado. Até porque, como será explorado com mais ênfase no item 5.4 do presente trabalho, o enunciado 456 da súmula do Supremo Tribunal Federal determina que uma vez conhecido o recurso extraordinário, a causa será julgada, aplicando o direito à espécie.

Assim, se o juízo de admissibilidade do recurso excepcional foi realizado com sucesso o órgão julgador encontra-se livre para aplicar o *direito*, incluindo também, por conseguinte, as *questões de ordem pública*.

III. Elementos que identificam uma demanda

O direito processual, em razão do seu caráter manifestamente *instrumental*, desenvolve-se mediante pressupostos publicistas. O exercício do direito de ação, provocador da atividade jurisdicional, necessita de regras claras, precisas e previamente disponibilizadas e, além de tudo, públicas. Não há o que se falar em processo ou procedimento sem se precisar: quem pede? por que se pede? o que se pede?

As respostas às aludidas indagações, o que corresponde à identificação, respectivamente, das partes, causa de pedir e pedido, caracterizam uma *demanda*⁹⁸, instituto, como garante a fonte doutrinária, diverso do que se entende, hodiernamente, sobre *ação*⁹⁹.

A ação, sinteticamente, representa *o direito* de provocar a atividade jurisdicional, ante a sua inércia, já a *demanda*, pode ser tida como o direito de ação já exercido,

⁹⁸ “Ocorre que para o exercício do direito de ação é necessária a prática de um ato material, ato de natureza material este que é habitualmente chamado pela doutrina de *demanda*. Assim sendo se o vocábulo *demanda* nada mais significa do que *pedir* ou *postular*, a palavra *demanda* deve ser entendida juridicamente como o ato de movimentação ou de início do exercício do direito de ação”. (SILVA, Edward Carlyle. *Conexão de causas*. São Paulo: RT, 2006, p. 24.). Bem como, em outras palavras: “O vocábulo “*demanda*” tem duas acepções: a) é o ato de ir a juízo provocar a atividade jurisdicional e b) é também o conteúdo dessa postulação. Neste último sentido (*demanda*-conteúdo), *demanda* é sinônimo de *ação* concretamente exercida.”(DIDIER Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, v. 1, p. 159.)

⁹⁹ A doutrina assim aborda o conceito de ação: “Ação, portanto, é o *direito ao exercício da atividade jurisdicional* (ou o *poder* de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo”.(CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Praellegri. Ob. Cit.. 20 ed., São Paulo: Malheiros. 2004. p. 249). Ou ainda: “Podemos conceituar o direito de ação como o direito público, subjetivo e abstrato, de natureza constitucional, regulado pelo Código de Processo Civil, de pedir ao Estado-juiz o exercício da atividade jurisdicional no sentido de solucionar determinada lide”.(ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil V. 1*. São Paulo: RT, 2007, p. 125).

registrado em sede de petição inicial, bem como o ato por intermédio do qual o provimento é pleiteado¹⁰⁰.

Considerando a diferenciação realizada entre *ação* e *demanda*, constata-se, pois, que além da impossibilidade de tratá-las como sinônimos, o que, verdadeiramente, não são, revela-se equivocada a afirmação de que uma ação é idêntica a outra (art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil). Uma ação é única¹⁰¹, devendo ser singularmente considerada, o que não impede que seu exercício possa ser repetido. Contudo, o que se reproduz é a mesma *demanda*, e não a mesma *ação*, ensejando, por conseguinte, que uma *demanda* seja idêntica a outra.

A sempre crescente multiplicidade de jurisdicionados gera outro número de litígios que acarretam lides, os quais restam sob a responsabilidade do Poder Judiciário no aguardo de solução prática e útil.

As “enésimas” lides que se avolumam cotidianamente necessitam de individualização. Uma demanda pode e deve ser diferenciada da outra, sob pena de eternização das discussões judiciais ou cumprimentos compulsórios de decisões judiciais repetidamente impostas diante de um único fato causador, sendo, na verdade, tais hipotéticos fatores conseqüências do não respeito à coisa julgada ou litispendência, além de frutos de uma modificação desarrazoada da causa de pedir e/ou pedido.

Uma demanda pode ser caracterizada, ou seja, individualizada, após análise detida da *tríplice identidade* que a forma, pormenorizada pelas *partes*, *causa de pedir* e

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 168.

¹⁰¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A perpetuatio jurisdictionis do processo civil brasileiro*. São Paulo: Tese de doutorado, 2006, p.145.

*pedido*¹⁰². Para concluir se duas ou mais demandas são idênticas é necessário que os três simultaneamente coincidam. Existindo, contudo, divergência quanto a um ou dois elementos tais demandas devem ser reputadas como diferentes.

Assim, agora em diante, abordar-se-ão, um a um, os elementos da demanda, quais sejam, *partes*, *causa de pedir* e *pedido*, enquanto, já que, manifestamente, necessários ao desenvolvimento do presente estudo.

3.1. Partes

Vários sujeitos atuam no processo. Contudo, apenas o *autor*, quem propõe a demanda, e o *réu*, em face de quem a demanda é proposta¹⁰³, recebem a denominação de *parte*.

O artigo 472, CPC¹⁰⁴, registra a importância do tema. Apenas as *partes* que integraram a lide se beneficiarão da coisa julgada, afastando por consequência direta, os *terceiros*¹⁰⁵ de todos os ônus e bônus garantidos no processo.

¹⁰² “É patente a utilidade da denominada individualização da demanda, traduzida esta como sua verdadeira identificação. Com a necessidade de melhor diferenciar as ações, cuidou a doutrina de criar três elementos, cuja obrigatória presença em todas as demandas permite, de forma particular e precisa, extrair importante consequências para outros institutos processuais, como a litispendência, a cumulação de ações, a coisa julgada e a modificação da demanda. Em princípio, estes quatro fatores foram os principais motivadores do estudo da individualização da demanda. Traduziu-se esta preocupação não propriamente na razão de ser da própria explicitação dos elementos trazidos à demanda pelo autor, mas sim dos efeitos dela decorrentes.

Nesta linha, na tentativa de individualizar a *res iudicium deducta*, buscou-se recorrer regras específicas, atingindo-se este escopo justamente com o desenvolvimento dos elementos identificadores da demanda.

Traduzem-se os três *eadem*, como já colocado por parte da doutrina, nas partes, na causa de pedir e no pedido. Esta foi a teoria da tríplice identidade, tratada quase que unissonamente em todos os sistemas modernos”. (PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. p. 20).

¹⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p 278-279.

A doutrina é pródiga no que tange ao conceito de *partes*. Misael Montenegro Filho¹⁰⁶ expressa que: “*As partes de uma relação jurídica – e conseqüentemente do processo – são o autor, ou seja, aquele que exercitou o direito constitucional de ação, pleiteando seja-lhe deferida determinada providência jurisdicional, e o réu, ou seja, a pessoa em face da qual a ação foi movida, contra a qual foi externado o pedido formulado pelo autor*”.

Contudo, uma ressalva necessita registro. Filiando-se ao entendimento majoritário acerca do qual se afirma ser o direito de ação autônomo¹⁰⁷ e abstrato, qualquer conceito de parte, figurante de uma relação processual, ou seja, *parte processual*, não pode ser confundido com *parte material*, em razão da relação de direito material.

¹⁰⁴ Art. 472, CPC: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

¹⁰⁵ O conceito de terceiro já foi explorado no presente trabalho por ocasião do estudo do prequestionamento de terceiro, conforme item 2.3.

¹⁰⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 132.

¹⁰⁷ Defendendo a autonomia do direito de ação frente ao direito material, Marcus Vinicius Rios Gonçalves assevera que: “ A autonomia do processo ensejou a substituição das teorias concretistas pelas abstratistas, nas quais o direito de ação não está condicionado à existência do direito material e com ele não se confunde. A ação surge como direito de exigir uma resposta do Poder Judiciário às pretensões a ele dirigidas, independentemente do direito material. Para os abstratistas, terá havido exercício do direito de ação ainda que o resultado seja a improcedência do pedido. A sua existência não está condicionada à do direito”. (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Curso de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87). Por outro lado, José Ignácio Botelho de Mesquita registra verdadeiro renascimento contemporâneo da teoria *concretista*: “Atualmente, conforme já tivemos oportunidade de salientar, resurge na Europa, especialmente na Alemanha, a teoria *Rechtsschutzanspruch*. R. Pohle, que é quem mais se esforçou em submeter à nova crítica a doutrina até agora dominante, parte da afirmação de que, em processo civil, tem a parte contra o estado um direito público subjetivo a que este proceda a sentencie de acordo com a lei e o direito, decorrendo daí a pretensão (*Anspruch*), que a parte tem contra o Estado, de que este, observadas as normas de direito processual e de acordo com o direito material, profira uma sentença favorável”.(MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005, v. 1, p. 67).

Há de se destacar que o conceito de parte invocado adota, eminentemente, uma conotação processual. O substituto processual parte é, muito embora não seja o titular do direito violado, não figurando, portanto, na relação de direito material.

A vinculação entre o requerente da prestação jurisdicional e a qualidade de ser o titular do direito violado é, de fato, nessa abordagem, irrelevante. O exame da relação de direito material presta-se a identificar a legitimidade *ad causam*¹⁰⁸. Se, porventura, alguém inicia uma demanda sem, porém, integrar a relação de direito material, a análise das condições da ação constatará sua *ilegitimidade* de parte e não sua *qualidade*, o que importa afirmar que se alguém exerce direito de *outrem* não perde a condição de parte¹⁰⁹.

Portanto, o conceito de parte é determinado considerando aspectos tão somente processuais, desvinculando-se da relação de direito material discutida na lide.

3.2 A causa de pedir

¹⁰⁸ “Há a *capacidade de ser parte* e a *capacidade processual*, sendo a expressão capacidade processual sinônima da expressão capacidade de agir ou para estar em juízo.

Já a legitimidade comporta duas *subespécies*: a legitimidade *ad causam* e a legitimidade *ad processum*. A legitimidade *ad causam* é o liame mais nítido e evidente que há entre o direito material e o direito processual, justamente porque é aferido em função do direito material. Numa tentativa de esboçar um conceito de legitimidade *ad causam*, diríamos que ela consiste na coincidência entre a titularidade da relação jurídica de *direito material*, submetida a juízo, e a titularidade da *relação processual*, ou seja, são as partes legítimas para a ação *se forem* elas titulares da relação jurídica de direito material conectada com a lide.

A legitimidade *ad processum*, a seu turno, liga-se à situação de a lei processual criar possibilidade de alguém estar em juízo em determinadas situações, que fogem à regra geral. A regra geral, *i. e.*, o normal, é que aquele que tem legitimidade *ad causam* tenha, *ipso facto*, legitimidade *ad processum*. Entretanto, excepcionalmente, a lei confere a pessoa diferente daquela que tem a legitimidade *ad causam*, no exclusiva ou concomitante com esta, legitimidade *ad processum*, isto é, a possibilidade de estar em determinado processo, figurando como parte”.(WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos CPC brasileiro*. 4 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 217/218).

¹⁰⁹ Nesse sentido: SILVA, Edward Carlyle. Ob. Cit.. São Paulo: RT, 2006, p. 36.

A causa de pedir – *causa petendi* – representa temática causadora de divergência doutrinária. Na verdade não se controverte quanto à conceituação do instituto, mas sim quanto ao correlato conteúdo. Para tanto, de início, se delimitará o alcance de *causa*, para posteriormente especificarmos *causa de pedir* e as respectivas teorias.

Assim, pois, *causa* pode ser constatada de modo objetivo, revelando-se como a função econômico-social atribuída a determinado negócio jurídico. Afirma-se, conquanto, que também que *causa* tem um sentido efetivamente objetivo, deixando a subjetividade para o sentido de *motivo*¹¹⁰.

José Carlos Barbosa Moreira¹¹¹ exemplificando a questão, registra que, num contrato de compra e venda a *causa* corresponde à permuta entre a coisa e o preço, o que estaria adstrito a sua função econômico-social.

Um negócio jurídico pode ser observado sob três distintas perspectivas. a) forma; b) conteúdo; c) causa. Sendo as perspectivas “a “ e “ b” pertinentes à estrutura do negócio, e a “ c” dizendo respeito a sua *função*¹¹². Portanto, a noção de causa guarda ligação com sua função, mais estreitamente sua função econômico-social.

Já a *causa de pedir* conecta-se com a *razão* que motivou o autor a iniciar a demanda¹¹³, isto é, o *escopo*, ou ainda o verdadeiro conteúdo da lide., podendo

¹¹⁰ PETRELLI, Gaetano. *La condizione “ elemento essenziale” del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi*. Milano: Giuffrè, 2000, pp. 51-70.

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Romano*. Vol 1. 5ª, ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 183.

¹¹² BETTI, Emilio,. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2002, p. 55

¹¹³ VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile – 1. Parte generale*. Napoli: Jovene, 2002, p. 142

também ser referenciada como o direito substancial declarado, motivador da formulação do pedido¹¹⁴

O fato, ou um conjunto deles, somados aos elementos de direito constitutivo das razões que fizeram instaurar a demanda correspondem à causa de pedir,¹¹⁵ isto é, o *ratio petitum*, de acordo com uma perspectiva fática e jurídica, útil a individualizar o *petitum*.¹¹⁶ como entende a doutrina pátria. Assim, a causa de pedir representa o conjunto de fatos constitutivos hábeis a estabelecer o direito que a parte autora afirma ser titular. Com base nesse conjunto de fatos pede-se ao Poder Judiciário providências.¹¹⁷

Já a doutrinadora portuguesa Mariana França Gouveia¹¹⁸, abordando outro viés, registra que o entendimento acerca da *causa de pedir* reside nos princípios processuais que influenciam o processo. Portanto, os princípios do contraditório, da adequação formal, da economia processual, da cooperação, da eventualidade e do dispositivo devem ser levados em consideração para fim de estabelecimento da noção de *causa de pedir*. Assim, se se deseja um conceito mais restrito de *causa de pedir* deve-se controlar a atividade do juiz. Se, porém deseja-se regular a atividade das

¹¹⁴ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile – I. Nozioni introduttive e disposizione general*. 3^a, edizione. Torino: Giappichelli, 2003, p. 103.

¹¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 31).

¹¹⁶ “...para concluir que a *causa petendi* é composta por todos aqueles elementos de fato e de direito que servem para individualizar o *petitum*, isto é, completá-lo e constituir com ele uma determinada pretensão em sentido processual”. (MESQUITA, José Ignácio Botelho. Ob. Cit.. São Paulo: RT, 2005, v. 1, p. 146).

¹¹⁷ Conforme ensina Ricardo Luiz da Costa Tjäder (TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p. 19).

¹¹⁸ GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na ação declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18.

partes restringindo a alteração do objeto, a rigidez ou flexibilidade que se conceda ao princípio de estabilização da demanda será o guia para restringir ou ampliar a *causa de pedir*.

Uma vez delineado o conceito de *causa de pedir*, abordar-se-ão as teorias que se lançam a especificar seu conteúdo, que são: da individualização¹¹⁹ e da substanciação.

A divergência entre as teorias da individualização e da substanciação, como afirma Antonio Rugero Guibo¹²⁰, tem origem no direito alemão, em razão da rigidez determinada pela *Eventualmaxime*, segundo a qual as partes deveriam, apenas no início do processo, registrar todas as alegações e provas, sob pena de preclusão.

A *Eventualmaxime* determinava que as partes produzissem todo o conjunto de provas, marcando-se pela economia e celeridade processual¹²¹, mesmo as eventualmente necessárias, desde logo em um único momento, trazendo para o magistrado, por vezes, a obrigação de analisar argumentos e provas inúteis.

Sob outro ponto de vista, Ricardo de Barros Leonel¹²², aponta como causa remota do surgimento das duas teorias em questão a distinção que os romanos faziam no que tange às ações pessoais e reais.

As ações pessoais necessitavam de uma maior fundamentação, já que podiam subsistir repetidamente, mesmo que simultaneamente e entre as mesmas partes, o que

¹¹⁹ A teoria da individualização também é chamada de individuação.

¹²⁰ GUIBO, Antonio Rugero. *A imutabilidade da causa de pedir e o fato superveniente no processo civil brasileiro*. Disponível na internet via WWW. URL: http://sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1414. Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2008.

¹²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no CPC português*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 266).

¹²² LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido*. São Paulo: Método. 2006, p. 86.

não seria possível frente às ações reais, gerando, por conseguinte, enfoques diversos dados à *causa petendi*.

3.2.1 A teoria da individualização

Para a teoria da individualização o conteúdo da causa de pedir seria determinado pela afirmação da parte autora acerca da relação jurídica que baseia seu pedido, desconsiderando, portanto, as alegações de fato e de direito¹²³.

Assim, no âmbito da teoria da individualização, a alteração dos fatos constitutivos, não importa em alteração da causa de pedir, desde que a relação jurídica mantenha-se inalterada¹²⁴.

3.2.2 A teoria da substanciação

¹²³ Conforme Juvêncio Vasconcelos Vianna. (VIANNA, Juvêncio Vasconcelos. A causa de pedir nas ações de execução. In: *Causa de pedir e pedido no processo civil*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.) São Paulo: RT, 2002. p. 95).

¹²⁴ Com efeito, segundo os adeptos da individualização do pedido, desde que permaneça inalterada a relação jurídica afirmada pelo autor, a mudança dos fatos constitutivos não importa alteração da *causa petendi* e, portanto, da ação, como também a sentença que decidir sobre uma determinada relação jurídica se estenderá a todos os fatos que em seu apoio pudessem ter sido alegados pelo autos, tornando improponível nova demanda sobre a mesma relação de direito ainda que fundada em fatos não alegados na primeira.

Entre os defensores desta concepção vamos encontrar os nomes mais destacados processualistas italianos como CARNELUTTI, CHIOVENDA, CALAMANDREI, BETTI e Fagela. E, na Alemanha, WACH, HELLWIG e DEGENKOLB (MESQUITA, José Ignácio Botelho. Ob. Cit.. São Paulo: RT, 2005, v. 1, p. 142).

A teoria da substanciação é caracterizada por estabelecer que o conteúdo da causa de pedir determina-se pelos fundamentos de fato e de direito que servem de base ao pedido, excluindo, porém, simples alegação da relação jurídica.¹²⁵

Portanto, para a teoria da substanciação a demanda judicial deve ser integrada pelo delineamento dos fatos constitutivos de direito, o que importa na *causa agendi remota*. Já para a teoria da individualização, a seu turno, é imprescindível que o autor registre, o direito ou a relação jurídica, caracterizando, assim, a *causa agendi próxima*¹²⁶.

3.2.3 A opção do direito pátrio quanto às teorias da substanciação e da individualização.

A doutrina brasileira é pródiga na constatação de que o Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria da substanciação, visto que exige mais do que a fundamentação jurídica ou exposição da relação jurídica, mas sim, obriga o autor a registrar, em sede da demanda, a alegação e descrição dos fatos sobre os quais o direito que baseia o pedido incide¹²⁷.

Em consonância com essa concepção, o *fundamentum actionis remotum*, equivalente à *causa de pedir remota*, ou *mediata*, diz respeito ao fato que ocasionou o direito. Contrapõe-se à *causa de pedir remota* a *causa petendi próxima*, ou imediata -

¹²⁵ SILVA, Edward Carlyle. Ob. Cit.. São Paulo: RT, 2006, p. 39.

¹²⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. Ob. Cit. São Paulo: Método. 2006, p.87.

¹²⁷ (ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). Ob. Cit.. São Paulo: RT, 2007, p. 129).

fundamentum actionis proximum - caracterizada pelos fundamentos jurídicos que baseiam a demanda. No Brasil, portanto, a causa de pedir compreenderia o somatório do *fundamentum actionis remotum* e do *fundamentum actionis proximum*¹²⁸.

Como conseqüência, a qualificação jurídica atribuída pelo autor¹²⁹ não integra a causa de pedir. A invocação de dispositivos legais ou mesmo de qualquer outra fonte estão fora dos limites da *causa petendi*. Se o enquadramento das repercussões jurídicas do fato tenha sido erroneamente estabelecido, mesmo assim a parte pode se beneficiar da prestação jurisdicional.

Todavia, outra perspectiva deve também ser considerada. A adoção integral da teoria da substanciação confronta-se frontalmente com os artigos 462 e 474, ambos do Código de Processo Civil. Vejamos. O primeiro artigo possibilita que o magistrado considere, mesmo que *ex officio*, fatos constitutivos que pertinem com o Autor. O segundo artigo considera a título de efeito preclusivo da coisa julgada as alegações que o autor poderia ter produzido com relação à rejeição do pedido, porém não o fez¹³⁰.

¹²⁸ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. CAUSAS DE PEDIR PRÓXIMAS DISTINTAS. Para que se configure a litispendência é necessária uma tríplice coincidência: as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. A causa de pedir, próxima e remota (fundamentos de fato e de direito, respectivamente) deve ser a mesma nas ações, para que se as tenha como idênticas; por isso, se a causa de pedir remota é mesma, mas a causa de pedir próxima é diversa, não há litispendência. Recurso especial não conhecido. (STJ, 3.^a T., REsp 625018/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 20.03.2006, p. 267).

¹²⁹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CAUSA DE PEDIR. ALTERAÇÃO APÓS O SANEAMENTO DO PROCESSO. NÃO OCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. POSSIBILIDADE. I - A qualificação jurídica dos fatos declinada pelo autor na petição inicial não integra a causa petendi, visto que compete ao julgador enquadrar o fato à norma pertinente ao caso. Precedentes. II - In casu, não ocorreu violação ao art. 264, parágrafo único, do CPC, pois alterou-se tão somente a qualificação jurídica dos fatos e não a causa de pedir. (STJ, 5.^a T., REsp 807728/RJ, rel. Min. Felix Fischer, DJU 08.05.2006, p. 291).

¹³⁰ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *A perpetuatio jurisdictionis no processo civil brasileiro*. São Paulo: Tese de doutorado. 2006, p. 154.

A teoria da substanciação também não é compatível com o princípio da *iura novit curia*, já que se a alteração da qualificação jurídica, como já sustentado, não importa em modificação da causa de pedir, dos dois pilares (*fato e direito*), *formadores da causa petendi*, verdadeiramente, apenas aquele individualizaria uma ação¹³¹. O direito seria “retirado” dos fatos pelo juiz, conforme o brocardo: *da mihi factum, dado tibi jus*¹³².

Portanto, é possível concluir que o Código de Processo Civil não adotou por completo a teoria da substanciação, mas sim também valeu-se da teoria da individualização, exigindo fato e direito, e não só um ou só outro¹³³.

Contudo, há fatos, tidos como *secundários* ou *simples*¹³⁴, que não integram a causa de pedir, já que apenas servem para *ilustrar* os verdadeiros fatos integrantes. Assim, por conseqüência lógica, não se sujeitam ao disciplinamento de imutabilidade próprio da *estabilização objetiva da demanda*, como será adiante explanado.

3.2.4 A causa de pedir nos recursos excepcionais

¹³¹ GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 56.

¹³² Elicio de Cresci Sobrinho, analisando sentido inverso, dentro da concepção do direito alemão, ventila que: “...o estado de coisas perdeu a força primitiva; numa ação declaratória, de existência ou inexistência de relação jurídica, esta fica perfeitamente individualizada pela afirmação do direito apresentada e dispensa qualquer outro fundamento sobre fatos ou por meio destes.” (SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008, p. 62).

¹³³ Nesse sentido: “Tudo isso está a demonstrar, portanto, que o Código de Processo Civil brasileiro não adotou, em sua integralidade, a teoria da substanciação, assumindo uma posição intermediária em mercê da necessidade de o autor, na petição inicial, não somente narrar os fatos, mas igualmente indicar os fundamentos jurídicos do seu pedido”. (CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *A perpetuatio jurisdictionis no processo civil brasileiro*. São Paulo: Tese de doutorado. 2006, p. 155)

¹³⁴ Ricardo de Barros Leonel arremata que: “(g) os fatos secundários ou fatos simples, que não compõem a causa de pedir, servindo apenas para melhor ilustrá-la ou mesmo para provar sua ocorrência, não estão sujeitos aos limites temporais acima indicados, podendo sua dedução ser feita ulteriormente, por não alterarem a configuração e os contornos objetivos da demanda.

(h) as meras “afirmações” ou “deduções” jurídicas, ou mesmo os dispositivos legais indicados, como simples argumentos de direito, também não estão sujeitos aos limites temporais acima referidos, pois, embora venham em apóio à pretensão deduzida originalmente, não integram os contornos objetivos da demanda, sendo oportuno recordar que o “fundamento jurídico” da demanda não se confunde com o “fundamento legal” (outro pode ser acolhido mesmo *ex officio* pelo juiz, pois *iura novit curia*). (LEONEL, Ricardo de Barros. Ob. Cit. São Paulo: Método. 2006, p.226).

Os recursos excepcionais adotam fundamentação vinculada às hipóteses constitucionalmente estabelecidas, versando, exclusivamente, sobre a *norma* contida na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, e não acerca do *direito* do recorrente em particular.

Em primeira análise, portanto, dentro de uma concepção tradicional e para fim do juízo de admissibilidade, a causa de pedir remota, já que determinante dos fatos, estaria impossibilitada de discussão em sede de recurso extraordinário¹³⁵, restando ao recorrente apenas a possibilidade de explorar a causa de pedir próxima, visto que baseada no contexto jurídico.

3.3. Pedido

O terceiro elemento da demanda é o pedido, sendo este o verdadeiro núcleo da petição inicial, visto tratar-se da efetiva providência material deduzida em juízo,

¹³⁵ A questão, contudo, não é unânime na doutrina. José Jesus Cazetta Júnior lembrando ensinamento de José Rogério Cruz e Tucci, a teor das seguintes palavras, defende que a causa de pedir dos recursos excepcionais constituem questões de fato e não de direito como mais amplamente aceito: “Para José Rogério Cruz e Tucci, tanto a *questão constitucional* quanto *questão federal* constituem, respectivamente, a *causa petendi* do recurso extraordinário e do recurso especial, integrando a classe das *quaestiones facti*. Essa explicação é sedutora e tem o mérito de revelar que no recurso extraordinário (como também do especial), bem ao contrário do que habitualmente se propala, não interessa, apenas, o *ius in thesi*: este, embora essencial à decisão, tão somente seria, segundo esse magistério, o parâmetro que demonstra *in concreto* a contrariedade à Constituição (ou à lei federal); essa ofensa, entretanto, considerada em si mesma, constituiria uma *questão de fato*” (CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Conteúdo da causa de pedir e sua aplicação ao RE. In: *Causa de pedir e pedido no processo civil*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.) São Paulo: RT, 2002. p. 258).

acarretando, por conseqüência, também uma pretensão processual¹³⁶, visto que, como ensina Scarpinella, "... o pedido formulado pelo autor transporta o conflito de interesses que se verifica no plano material para o plano do processo"¹³⁷.

O pedido estabelece rígidos limites à pretensão jurisdicional. Se, porventura, o magistrado desrespeitar as fronteiras estabelecidas pelo autor, estará produzindo julgamento *citra, ultra ou infra petita*, como estabelecem os artigos 128 e 460 do CPC instituidores do princípio da *congruência* entre o pedido e a sentença ou da *vinculação do juiz ao pedido*.

A doutrina observa no pedido uma relação binária, tornando-se possível distinguir um objeto *imediato*, correlato à providência jurisdicional, e um outro objeto *mediato*, este sim correspondente ao bem da vida, ao resultado útil e prático.¹³⁸

O pedido adota características manifestamente marcantes, quais sejam: *certeza*, isto é, expreso, antônimo de implícito, *e*, e não *ou* como presente no *caput* do artigo 286, CPC, *determinado*, como sinal de qualidade e quantidade. Excepcionalmente, admite-se a formação de pedido *genérico*, ocasião em que o autor não consegue, em termo gerais, naquele momento, formular pedido determinado.

O pedido pode ainda, ser classificado de acordo com o *número*. Assim, nessa guisa, o pedido *unitário* é representado por um objeto singular, apenas e tão somente

¹³⁶ DIDIER JR, Fredie. Considerações sobre o regramento do pedido no CPC-73. In: DINAMARCO, Pedro da Silva Hélio; REZENDE RIBEIRO, José Horácio Halfeld; RIBEIRO COSTA, Rubens Batista (Coord.). *Linhas mestras do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2004. p.251).

¹³⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. In: *Código de Processo Civil Interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.), São Paulo: Atlas, 2004, p. 882).

¹³⁸ ZACLIS, Lionel. Cumulação eventual de pedidos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 411).

um único pedido fora expresso, já os pedidos *cumulados* caracterizam-se pela dedução plural deles¹³⁹.

O pedido, por fim, leva ao conhecimento do Estado a *pretensão*¹⁴⁰ do requerente da prestação jurisdicional. Assim, aplicar-se-á solução concreta ao litígio, pacificando a relação.

¹³⁹ TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. Ob. Cit.. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p. 32).
¹⁴⁰ (SILVA, Edward Carlyle. Ob. cit. São Paulo: RT, 2006, p. 26.).

IV. Estabilização da demanda

A nossa dogmática jurídica é assentada na dialética entre a *tese*, ofertada pelo autor, pela *antítese* de responsabilidade do réu, e, por fim, pela *síntese* a cargo do magistrado operada em sede de sentença. Para a formação da *síntese*, na qualidade de pronunciamento judicial hábil a pacificar o litígio, optou por especificar um momento sob o qual não é mais oportuno deduzir fatos e direitos.

Uma vez configurado o momento sob o qual as questões fáticas e jurídicas não devem ser mais apresentadas, objetivando com tal restrição formar a decisão judicial de mérito levando em conta um finito número de argumentos, tem-se a *estabilização da demanda*.

Assim, a *estabilização da demanda*¹⁴¹ compreende a impossibilidade imposta ao autor de modificar os elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido)¹⁴².

Por conseqüência, após a *estabilização de demanda*¹⁴³, é vedado ao autor modificar as partes, enquanto *elemento subjetivo*, bem como a causa de pedir e o pedido, na qualidade de *elementos objetivos*.

¹⁴¹ Júnior Alexandre Moreira Pinto concebe a estabilização da demanda como: "...o momento em que apresentadas todas as alegações pelas partes, estas não podem mais ser modificadas, preparando processo para uma fase seguinte, da realização das provas, em que cada litigante se incumbirá de demonstrar a veracidade de suas alegações, seja o autor provando o fato constitutivo do seu direito, seja o réu provando o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor". (PINTO, Júnior Alexandre Moreira. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) Ob. Cit.. São Paulo: RT, 2002. p. 55).

¹⁴² GUIBO, Antonio Rugero. Ob.Cit.. Disponível na internet via WWW. URL: http://sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1414. Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2008.

¹⁴³ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. ASSOCIAÇÃO. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DOS ASSOCIADOS. ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA. 1. A questão referente ao julgamento extra petita surge somente na segunda decisão proferida pelo Juízo a quo, razão pela qual não se pode falar em preclusão do direito de recorrer. 2. A ação foi proposta com fundamento na representação processual, restrita ao rol de associados elencados na petição inicial. Nesse passo, não há como, depois de estabilizada a

A lição de Vicente Greco Filho¹⁴⁴ acerca da estabilização da demanda, embora tenha utilizado a expressão *estabilização do processo*, passa pela relação entre o instituto e o interesse público acerca da boa administração da justiça. A sua não realização geraria instabilidade na prestação jurisdicional, com conseqüências nas relações jurídicas em geral.

Assim, estabilizar a demanda compreende fixar um momento sob o qual não será mais possível alterar ou adicionar partes, causa de pedir e pedido, o que guarda estreita ligação com a noção de preclusão.

A realização da *preclusão* opera a extinção de uma situação jurídica ativa, impossibilitando, portanto, a realização do ato processual ou sua repetição. Comumente entende-se que as espécies de *preclusão* são¹⁴⁵: a) *temporal*, pertinente com o decurso do tempo; b) *lógica*, caracterizada pela prática de ato incompatível com a vontade de realizar o ato; e, c) *consumativa*, especificada pela prática do próprio ato que facultava à parte operar.

A divisão do processo em fases distintas compreende, intrinsecamente, a idéia de que uma vez realizada uma etapa passa-se para a imediatamente subsequente, impedido que um ato processual adstrito a uma fase já esgotada seja praticado -

demanda, alterar seus lindes sem o consentimento da parte contrária. 3. O pleito de extinção do processo com julgamento de mérito dado o reconhecimento do direito material da recorrente pela parte contrária escapa aos limites deste recurso. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, 4.^a T., AgRg no Ag 660814 / RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 05.09.2005. p. 423).

¹⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v.2. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 59.

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 108.

gerando *preclusão*. Assim, o procedimento sempre marcha para seu último ato, de cunho decisivo, evitando sua eternização¹⁴⁶.

Além da *preclusão*, a *estabilização da demanda* relaciona-se estreitamente com o *princípio da eventualidade*¹⁴⁷, o qual assevera que é obrigação das partes produzir, em um momento único, as alegações e requerimentos que coadunam com a fase processual oportuna¹⁴⁸.

O campo de incidência do *princípio da eventualidade* atinge as alegações, assim como os meios e os requerimentos de provas, não se esgotando na inicial e na

¹⁴⁶ “Reconhecendo-se o caráter seqüencial dos atos procedimentais, pretende-se que o processo não esteja sujeito a retrocessos, e que após o seu início venha a cumprir todas as suas fases, desaguando em seu ato final, a sentença. Deve tornar-se ordenado e solícito o caminhar do processo, assegurando-se seu desenvolvimento sem contradições e repetições, e garantindo-se, também, a certeza quanto às situações processuais nele surgidas”. (LEONEL, Ricardo de Barros. Ob. Cit. São Paulo: Método. 2006, p. 121).

¹⁴⁷ O princípio da eventualidade atinge autor e réu, já o *princípio da concentração* determina que o réu registre todas as suas razões em sede de contestação.

¹⁴⁸ PROCESSO CIVIL – FINANCIAMENTO DE IMÓVEL – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL – PRESTAÇÃO COM BASE NO REAJUSTE SALARIAL DO MUTUÁRIO OCORRIDO NO MÊS DE ASSINATURA DO CONTRATO – PRETENDIDA NÃO INCIDÊNCIA – PEDIDO NO SENTIDO DE APLICAÇÃO DE RESOLUÇÃO DO BNH ULTERIOR – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NA CONTESTAÇÃO QUANTO A ESSE PONTO – SENTENÇA QUE RECONHECE O DIREITO DO MUTUÁRIO COM BASE EM ANTIGA RESOLUÇÃO – APELAÇÃO ATACANDO A VALIDADE DESSA RESOLUÇÃO POR NÃO MAIS VIGORAR – APELAÇÃO NÃO CONHECIDA PELA CORTE A QUO POR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NA CONTESTAÇÃO– RECURSO ESPECIAL – ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 512 e 515, AMBOS DO CPC – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. - É dever das partes alegar, no momento próprio, toda a matéria de ataque e defesa, diante da utilidade que esse proceder irá produzir para o deslinde da controvérsia, sob pena de, deixando para outra oportunidade, ocorrer a preclusão.-"O princípio da eventualidade consiste em alegar a parte, de uma só vez, todos os meios de ataque e defesa como medida de previsão – in eventum para o caso de não dar resultado o primeiro. Isso significa, como acentua Millar, que as partes, nas fases apropriadas, devem apresentar, simultânea e não sucessivamente, todas as suas deduções, sejam ou não compatíveis entre si, e ainda que o pronunciamento sobre uma delas torne prescindível considerar as subseqüentes. Por força do princípio da eventualidade, devem as partes produzir suas alegações, nos períodos correspondentes, para a eventualidade de que mais tarde lhes possam ser úteis, ainda que por momento não o sejam. O princípio da eventualidade está muito ligado à preclusão. Se a parte não alegou tudo o que lhe era lícito aduzir, no instante processual adequado, pode ficar impedida de suscitar uma questão relevante, em outra oportunidade, por ter ocorrido a preclusão. Esta última, aliás, como lembra Enrico Tullio Liebman, serve para garantir justamente a regra da eventualidade" (cf. José Frederico Marques in "Instituições de Direito Processual Civil", revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1ª ed., Millennium Editora, 2000, Campinas – SP). Recurso especial não conhecido. (STJ, 2.ª T., REsp 156129 / MS, rel. Ministro Franciulli Netto, DJU 10.09.2001 p. 367).

resposta do réu, *tese* e *antítese*, mas, porém, renova-se em cada fase distinta do processo.¹⁴⁹

Outro viés importante do *princípio da eventualidade* é a possibilidade concedida às partes de apresentar razões mesmo que excludentes e incompatíveis, viabilizando, assim, que se, hipoteticamente, o magistrado não venha a acolher uma determinada, passe, então, para a análise da seguinte.

4.1 Contornos gerais de uma estrutura processual rígida

Os limites atribuídos à estabilização da demanda são compreendidos de maneiras diversas nos países. Há sistemas processuais que adotam estruturas processuais rígidas, enquanto que, outros, disciplinam o tema de maneira mais flexível.

Uma estrutura processual rígida, conforme a lição de Junior Alexandre Moreira Pinto¹⁵⁰, caracteriza-se por fixação de limites temporais curtos para que autor e réu deduzam suas alegações.

Apresentando outra concepção, Antônio Rugero Guibo¹⁵¹, defende que um modelo processual é considerado rígido quando há um momento predeterminado que a demanda encontre sua estabilização, tornando os objetos do processo inalteráveis.

A teoria da substanciação da causa de pedir, como já previamente detalhada, coaduna com as estruturas processuais rígidas, já que impõe um critério de preclusões,

¹⁴⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do advogado. 2005. p.131.

¹⁵⁰ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. p. 107.

¹⁵¹ GUIBO, Antonio Rugero. Ob. Cit.. Disponível na internet via WWW. URL: http://sapiencia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1414. Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2008.

exigindo a exposição simultânea de todos os fatos constitutivos¹⁵², impedindo, assim, que reiteradamente seja apresentada uma nova questão a ser julgada.

Considerando que o processo civil brasileiro adotou a teoria da substanciação para reger o conteúdo da causa de pedir, passou, assim, de imediato, a se inserir no contexto de uma estrutura processual rígida, vedando, assim, a livre apresentação de fatos e direitos, restando-as a oportunidades processuais específicas, sem que, como regra, possam ser ultrapassadas, sob pena de preclusão.

4.2 Contornos gerais de uma estrutura processual flexível

Se, sob a perspectiva da estabilização da demanda, uma estrutura processual rígida é identificada pela fixação de limites temporais curtos para que as partes produzam alegações, bem como pela fixação de um momento único para sua ocorrência, um modelo processual flexível é constatado justamente pela ausência desses mesmos caracteres.

A possibilidade de registrar novos fatos na demanda, retrocedendo nas fases procedimentais, caracteriza o modelo processual de estrutura flexível. A *teoria da substanciação* da causa de pedir está para o *modelo processual rígido*, assim como a *teoria da individualização* está para o *modelo processual flexível*. Para tanto, deve ser lembrado que a *teoria da individualização* adota como cerne a afirmação da parte autora

¹⁵² PINTO, Júnior Alexandre Moreira. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) Ob. Cit.. São Paulo: RT, 2002. p. 64.

acerca da relação jurídica que baseou seu pedido, desconsiderando, portanto, as alegações de fato e de direito que integram a causa de pedir, facultando, assim, que os fatos constitutivos sofram modificação.

4.3 Momentos da estabilização da demanda no processo civil brasileiro

Como já explicitado, o direito processual civil adotou também a *teoria da substanciação* da causa de pedir, bem como um modelo rígido para fim de modificação dos elementos objetivos da demanda, a saber: causa de pedir e pedido.

Com efeito, como garantem os artigos 264 e 294 do Código de Processo Civil¹⁵³, a modificação do pedido ou causa de pedir pode ser realizada pelo autor antes da citação¹⁵⁴, enquanto momento de angularização da relação jurídica processual, sem que se seja necessário sequer ventilar a anuência da parte contrária.

Porém, uma vez feita a citação extingue a faculdade, antes exclusiva do autor, de, querendo, modificar os elementos objetivos da demanda, necessitando que seja

¹⁵³ Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

¹⁵⁴ PROCESSUAL CIVIL – INOVAÇÃO DO PEDIDO APÓS A CONTESTAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. 1. Os confins de uma demanda são postos pelo pedido veiculado pela petição inicial, conforme se extrai da literalidade do art. 128 do CPC. 2. A matéria relativa a inconstitucionalidade da Lei n. 6.556/89 que majorou a alíquota de 17% para 18% foi introduzida no recurso de apelo, o que é defeso, nos termos do princípio da estabilização do processo, hospedado no art. 264 do CPC. Recurso Especial improvido. (STJ, 2.^aT., REsp 852622 / SP, rel. Ministro Humberto Martins, DJU10.10.2006 p. 301).

oportunizado ao réu manifestar-se, podendo, inclusive, impedi-la. Se, porém, consentir classificar-se-á a *alteração objetiva convencional*¹⁵⁵.

Se fosse, contudo, facultado ao autor alterar os elemento da demanda, mesmo já tendo sido realizada a citação, a defesa do réu, por certo, restaria prejudicada, já que o contraditório já foi ofertado e a resposta produzida considerou os pontos suscitados em sede de petição inicial e não eventuais questões desconhecidas e futuras.

Antes, todavia, de adentrarmos no outro marco processual hábil a estabilização, qual seja: *saneamento do processo*, duas outras questões relacionadas ao tema merecem destaque. A primeira diz respeito ao litisconsórcio passivo, sem que todos os integrantes do pólo passivo tenham sido citados e possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda. A segunda, por sua vez, relaciona estabilização e revelia.

Ocorrendo a formação de um litisconsórcio passivo, isto é, um integrante do pólo ativo e pluralidade de pessoas no âmbito do pólo passivo, em que ao menos um dos réus foi citado, porém o(s) outro(s) ainda não, pergunta-se: seria possível modificar os elementos da demanda?

A modificação do pedido ou causa de pedir no contexto suscitado seria possível, mesmo sem a anuência dos réus já citados¹⁵⁶, já que a totalidade das angularizações processuais ainda não foi aperfeiçoada. Conquanto, nova citação para fim dos réus já

¹⁵⁵ (MARCATO, Antonio Carlos, In: *Código de Processo Civil Interpretado*. (coord.), São Paulo: Atlas, 2004, p. 756).

¹⁵⁶ “Litisconsórcio passivo. Havendo mais de um réu, enquanto não realizadas todas as citações, a modificação do pedido ou da causa de pedir é possível, mesmo sem o consentimento dos réus já citados (JTACvSP 95/264). Convém anotar que, havendo a modificação, os réus já citados deverão sê-lo novamente, para que possam tomar conhecimento da modificação”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 9 ed., São Paulo: RT. 2006. p.433).

citados deve ser realizada, oportunizando-os manifestação acerca dos inéditos pilares fáticos e jurídicos e/ou pedidos.

Deve ser determinado também se diante da revelia o autor pode modificar os elementos da demanda. Dividiríamos a análise proposta em duas circunstâncias distintas. *A uma, o réu é tido como revel e ainda não interveio no processo*, como prevê o artigo 321 do Código de Processo Civil¹⁵⁷, situação a qual denota a não possibilidade de modificação dos elementos objetivos da demanda¹⁵⁸, já que qualquer alteração necessita da oportunização de manifestação do réu acerca do pleito. De fato, o revel deixou de responder a causa de pedir e pedido específicos, novos elementos da demanda induzem nova citação. *A duas, o réu é revel, porém já interveio no processo*, o que determina a necessidade de sua intimação para que se manifeste acerca da tentativa de modificação por parte do autor.

Em poucas e objetivas palavras, com arrimo no que já se sustentou, é possível garantir que: *a)* antes da citação do réu, é facultado ao autor modificar os elementos objetivos da demanda; *b)* depois da citação, é necessário que o réu seja beneficiado com concessão de oportunidade de manifestação, podendo, inclusive, impedi-la.

Contudo, ainda deve ser considerado o *saneamento do processo*, tido como *termo final* de alteração dos elementos objetivos da demanda, após, nem a expressa

¹⁵⁷ Art. 321. Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 (quinze) dias.

¹⁵⁸ “Observe-se, em acréscimo, que sendo o réu revel, mostra-se inadmissível a alteração objetiva convencional, pela singela razão de que ele não será convocado a anuir à alteração, vedado ao autor, conseqüentemente, aproveitar-se da revelia para substituir ou modificar o pedido”. MARCATO, Antonio Carlos, In: *Código de Processo Civil Interpretado*. (coord.), São Paulo: Atlas, 2004, p. 756).

concordância volitiva do réu concede ao autor a desejada alteração, conforme regra extraída do artigo 264, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Outrossim, a *estabilização* em estudo atinge também as *partes*, na qualidade de *elementos subjetivos da demanda*, impossibilitando que após a citação as partes sejam substituídas, bem como terceiros sejam incluídos, proibindo, assim, a mera substituição voluntária.

Com efeito, a *estabilização subjetiva da demanda*, isto é, atinente às partes, atinge o *status* de efeito processual da citação¹⁵⁹, a título de desdobramento de *litigiosidade da coisa*.¹⁶⁰, traz rol meramente *exemplificativo* dos efeitos e não *taxativo*.

Contudo, o artigo 41 do Código de Processo Civil permite a *substituição*¹⁶¹ *voluntária* das partes nos casos expressos em lei¹⁶². Assim, em regra, abrindo vazão para que apenas a *lei* estabeleça exceção, nem mesmo a modificação da relação

¹⁵⁹ Ao nosso sentir, a *estabilização subjetiva da demanda* há de ser tida como efeito processual da citação, já a *estabilização objetiva da demanda* (causa de pedir e pedido) não pode obter a mesma classificação. A modificação da causa de pedir e pedido podem ser alteradas, com a anuência do réu, entre a *citação* e o *saneamento do processo*, depois deste momento nem com a concordância daquela pessoa. Assim, nessa circunstância, outros elementos diferentes da citação estabilizam definitivamente os elementos objetivos da demanda (manifestação do réu e saneamento do processo). De fato, a estabilização dos elementos objetivos da demanda pode ser tida como efeito processual do despacho saneador e não da citação, como ocorre com a *estabilização subjetiva*.

¹⁶⁰ Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

¹⁶¹ José Roberto dos Santos Bedaque adverte que: “O termo *substituição* não é aqui utilizado em sua acepção técnica. Não se trata da substituição processual, modalidade de legitimidade extraordinária, mediante a qual, em caráter excepcional, alguém está autorizado a, em nome próprio postular em juízo direito alheio (art. 6º, *fine*). O legislador está-se referindo, na verdade, a sucessão processual, ou seja, alteração subjetiva da parte em razão de mudança verificada na relação jurídica material. O sucessor, quando autorizado a atuar no processo, entra em lugar do sucedido e continua defendendo o direito em nome próprio, pois passou a ocupar a posição de titular da suposta situação de vantagem estabelecida no plano jurídico-material”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, In: *Código de Processo Civil Interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.), São Paulo: Atlas, 2004, p. 142).

¹⁶² São exemplos de hipóteses legais de sucessão processual, todos emanados do Código de Processo Civil: a) artigo 42, § 1º, ingresso do adquirente ou cessionário; b) artigos 65 a 68, terceiro nomeado, excluindo o réu nomeante.

estabelecida no plano de direito material acarretará em modificação das partes figurantes na relação processual.

V. O direito superveniente

O Código de Processo Civil, conforme artigo 462¹⁶³, possibilita que, mesmo depois de estabilizada a demanda, tendo, portanto, por inalteráveis seus elementos subjetivos(partes) e objetivos(causa de pedir e pedido), o *direito superveniente*¹⁶⁴, consubstanciado por algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, seja considerado para fim de produção da decisão de mérito.

Afirmou, assim, o legislador que a decisão judicial deve refletir o momento da sua confecção e não apenas as estáticas razões apresentadas pelas partes em sede de petição inicial e contestação, representativas e condizentes com tempo pretérito.

O fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito mencionado no artigo 462 do Código de Processo Civil é aquele surgido após a estabilização da demanda e não aquele ocorrido preteritamente e não invocado pelas partes. Assim, vale asseverar que uma vez que o fato já tenha surgido e não foi, oportunamente, suscitado no processo encontra-se sujeito, portanto, a *preclusão*.

Admite-se, com base ainda no predito artigo legal, para fim de incidência do *direito superveniente* sua invocação por parte do juiz, de ofício, bem como atendendo requerimento da parte autora e ré¹⁶⁵.

¹⁶³ Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

¹⁶⁴ Faz-se ressalva no sentido de que a expressão “direito superveniente”, *ius superveniens*, será utilizada como o *fato* e o *direito* superveniente amalgamados.

¹⁶⁵ Já se decidiu que: “Recurso Especial. Previdenciário. Processual civil. CPC. Art. 462. Causa de pedir. Situação fática posterior. Sentença. A causa de pedir e o pedido fixam a extensão da sentença. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no

Se, como de fato é, o *ius superveniens* pode ser determinado *ex officio* aplicar-se-á, nesse sentido, as mesmas regras que norteiam a invocação espontânea de normas pelo magistrado. Por conseguinte, o juiz só poderá impor o *direito superveniente* se a lei possibilitar sua invocação de ofício.

Com efeito, sedimentou-se o entendimento que, por exemplo, as questões de ordem pública, bem como as que atingem direitos indisponíveis e prescrição¹⁶⁶, além dos fatos não alegados pelas partes¹⁶⁷, podem ser suscitados de ofício, independentemente de requerimento da parte¹⁶⁸, podendo também, em conseqüência, integrarem o *direito superveniente*, restando ao magistrado verdadeira vedação de invocação, sem requerimento, quanto às questões assim não tipificadas.

Três elementos qualificam o fato apto a considerá-lo direito superveniente. O fato constitutivo deve guardar estreita ligação com o fato registrado no âmbito da petição inicial¹⁶⁹, porém nunca com este se confundindo, o que se evidencia pela circunstância

juízo da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença". (STJ, 6ª Turma, Resp 177.297/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 9.11.1998, p. 193); ou ainda: "Recurso especial – Embargos de declaração. Cabíveis embargos declaratórios para sanar omissão de acórdão que não aplicou, de ofício, direito superveniente (arts. 462 c/c 535, II, CPC). Recurso improvido. (STJ, 1ª Turma, Resp 5.708/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 30.09.1991, p. 13.464.)

¹⁶⁶ Conforme artigo 219, § 5º, CPC.

¹⁶⁷ Como determina o artigo 131, CPC, de seguinte redação: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

¹⁶⁸ Nelson Nery ensina que: "3. Princípio dispositivo e ordem pública. As questões de ordem pública devem ser conhecidas *ex officio* (v.g., CPC 267 § 3.º, 301 § 4.º), independentemente de pedido da parte ou interessado. As questões de direito indisponível, como, por exemplo, as de família, de direito difusos (meio ambiente, consumidor etc), podem ser investigadas no processo de ofício. O juiz, por exemplo, pode declarar nula determinada cláusula contratual, mesmo sem a requisição da parte, e até sua vontade, porque o vício de nulidade é proclamável de ofício. As questões de ordem pública podem ser consideradas, do ponto de vista prático, incluídas implicitamente nos pedidos. Só a nulidade do casamento não pode ser declarada de ofício, *incidenter tantum* no processo, porque para tanto a lei exige expressamente a propositura de ação (RT 494/176)". (NERY JUNIOR, Nelson. *Ob. cit.*. 9 ed., São Paulo: RT. 2006. p.129).

¹⁶⁹ Antonio Rugero Guibo estabelecendo critério para acatamento do fato constitutivo no âmbito do caso em comento aduz que "Nesses casos todos, o critério possível parece ser o da identidade da relação jurídica. Em outras palavras, se estivermos diante de fatos que redundem na constituição da relação jurídica com conteúdo idêntico ao da relação originalmente alegada, será o caso de admitir-se o

de que o *direito superveniente* poderia dar ensejo a uma nova e autônoma ação, sem ferir, contudo, a *coisa julgada material*. Já os fatos *modificativo* e *extintivo*¹⁷⁰, como preconizado pelo artigo 462, guardam nítida afinidade com o artigo 303, I, ambos emanados do Código de Processo Civil. Autor e réu podem valer-se do *direito superveniente*, perfazendo exceção, como suficiente supedâneo legal, ao princípio da *eventualidade*.

Contudo, a prova dos fatos constitutivos do seu direito, nem sempre é unicamente exigida do autor, impor tal ônus é o que, porém, acontece majoritariamente. Vislumbra-se que também o réu poderia afirmar fatos constitutivos, como, por exemplo, uma ação declaratória negativa, onde réu deve esmerar-se em provar a relação jurídica existente entre ambos. Assim, a posição de cada um litigantes não influenciará no ônus processual de provar o fato constitutivo do seu direito¹⁷¹, o que vale também, com a mesma incidência, para fim do *direito superveniente*.

fato constitutivo superveniente. Contudo, a relação jurídica foi diversa, o fato constitutivo só poderá ser deduzido por intermédio de nova demanda” (GUIBO, Antonio Rugero. Ob. Cit.. Disponível na internet via WWW. URL: http://sapiencia.poucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1414. Arquivo capturado e, 03 de Janeiro de 2008. p. 129)

¹⁷⁰ Scarpinella ao tratar da hipótese do réu invocar, sob o pálio de *ius superveniens*, fato impeditivo, garante que: “...A lei nada dispõe, a essa altura, acerca dos fatos impeditivos que poderiam ser alegados pelo réu (ver art. 326). Certamente porque não há como conceber, por definição, fatos impeditivos (a anulabilidade ou nulidade do negócio jurídico, por exemplo), que não sejam anteriores ou contemporâneos a formação do negócio jurídico levado a juízo. Daí, aliás, a confirmação do entendimento defendido pela doutrina de que os fatos novos que poderão influenciar o julgamento da causa são os ocorridos depois da propositura da ação e não aqueles ocorridos antes e que as partes, por um ou outro motivo, desconheciam até então” (BUENO, Cássio Scarpinella. In: Ob. citada. MARCATO, Antonio Carlos (coord.), São Paulo: Atlas, 2004, p. 1422).

¹⁷¹ Nesse sentido Fábio Tabosa esclare que “A regra, destarte, é que independentemente da posição no processo cada parte venha a provar os fatos constitutivos do próprio direito, bem como os impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alheio, do que decorrem importantes conseqüências particularmente quanto a ações incidentais de cunho impugnativo, como os embargos do devedor, na execução (v. arts. 736, 741 e 745), ou os embargos ao mandado, na ação monitória (v. art. 1.1.02c)”. TABOSA, Fábio. In: *Código de processo civil interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.), São Paulo: Atlas, 2004, p. 1422).

Todavia, importa ressalva deve ser registrada. Independentemente de quem venha a alegar o *direito superveniente*, se juiz, *ex officio*, se parte autora ou ré, não se pode negar validade ao princípio do contraditório.

O *ius supervenien* só pode influenciar validamente a decisão judicial se, no caso do juiz suscitá-lo, foi oportunizado às partes expor e provar suas considerações, ou, na hipótese de apenas uma parte invocá-lo, mesmo direito de alegação e prova deve ser vertido em favor do outro litigante¹⁷².

O princípio do contraditório, derivado do *devido processo* legal, dotado, portanto, de raízes constitucionais, sobrepõe-se a qualquer prática procedimental, devendo, necessariamente, ser observado.

Fredie Didier Jr¹⁷³. registra o *poder de influência* que as partes, em razão do direito fundamental à participação em contraditório, detêm. Assim, é direito das partes não apenas *contradizer* o que foi erguido em seu desfavor, mas sobretudo influenciar a decisão judicial atinente à lide, da qual sofrerá os efeitos diretos. Assim, nasce, portanto, uma relação direta entre o surgimento do *direito superveniente* e o necessário contraditório, já que o desrespeito a este pode tornar sem efeito aquele.

Outra ressalva deve também ser dita. O ato jurídico perfeito e o direito adquirido devem ser respeitados pelo *direito superveniente*, revelando-se, portanto, inaceitável

¹⁷² Em pensamento análogo Vallisney de Souza Oliveira ensina: “Mesmo o magistrado conhecendo as normas legais, não lhe é conferida a possibilidade de mudança fática da situação, tampouco a modificação das conseqüências jurídicas intimamente jungidas aos fatos, sem antes dar a conhecer às partes que tais conseqüências serão consideradas pelo juiz, sob pena de ferir até mesmo o princípio do contraditório”.(OLIVEIRA , Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 102).

¹⁷³ DIDIER JR, Fredie. Ob. cit. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, v. 1. p. 48.

qualquer prática de aplicação retroativa de norma em relação a fato pretérito¹⁷⁴. Assim, os artigos 303, I, e 462, todos do Código de Processo Civil devem ser aplicados, trazendo o *direito superveniente* ao processo pendente, mas sem, porém, afetarem o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

5.1 Confronto entre os artigos do Código de Processo Civil 264, condizente com a *estabilização da demanda*, e 462, pertinente ao *direito superveniente*

Em consonância com o que já foi abordado no presente estudo, é possível afirmar que a *estabilização da demanda* atinge seus elementos subjetivos (partes), bem como os elementos objetivos(*causa petendi* e pedido), tornando-os imutáveis, conforme, entre outras fontes, artigo 264 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, o mesmo Código, desta vez por força do artigo 462, possibilita que o *direito superveniente*, seja, uma vez respeitado o direito fundamental ao contraditório, considerado na formação da decisão judicial, permitindo, assim, a inserção de novos *fatos* ou *direitos* não suscitados na petição inicial e contestação.

Nasce, então, uma aparente contradição. De uma lado, tem-se a *estabilização da demanda*, ensejadora de imutabilidade dos seus elementos subjetivos e objetivos, e, do outro lado, constata-se o *direito superveniente*, enquanto garantidor que novos fatos e direitos estejam presentes na decisão judicial.

¹⁷⁴ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Superior Tribunal de Justiça – Possibilidade de apreciação de direito superveniente em recurso especial – resolução do senado – crédito prêmio de IPI*. In revista Dialética de direito tributário, 131, São Paulo: Dialética, 2006, p.115.

A contradição, de fato, é apenas aparente, dado que os dois dispositivos legais são compatíveis e harmonizáveis entre si. Explicar-se-á. O conteúdo da *causa petendi*, por opção do direito processual civil pátrio é composto por afirmações fáticas e jurídicas. Com efeito, o *direito superveniente* capaz de influenciar o julgamento, mesmo após a *estabilização da demanda*, diz respeito aos fatos tidos como *secundários* ou *simples*¹⁷⁵, que não compõem a causa de pedir, já que apenas servem para *ilustrar* os verdadeiros fatos integrantes. Assim, por conseqüência lógica, não se sujeitam ao disciplinamento de imutabilidade próprio da *estabilização objetiva da demanda*.

O *direito superveniente* não possui o condão de alterar os elementos objetivos da demanda¹⁷⁶, respeitando-se sua *estabilização*, mas sim inovar nos fatos secundários, com ampla virtude de influência no julgamento, como também não atinge as *afirmações/deduções* que emanam das fontes do direito ou dispositivos legais que serviram de arrimo à causa de pedir¹⁷⁷, sendo possível, inclusive, que o magistrado apresente outro fundamento daquele declinado pela parte¹⁷⁸.

Assim, pois, o *ius superveniens* não atinge os elementos objetivos da demanda, já que abrange complexo fático e jurídico distinto daquele presente na petição inicial e na contestação, permitindo, portanto, seu julgamento, sem que, com isso, importe em alterar a causa de pedir e pedido.

¹⁷⁵ Conforme item 3.1.2.3.

¹⁷⁶ Em consonância, Nelson Nery Jr assevera que: “O *ius superveniens* pode consistir no advento de fato ou de direito que posse influir no julgamento da lide. Deve ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, independentemente de quem possa ser com ele beneficiado no processo. Não se pode, a pretexto de pretender com a incidência do *ius superveniens*, alterar a causa de pedido ou pedido (Nery, RP 25/214)”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Ob. cit.*. 9 ed., São Paulo: RT. 2006. p.589).

¹⁷⁷ Conforme item 3.1.2.4..

¹⁷⁸ A teor do *iura novit curia*.

5.2 Confronto entre os artigos do Código de Processo Civil 300, condizente ao princípio da concentração, e 303, I pertinente com o direito superveniente

Deduz Rui Portanova¹⁷⁹, em breves palavras, que o *princípio da eventualidade* atinge o réu, tanto quanto o autor, determinando que as partes devem produzir, de uma só vez, todas as alegações e requerimentos pertinentes à fase processual oportuna, mesmo que incompatíveis.

Já o princípio da concentração, como preconiza o mesmo autor, diz respeito, exclusivamente, ao réu, impondo ônus no sentido de deduzir todas as razões de uma só vez, concentrando na contestação a exposição fática e jurídica, e não nos momentos procedimentais vindouros.

A petição inicial, de responsabilidade do autor, fornece os subsídios para identificação da demanda, consoante os três notórios elementos, quais sejam: *partes, causa de pedir e pedido*. A análise da contestação não pode ser tida como útil a vislumbrar tais elementos, dado que quem, verdadeiramente, delimita o objeto litigioso é o autor e não o réu.

Assim, a *estabilização da demanda* diz respeito ao autor, já que fornecedor da tríplice identidade. Contudo, não significa com isso que ao réu seja facultado inovar nos seus fundamentos, sendo, na verdade, defeso, como garante o *princípio da concentração*.

¹⁷⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do advogado. 2005. p.131., bem como conforme item 4..

Todavia, fazendo exceção ao *princípio da concentração* o réu, assim como o autor, também pode beneficiar-se do *direito superveniente*, desde que, efetivamente, surgido após a oferta da contestação.

5.3 Questões de fato não invocadas por motivo de força maior em sede de apelação

Outro viés de incidência de novos fatos trazidos à consideração e julgamento mesmo após a *estabilização da demanda* diz respeito à regra contida no artigo 517 do Código de Processo Civil, de seguinte conteúdo: “ As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

A peculiaridade do aludido dispositivo legal reside no condicionamento do acatamento de questões fáticas não propostas oportunamente a configuração de *força maior*.

Embora o texto de lei faça expressa menção à espécie recursal *apelação*, a devida leitura, todavia, estende sua abrangência a todos os recursos constantes do sistema recursal de responsabilidade do Código de Processo Civil¹⁸⁰. Explicar-se-á. Tem-se a *apelação* como o recurso *ordinário* por excelência, sendo possível discutir no seu conteúdo questões fáticas e jurídicas, bem como o simples contexto de justiça ou

¹⁸⁰ Em consonância com Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Ob. cit.*. 9 ed., São Paulo: RT. 2006. p.745).

injustiça da sentença impugnada. Assim, tal regramento adota natureza condizente com os postulados integrantes da *Teoria Geral dos Recursos*, razão pela qual todas as outras espécies recursais ordenadas pelo Código de Processo Civil igualmente se sujeitam a acatar questões de fato não suscitadas no momento próprio por motivo de força maior.

Com efeito, a regra em estudo deve harmonizar-se como os demais dispositivos legais que tratam da relação *estabilização da demanda X direito superveniente*. A questão de fato surgida, por motivo de força maior, no momento da apelação encontra-se impossibilitada de inovar os elementos objetivos da demanda. Do contrário ter-se-ia uma nova ação, o que enseja a realização de vários atos processuais correlatos, a exemplo da citação.

A inédita questão de fato presente na apelação não possui o condão de alterar a causa de pedir e pedido, respeitando, assim, o direito fundamental ao contraditório, desdobrando-se no “poder” de influenciar a decisão judicial. Se, porventura, a questão fática não proposta na fase procedimental própria puder redundar em inovar os elementos objetivos da demanda, ato contínuo, “furtou-se” da parte contrária o direito de se contrapor ao fato inédito e influenciar a sentença.

Portanto, inafastavelmente, em razão do artigo 517 do Código de Processo Civil, não se pode deixar de acatar as questões de fato, não propostas no juízo inferior, em razão de força maior. Todavia, este dispositivo legal, assim como todos os demais, deve ser manejado em conjunto com outros integrantes do mesmo sistema. Feito tal

manejo, conclui-se que a questão fática surgida pela primeira vez no âmbito da apelação, mesmo que por força maior, não deve alterar a causa de pedir e pedido.

5.4 O direito superveniente nos recursos extraordinário e especial

O instituto do *prequestionamento* exige que o tribunal local *decida* questão infraconstitucional federal diante do recurso especial e/ou igualmente *julgue* a questão constitucional quando o recurso excepcional a ser interposto for o extraordinário.

É desnecessário, contudo, que a corte registre expressamente o dispositivo legal eventualmente ferido ou estabeleça controvérsia sobre a questão para que o *prequestionamento* seja tido como satisfeito. Se a matéria tiver sido efetivamente *decidida*, isto é, se estiver inserida no âmbito do acórdão que se pretende impugnar, há de se acatar, nesse contexto, o *prequestionamento* como realizado.

Se a parte recorrente suscitou o *prequestionamento*, porém o tribunal insistiu em não tratar da questão, configurando o *prequestionamento ficto*, nasce, em decorrência, uma dicotomia de correntes. A primeira, nitidamente mais instrumental, acata o *prequestionamento* como produzido, passando, assim, a julgar o mérito do recurso excepcional. Já a segunda, a seu turno, não acata o *prequestionamento*, afirmando, por conseguinte, a necessidade de interposição de um recurso especial, por violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, com a finalidade específica de “forçar” o tribunal local a decidir a questão necessária.

Se, porém, o tribunal, *ex officio*, mesmo sem a motivação do recorrente, abordar a questão hábil a ensejar recurso excepcional há de se reconhecer o prequestionamento como produzido, já que, independente de quem suscitou o julgamento, a questão constitucional/federal fora, de fato, já *decidida*.

Inafastavelmente, porém, a falta de prequestionamento, quer seja motivado pelo recorrente, quer seja suscitado espontaneamente pelo tribunal *a quo*, induz juízo de admissibilidade negativo ao recurso excepcional. O *direito superveniente* não foge a essa regra..

Se o *direito superveniente* surgiu antes do juízo de admissibilidade do recurso excepcional o prequestionamento deve ser exigido também para as novas questões surgidas com a superveniência, sob pena de não conhecimento do recurso.

Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁸¹ anuncia que: “Assim, poderá o STJ analisar matéria que não foi examinada na instância *a quo*, pois o prequestionamento diz respeito *apenas* ao *juízo de admissibilidade*. O juízo de rejuízo da causa é diferente do juízo de admissibilidade do recurso especial: para que se admita o recurso é indispensável o prequestionamento, *mas*, uma vez *admitido*, no juízo de rejuízo não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente (extensão do efeito devolutivo). Conhecido o recurso excepcional, a profundidade do seu efeito devolutivo não tem qualquer peculiaridade. Nada há de especial no *juízo de julgamento* de um recurso excepcional; o “excepcional” em um recurso especial está em seu *juízo de admissibilidade*, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento.”.

¹⁸¹ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Superior Tribunal de Justiça – Possibilidade de apreciação de direito superveniente em recurso especial – resolução do senado – crédito prêmio de IPI*. In revista Dialética de direito tributário, 131, São Paulo: Dialética, 2006, p.119.

Com efeito, não há como, nem porque afastar a exigência do *prequestionamento* para fim do *direito superveniente*. Se este foi suscitado no processo antes da interposição do recurso excepcional aquele revela-se indispensável, objetivando que o tribunal *a quo* pronuncie-se *decidindo a causa*, como exige a Constituição Federal (artigos 105, III, e 102, III).

O Superior Tribunal de Justiça já julgou a questão acerca da relevância do *prequestionamento* quando o *direito superveniente* surgiu *antes* da interposição do recurso especial, adotando como resultado os seguintes acórdãos:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ALEGAÇÃO DO DIREITO SUPERVENIENTE AFASTADA. Se o alegado direito superveniente surgiu antes do julgamento da apelação, era imprescindível, para fins de recurso especial, sua apreciação pelo tribunal recorrido, provocado, se fosse o caso, por embargos de declaração, sem o que configurou-se a ausência de prequestionamento. Agravo regimental desprovido.”¹⁸².

“PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA. PRESCRIÇÃO. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC (REDAÇÃO ORIGINAL). ACÓRDÃO RECORRIDO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. PREQUESTIONAMENTO. ART. 535 DO CPC. 1. Não se configura omissão a ausência de análise de dispositivos suscitados apenas nos embargos declaratórios, sem que tenham sido debatidos no curso do processo. 2. A ausência de prequestionamento dos arts. 219, § 2º, e 128 do CPC, mesmo diante da oposição dos embargos declaratórios, impede o onhecimento do especial. Incidência da Súmula 11/STJ. 3. Os temas insertos nos arts. 8º, § 2º, e 40 da Lei nº 6.830/80 e 128 do CPC não foram debatidos pelo Tribunal a quo e não cuidou a parte interessada de suscitar esse tópico quando da oposição dos embargos de declaração, o que atrai o impedimento constante das Súmulas 282 e 356/STF. 4. A nova redação do art. 219, § 5º, do CPC, conferida pela Lei nº 11.280/06,

¹⁸² STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 456.538/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 4.8.2003, p. 232).

que somente entrou em vigor em 16 de maio de 2006, só poderá ser analisada, em recurso especial, se esse dispositivo estiver prequestionado na origem. No julgamento do REsp 720.966/ES (12.12.05), a Seção de Direito Público concluiu não ser aplicável, na instância, especial, o direito superveniente, em razão do óbice do prequestionamento. 5. Não se conhece do apelo raro nos casos em que não são observadas as formalidades exigidas pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255 do RISTJ, no tocante ao cotejo analítico. 6. A decretação de ofício da prescrição – mesmo assim, após a ouvida a Fazenda Pública – somente se tornou possível com o advento da Lei n 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n 6.830, de 22.09.80. 7. Na época da prolação do aresto atacado (2003) e da sentença (2000) vigia a redação original do § 2º do art. 219 do CPC, que vedava o reconhecimento de ofício da prescrição do direito patrimonial e prevalecia nesta Corte o entendimento da impossibilidade de reconhecimento ex officio da prescrição nesse caso. Assim, a lide deve ser solucionada de acordo com os precedentes que interpretaram o dispositivo debatido. 8. Recurso especial conhecido em parte e provido”¹⁸³.

Por outro lado, uma vez conhecido o recurso excepcional é curial constatar se o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça encontram-se limitados a produzir julgamento exclusivamente à questão constitucional/federal prequestionada?

Se a resposta à aludida indagação for positiva, isto é, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça encontram-se limitados a produzir julgamento exclusivamente a questão constitucional/federal prequestionada, tem-se, então, como consequência direta a não admissão do direito superveniente após o momento processual de realização do prequestionamento, já que tais tribunais superiores estariam restritos a atingir o mérito apenas daquilo que foi, exclusivamente, prequestionado.

¹⁸³ STJ, 2ª Turma, REsp 980558/PE, rel. Min. Castro Meira, DJU 8.11.2007, p. 211.

Todavia, se a resposta à indagação for contrária à dada anteriormente, conduzindo a constatação de que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça não se encontram limitados a julgar o mérito do que foi exclusivamente prequestionado, deve-se, por conseguinte, acatar a incidência do direito superveniente nos recursos extraordinários e especial, uma vez surgido após o momento processual do *prequestionamento*.

A análise de um dos enunciados da súmula jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, bem como a especificação de uma das naturezas deste e do Superior Tribunal de Justiça ajudarão na tarefa.

O enunciado 456 da súmula do Supremo Tribunal Federal estabelece que: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. Assim, o Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça, não encontram impedimento quanto a invocação de novos dispositivos legais e argumentos, isto é, inéditos fundamentos, os quais, claramente, podem integrar o julgamento.

Como já explanado, não custa repetir, o *prequestionamento* é questão fundamental para o *juízo de admissibilidade* do recurso excepcional. Uma vez *conhecido* o recurso, como garante o aludido enunciado, o respectivo órgão julgador não está restrito, sob a perspectiva da profundidade do efeito devolutivo, a adentrar, exclusivamente, nas questões prequestionadas, podendo inovar, considerando também o *direito superveniente*.

Adverta-se também que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não adotam natureza de simples Cortes de Cassação, mas sim de *Revisão*, rejulgando o que for necessário.

Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁸⁴, ratificando o posicionamento, ensina que: “O rejulgar a causa implica o exame pelo Tribunal, dos demais fundamentos da defesa, de que não se cuidou, por desnecessário, já que seria suficiente o que foi acolhido. O tribunal, ao rejulgar a causa, pode optar por uma terceira possibilidade de decisão, rejeitando, por ilegal ou inconstitucional, a decisão impugnada e a contrária, anterior”.

Há de se notar que o artigo 102, III, da Constituição da República atribui competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar, tendo como instrumento o recurso extraordinário, as causas decididas em última ou única instância. Semelhante missão é conferida ao Superior Tribunal de Justiça, por força do artigo 105, III, da mesma base legislativa, competindo-lhe julgar as causas decididas, em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

Portanto, o julgamento dos recursos extraordinários e especial induzem o rejuízo da causa, sem limitação a meramente cassar o julgado, assim como sucede com as chamadas Cortes de Cassação¹⁸⁵.

É pertinente, neste contexto, a transcrição da lição de Nelson Nery Junior¹⁸⁶: “Na verdade, o STF e o STJ aplicarão o direito à espécie se *provido* o RE ou REsp. O simples conhecimento não implica o juízo de revisão. A falta de técnica do STF 456, no entanto, não lhe retira a correção no que toca à tese afirmada: a de que podem existir dois juízos nos recursos excepcionais.

Aplicar o direito à espécie é exatamente julgar a causa, examinando amplamente todas as questões suscitadas e discutidas nos autos, inclusive as de ordem pública que

¹⁸⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Controle das decisões Judiciais por meio de Recurso de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 2001, p.232.

¹⁸⁵ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Superior Tribunal de Justiça – Possibilidade de apreciação de direito superveniente em recurso especial – resolução do senado – crédito prêmio de IPI*. In revista Dialética de direito tributário, 131, São Paulo: Dialética, 2006, p.116.

¹⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 442.

não tiveram sido examinadas pelas instâncias ordinárias. É que, removido o óbice constitucional da *causa decidida* (CF 102 III e 105 III), o que só se exige para *juízo de cassação* dos Re e REsp, o STF e o STJ ficam livres para, amplamente, *rever a causa*".

O *efeito* substitutivo¹⁸⁷ amplamente discutido no âmbito da teoria geral dos recursos, extraído do artigo 512 do Código de Processo Civil¹⁸⁸, esclarece que o julgamento do recurso, incluindo-se também os recursos extraordinário e especial, substitui a decisão recorrida, concedendo resolução final ao caso, solucionando o direito subjetivo da parte, que teve sua pretensão julgada e re julgada.

Se bem atendidos os requisitos de admissibilidade do recurso excepcional, determinado seu conhecimento, a teor do enunciado 456 da súmula do Supremo Tribunal Federal, o julgamento poderá incidir sobre toda a causa, integralmente.

Nelson Luiz Pinto¹⁸⁹ abordando o enunciado 456 da súmula do Supremo Tribunal federal assevera que: "Esta Súmula refere-se à extenso do efeito devolutivo do recurso extraordinário, sendo também aplicável ao recurso especial.

Uma vez admitido o recurso, não importando por qual dos fundamentos constitucionais o STF ou o STJ re julgará a causa ou a questão decidida no acórdão recorrido, na sua plenitude, substituindo-o."

José Carlos Barbosa Moreira¹⁹⁰, em pensamento análogo, assim pronunciou-se: "Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso,

¹⁸⁷ Leonardo Castanho Mendes ensina que: " O efeito substitutivo é aquele que produz a superposição de conteúdos entre a decisão recorrida e a que se proferiu no julgamento do recurso, de forma a que a decisão recorrida passe a não mais existir, em seu lugar ficando aquela relativa ao julgamento do recurso" (MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: RT, p. 167).

¹⁸⁸ Artigo 512 do Código de Processo Civil: O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.

¹⁸⁹ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 278.

¹⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 596.

não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à *quastio iuris*, eventualmente cassado tal decisão e restituindo os autos ao órgão a quo, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-se á espécie, isto é, julga, ‘a causa `...”

O Superior Tribunal de Justiça ratificando o que já fora examinado concluiu, conforme os dois acórdãos transcritos, que:

“ PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE AO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE ABSOLUTA NÃO ARGÜIDA – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL. 1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas. 2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF). 3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II do CPC e por negativa de vigência ao art. 11, V da Lei 9.394/96, ensejando o reconhecimento ex officio de ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor. 4. Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional. 5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não substituto processual. Recurso Especial provido”¹⁹¹

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIOS DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, 3º, E 301, 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O NÃO ENFRENTAMENTO DESSAS QUESTÕES CONDUZ A UM JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA. 1. Em virtude de sua natureza excepcional, decorrentes das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105,III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem. 2. Todavia, devolutividade limitada, já que destinado,

¹⁹¹ STJ, 2ª Turma, Resp 466.861/SP, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 29.11.2004, p.277.

fundamentalmente, a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ). 3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao Tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, 3º e no art. 301, 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. 4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, bem como as questões federais suscitadas no recurso especial, não tem relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim, atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa. Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental.”¹⁹²

Outrossim, vale, no presente passo, ressaltar que o *direito superveniente* hábil a influenciar o julgamento, mesmo após a *estabilização da demanda*, em especial sendo analisado pela primeira vez no juízo de admissibilidade do recurso excepcional, diz respeito aos fatos tidos como *secundários* ou *simples*, que não compõem a causa de pedir, já que apenas servem para *ilustrar* os verdadeiros fatos integrantes.

Como já defendido, o *ius superveniens* não possui o condão de alterar os elementos objetivos da demanda, respeitando-se sua *estabilização*, mas sim de inovar nos fatos secundários, com ampla virtude de influência no julgamento. Assim, pois, o *ius superveniens* não atinge os elementos objetivos da demanda, já que abrange complexo fático e jurídico distinto daquele presente na petição inicial e na contestação, permitindo, portanto, seu julgamento, sem que, com isso, importe em alterar a causa de pedir e pedido.

¹⁹² STJ, 1ª Turma, Resp 609.144/SC, rel. Min. Teori Albino Zavaschi, DJU 6/5/2004.

Ratifica-se, pois, por fim, que uma vez conhecido o recurso excepcional, constatando-se superveniência fática ou jurídica, dentro dos limites já explorados, deverá o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça apreciar a questão nova, aplicando o direito à espécie, mesmo não existindo prequestionamento, e em rigor não poderia, já que o *direito superveniente* surgiu após o momento processual oportuno para tal tarefa.

VI. Conclusões

1. O recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, e o recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, coadunam, com perfeição, na qualidade de recursos excepcionais, na medida em que restringem a possibilidade de discussão a questões estritamente de direito, afastando as puramente fáticas, bem como a análise de simples injustiça da decisão decorrida.

2. O estudo dos recursos extraordinário e especial acarreta a verificação de características idênticas, constatando-se, assim, um cerne em comum. O recurso extraordinário tutela o direito federal contido na Constituição, já o especial foi criado para fim do direito federal infraconstitucional, excluindo a legislação especial, a exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho e das leis eleitorais.

3. Os recursos excepcionais vinculam-se a questões jurídicas, por conseguinte, as questões fáticas (*quaestiones facti*) não ensejam recurso excepcional, restringindo, portanto, a possibilidade de interposição de um recurso excepcional a razões de direito, estirpando, com rigidez, a hipótese de julgamento de postulados meramente fáticos.

4. Decorre da análise dos enunciados 279 e 07 da jurisprudência dominante, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a afirmativa de que os recursos excepcionais não se prestam a simplesmente revisar

prova. Contudo, violação a direito probatório, ao valorar e admitir prova, não pode ser confundido com simples reexame de prova. Busca-se ao interpor um recurso excepcional por violação a direito probatório um pronunciamento judicial acerca da aplicação e vigência da lei federal ou da Constituição Federal, o que representam, por natureza, questões jurídicas, ensejando, assim, a interposição de recurso excepcional.

5. Alcançar, em sede de julgamento, a vontade dos contraentes representa uma análise fática e não jurídica, o que por si só inviabilizaria qualquer esforço em interpor recursos excepcionais visando interpretar cláusula contratual, ante as rígidas restrições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em reexaminar questões de fato.

6. Tanto o recurso extraordinário, tanto quanto o recurso especial, são cabíveis de decisões judiciais proferidas em *única* ou em *última* instância. Portanto, enquanto houver recurso ordinário possível, a exemplo de embargos infringentes, ainda não se terá configurado a *única* ou última *instância*, exigindo, por conseguinte, a impugnação da decisão judicial via recurso diferente do extraordinário ou especial.

7. Existem ordenamentos jurídicos, a exemplo do lusitano, que facultam ao jurisdicionado a utilização de recurso *per saltum*, onde uma instância ordinária seria “saltada”, levando o julgamento diretamente para uma instância especial, o que se revela incompatível para fim da sistemática recursal civil pátria, a qual exige o esgotamento prévio das instâncias ordinárias para fim de interposição dos recursos excepcionais.

8. Ao se admitir recurso excepcional sob a modalidade de *subida imediata*, mesmo que motivado por acórdão que julga agravo de instrumento, gerado, em razão de decisão interlocutória, pratica-se preservação à inteireza da função jurisdicional, concedendo à parte recorrente mais sensibilidade à causa de pedir do que a letra da lei. Assim, o julgamento do agravo de instrumento, na maioria dos casos, ante ao fator urgência, prejudicará a regra do artigo art. 542, § 3º, CPC, sendo combatido por recurso excepcional de subida imediata.

9. O juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais é desdobrado. Inicialmente é missão do tribunal de origem, por seu Presidente ou Vice-Presidente, afirmar ou negar conhecimento ao recurso. Após, igual tarefa é depositada no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, que, cada um *per si*, novamente adentrará nos aspectos formais que induzem ou negam admissibilidade ao recurso excepcional de sua competência, produzindo juízo *definitivo* de admissibilidade, sobrepondo-se ao juízo *provisório*.

10. Considerando que os recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo, faculta-se realizar execução provisória da decisão recorrida. É possível, porém, que a execução provisória acarrete prejuízo ou ameaça imediata no mesmo sentido ao recorrente excepcional. Assim, o processo cautelar, diante do seu caráter de instrumento do instrumento (processo), é utilizado como resposta a afastar o dano suscitado ou sua iminência, concedendo efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial.

11. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenham *função paradigmática*, bem como desenvolvem papel *uniformizador jurisprudencial*, trazendo coesão e estabilidade a esta fonte do direito.

12. Trata-se o recurso especial como a espécie de recurso de competência do Superior Tribunal de Justiça, cabível em razão de causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Verificando-se, também, que o cabimento do recurso especial é condicionado ao esgotamento prévio das instâncias ordinárias, além de interposto em razão de acórdão emanado de Tribunal Regional Federal e Tribunal de Justiça, excluindo, portanto, sua aplicabilidade por conta das decisões de responsabilidade das turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis, já que representam órgão revisor adstrito ainda à primeira instância, bem como igualmente não deve ser admitido em razão de decisão singular do relator.

13. O recurso extraordinário representa a espécie hábil a ensejar julgamento pertinente que: a) contrarie dispositivo da Constituição da República; b) declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgue válida lei local contestada em face de lei federal. Diferentemente do recurso especial, a falta de menção da Constituição

acerca de quais órgãos jurisdicionais produziram atos processuais impugnáveis por recurso extraordinário, resta, assim, por acolher as decisões dos Juizados Especiais Cíveis, ante a qualquer critério que venha a excluí-las.

14. O *prequestionamento* surge como instrumento de verificação da questão federal/constitucional pela instância *a quo*, defluindo da própria natureza do recurso excepcional e da previsão constitucional do seu cabimento.

15. O recurso de embargos de declaração revela-se imprescindível instrumento para fim de realização do *prequestionamento*. A jurisprudência, porém, não é unânime no acatamento do *prequestionamento ficto*, caracterizado pela aceitação da realização deste, mesmo que o mérito do recurso de embargos de declaração, opostos com finalidade prequestionador, tenha sido ignorado, persistindo a omissão.

16. Configura-se o *prequestionamento explícito* quando a decisão combatida pelo recurso excepcional traz menção direta e expressa sobre o dispositivo legal apontado como violado, já o *prequestionamento implícito* representa a satisfação do instituto mesmo quando o tribunal não especifica qual texto legal estaria sendo afrontado ou respeitado, o que representa, hodiernamente, divergência jurisprudencial.

17. Se o conjunto de votos, somatório de perdedor e vencedores, mesmo que em sentidos diversos, abordar a questão constitucional/federal há de se concluir pela configuração do *prequestionamento*.

18. A exigência do prequestionamento nasce em razão da natureza do recurso excepcional e não da condição da parte ou de terceiros, assim, portanto, exigir-se-á o prequestionamento também do terceiro, assim como da parte.

19. A falta de *prequestionamento* não deve impedir o julgamento acerca da questão de ordem pública.

20. Uma demanda pode ser caracterizada, ou seja, individualizada, após análise detida da *tríplice identidade* que a forma, pormenorizada pelas *partes, causa de pedir e pedido*. O conceito de *parte* adota uma conotação processual, desvinculando-se da relação de direito material. Já a *causa de pedir* conecta-se com a *razão* que motivou o autor a iniciar a demanda, isto é, o *escopo*, ou ainda o verdadeiro conteúdo da lide, podendo também ser referenciada como o direito substancial declarado, motivador da formulação do pedido. Duas teorias se lançam a disciplinar o conteúdo da *causa de pedir*. A *teoria da individualização* releva a relação jurídica, já a *teoria da substanciação* considera os fundamentos fáticos e jurídicos. O direito processual civil pátrio sincretizou as duas teorias. O pedido, por sua vez, transporta o litígio que se verifica no plano material para o plano do processo, estabelecendo rígidos limites à pretensão jurisdicional.

21. A *estabilização da demanda* compreende a impossibilidade imposta ao autor de modificar os elementos da demanda (*partes, causa de pedir e pedido*), relacionando-se estreitamente com o *princípio da eventualidade*, o qual assevera que é obrigação das

partes produzir, em um momento único, as alegações e requerimentos que coadunam com a fase processual oportuna.

22. Há sistemas processuais que adotam estruturas processuais rígidas, a exemplo do Brasil, ante aos “curtos” limites temporais ofertados às partes para que deduzam suas alegações e pretensões, enquanto que, outros, disciplinam o tema de maneira mais flexível. A teor do que garante o nosso ordenamento, é possível garantir que: antes da citação do réu, é facultado ao autor modificar os elementos objetivos da demanda; depois da citação, é necessário que o réu seja beneficiado com concessão de oportunidade de manifestação, podendo, inclusive, impedi-la; o *saneamento do processo* é tido como *termo final* de alteração dos elementos objetivos da demanda, após, nem a expressa concordância volitiva do réu concede ao autor a desejada alteração.

23. O Código de Processo Civil, conforme artigo 462, possibilita que, mesmo depois de estabilizada a demanda, o *direito superveniente*, ainda que de ofício, consubstanciado por algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, seja considerado para fim de produção da decisão de mérito. O ato jurídico perfeito e o direito adquirido devem ser respeitados pelo *direito superveniente*, revelando-se, portanto, inaceitável qualquer prática de aplicação retroativa de norma em relação a fato pretérito.

24. O *direito superveniente* não possui o condão de alterar os elementos *objetivos da demanda* respeitando-se a estabilização da demanda, mas sim inovar nos fatos

secundários, com ampla virtude de influência no julgamento, como também não atinge as afirmações/deduções que emanam das fontes do direito ou dispositivos legais que serviram de arrimo à causa de pedir: sendo possível, inclusive, que o magistrado apresente outro fundamento daquele declinado pela parte.

25. A *estabilização da demanda* diz respeito ao autor, já que fornecedor da tríplice identidade. Contudo, não significa com isso que ao réu seja facultado inovar nos seus fundamentos, sendo, na verdade, defeso, como garante o *princípio da concentração*. Todavia, configurando exceção, o réu, assim como o autor, também pode beneficiar-se do *direito superveniente*, desde que, efetivamente, surgido após a oferta da contestação.

26. Por força do artigo 517 do Código de Processo Civil, não se pode deixar de acatar as questões de fato, não propostas no juízo inferior, em razão de força maior, sem, que com isso, importe em alteração da causa de pedir e pedido.

27. Se o *direito superveniente* surgiu antes do juízo de admissibilidade do recurso excepcional o prequestionamento deve ser exigido também para as novas questões surgidas com a superveniência, sob pena de não conhecimento do recurso.

28. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não adotam natureza de simples Cortes de Cassação, mas sim de *Revisão*, rejuizando o que for necessário.

29. O juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais é, de fato, restrito, ao que fora prequestionado, bem como as hipóteses constitucionais. Contudo, o juízo de mérito não, incidindo o enunciado 456 da súmula do Supremo Tribunal Federal, garantidor que o Tribunal aplique o direito à espécie objeto de julgamento, sem restrições. Portanto, uma vez conhecido o recurso excepcional, constatando-se superveniência fática ou jurídica, dentro dos limites já explorados, deverá o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça apreciar a questão nova, aplicando o direito à espécie, mesmo não existindo prequestionamento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil V. 1*. São Paulo: RT, 2007.

AMARAL, JORGE Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 6 ed. Lisboa: Almedina. 2006,

ASSUMPÇÃO, Hércio Alves de. *Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade*. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.) *Meios de impugnação ao julgado civil*. São Paulo: Forense, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.

BETTI, Emilio,. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2002.

BRAGA, João Ferreira. *O recurso per saltum para o Supremo Tribunal de Justiça no direito português*. Disponível na internet via WWW. URL: <http://.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/3223/3223.PDF>. Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2007.)

BRAGHITTONI, R. Ives. In: *Recurso Extraordinário*. CARMONA, Carlos Alberto. (coord.), São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. In: *Código de Processo Civil Interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.), São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 15 ed. , São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. *Os recursos excepcionais na constituição brasileira*. Disponível na internet via WWW. URL:[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16074/1/Recursos Excepcionais Constitui%C3%A7%C3%A3o Brasileira.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16074/1/Recursos%20Excepcionais%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Brasileira.pdf). Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2008.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Conteúdo da causa de pedir e sua aplicação ao RE. In: *Causa de pedir e pedido no processo civil*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.) São Paulo: RT, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Praellegri. *Teoria geral do processo*. 20 ed., São Paulo, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. V. 2. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da, DIDIER JR, Fredie, *Curso de direito processual civil*. V. 3, 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A perpetuatio jurisdictionis do processo civil brasileiro*. São Paulo: Tese de doutorado, 2006.

_____. *Superior Tribunal de Justiça – Possibilidade de apreciação de direito superveniente em recurso especial – resolução do senado – crédito prêmio de IPI*. In revista *Dialética de direito tributário*, 131, São Paulo: Dialética, 2006,

DIDIER JR, Fredie. Considerações sobre o regramento do pedido no CPC-73. In: DINAMARCO, Pedro da Silva Hélio; REZENDE RIBEIRO, José Horácio Halfeld; RIBEIRO COSTA, Rubens Batista (Coord.). *Linhas mestras do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2007, v. 1,

_____. Transformações do recurso extraordinário. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros. 2001.

DO PRADO, Rodrigo Rurad. *O amicus curiae no direito processual brasileiro*. Disponível na internet via: WWW. URL:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6717>. Arquivo capturado em 03 de fevereiro de 2008.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Questão constitucional no recurso extraordinário. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins..* São Paulo: RT, 2006.

GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na ação declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v.2. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GUIBO, Antonio Rugero. *A imutabilidade da causa de pedir e o fato superveniente no processo civil brasileiro*. Disponível na internet via WWW. URL: http://sapiencia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1414. Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido*. São Paulo: Método. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile – I. Nozioni introduttive e disposizione general*. 3^a, edizione. Torino: Giappichelli, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial*, in Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: RT

MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Direito Romano*. Vol 1. 5^a, ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983,

NERY JUNIOR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. Ofensa reflexa à CF: ofensa direta à CF. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2006.

PARENTE, Eduardo Albuquerque. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003.

PETRELLI, Gaetano. *La condizione “ elemento essenziale” del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi*. Milano: Giuffrè, 2000.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007.

PINTO, Nelson. In: *Código de Processo Civil Interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.), São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Manual dos Recursos Cíveis*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001,

_____. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros, 1996.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do advogado. 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Edward Carlyle. *Conexão de causas*. São Paulo: RT, 2006.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.

TAVARES, André Ramos. Recurso extraordinário: modificações, perspectivas e proposta. In: DINAMARCO, Pedro da Silva Hélio; REZENDE RIBEIRO, José Horácio Halfeld; RIBEIRO COSTA, Rubens Batista (Coord.). *Linhas mestras do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2004.

TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no CPC português*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.

VERDE, Giovanni. *Profilli del processo civile – 1. Parte generale*. Napoli: Jovene, 2002.

VIANNA, Juvêncio Vasconcelos. *A causa de pedir nas ações de execução*. In: *Causa de pedir e pedido no processo civil*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.) São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Controle das decisões Judiciais por meio de Recurso de Erito Direito e de Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 200.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Os agravos CPC brasileiro*. 4 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 217/218).

ZACLIS, Lionel. *Cumulação eventual de pedidos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.