

Maria Olívia Rodrigues Machado

**Do Cabimento de Recurso Extraordinário frente à
homologação de sentença estrangeira**

Mestrado em Direito

Pontifícia Universidade Católica
São Paulo - 2007

Maria Olívia Rodrigues Machado

**Do Cabimento de Recurso Extraordinário frente à
homologação de sentença estrangeira**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Econômica Internacionais, sob a orientação do Prof. Doutor Cláudio Finkelstein.

Mestrado em Direito

Pontifícia Universidade Católica
São Paulo - 2007

Banca Examinadora

Dedicatória

Toda vez eu abrimos um livro, uma tese, ou trabalhos desta natureza está lá uma seção de agradecimentos.

Aqui não seria diferente!

Nossos caminhos são permeados por inúmeras pessoas e experiências, que nos possibilitam novas vivências diárias e que contribuem para o nosso processo de crescimento pessoal e profissional. Ninguém está sozinho, ou melhor, ninguém É sozinho!

A todos aqueles que estiveram presentes neste meu caminhar os meus sinceros agradecimentos, em especial:

Ao Professor Cláudio Finkelstein, meu orientador, pela serenidade, compreensão e generosa credibilidade que nos dispensou no decorrer de mais uma etapa de nossa vida.

À Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, por marcar a minha vida em tão inesquecíveis momentos, sendo uma interlocutora disposta a oferecer estímulos, a percorrer novos caminhos e ouvir com interesse e ânimo todas as questões, dúvidas e problemas que surgiam durante o processo de reflexão. Por ser paciente e generosa. Por sua amizade, principalmente. Pela alegria de tê-la como espelho profissional.

Ao Professor Fredie Didier, uma pessoa luz! Que com seu brilho ilumina a consciência de cada pessoa que lhe solicita na luta pelo aprendizado jurídico. Agradecemos pela sua atenção e eterna disponibilidade.

A Marlene e a Socorro, funcionárias especiais da PUC-SP, que me acolheram com carinho, fazendo-me sentir num ambiente familiar e seguro.

A todos aqueles que de alguma forma, direta ou indiretamente, estiveram presentes nesta minha trajetória. Que a omissão de nomes não atenuie nosso agradecimento.

Agradecimentos especiais:

A Deus, por todas as oportunidades e ensinamentos que tem me oferecido;

Aos meus pais, pelos exemplos de dignidade, humildade, respeito, confiança e amor a vida. Forças motoras que são meu suporte fundamental para tornar real as minhas conquistas, sem os quais não poderia ser o que sou hoje.

Aos meus irmãos, companheiros na presença diária ou na presença de coração, pela força, torcida e crença em mim.

Chega! Senão, isso não parará nunca...!

RESUMO

A cooperação jurídica internacional constitui uma importante maneira de incremento nas relações entre nações. Com a evolução da globalização, as barreiras entre os países têm diminuído consideravelmente, levando a uma maior circulação de bens, pessoas e capitais.

Desenvolver métodos que ajudem na boa convivência entre as nações, assim como o incremento da cooperação jurídica internacional, gera um maior respeito e coordenação nas relações entre os países que buscam ver as suas decisões sendo cumpridas em outro ordenamento jurídico, assim como ter decisões alienígenas sendo cumpridas em seu território, ou seja, uma política de ajuda recíproca entre entes soberanos.

No ordenamento brasileiro, houve uma importante mudança a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45 em 30 de dezembro de 2004.

Esse instrumento legislativo transferiu a competência originária para dar *exequatur* em cartas rogatórias e homologar sentenças estrangeiras passou do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça.

O presente estudo pretende abordar a possibilidade de cabimento do Recurso Extraordinário para impugnar as decisões proferidas pelo STJ a respeito da homologação de uma sentença estrangeira. Abordando-se todos os requisitos de admissibilidade de tal recurso, inclusive, o mais novo deles, qual seja, a repercussão geral.

Busca-se assim após um estudo acurado e minucioso concluir da maneira mais coerente e justificada sobre a viabilidade ou não dessa maneira de impugnação.

ABSTRACT

ABSTRACT

The international legal cooperation represents an important way to improve the relationship among nations. Due to the globalization evolution, the barriers among countries have been decreasing considerably, leading to a bigger circulation of goods, people and capital.

The development of new methods help improve the relationship among nations, as well as the improvement of the international legal cooperation, thus, creating a larger respect and coordination among countries that are seeking validity/accomplishment of their decisions in other States. The reciprocity of having alien decisions being accomplished in each others territory, in other words, a policy of reciprocity assistance between sovereign entities.

In Brazil, there was an important change brought by the edition of the Constitutional Amendment nº 45 on December 30th, 2004.

This legislative instrument transferred the original competence to decide about the “exequatur” of a “letter rogatory” and to homologate foreign sentences to “Superior Tribunal de Justiça.”

The present study aims to show the pertinence about the possibility of the Extraordinary Appeals to refute the decisions pronounced by STJ related to the approval of a foreign sentence, including also the newest of them, the general repercussion

The objective is to make a perfected and meticulous study to conclude in a coherent and justified way about the viability or not of this instrument of impugnation.

SUMÁRIO

Introdução	1
1. Cooperação entre Estados.....	1
2. As cartas rogatórias.....	3
2.1. Cartas rogatórias Ativas e Passivas.....	4
2.2 Cartas Rogatórias de Caráter Executório.....	7
2.3. Pedidos de Informação.....	8
3. Sentenças Estrangeiras.....	10
3.1. Aspectos Procedimentais da Homologação.....	16
3.2. Sobre o mérito da decisão.....	17
4. Homologação de Laudos Arbitrais Estrangeiros.....	24
5. Dos recursos.....	33
5.1. Fundamento, Conceito e Natureza Jurídica.....	33
5.2. Princípios Recursais.....	35
5.2.1. O Duplo Grau de Jurisdição.....	36
5.2.2. Princípio da taxatividade.....	37
5.2.3. Princípio da singularidade ou unirrecorribilidade.....	38
5.2.4. Princípio da Fungibilidade.....	39
5.2.5. Voluntariedade.....	40
5.2.6. Proibição de reformatio in pejus.....	41
5.2.7. Princípio da dialeticidade dos recursos.....	41
6. Efeitos da interposição dos recursos.....	42
7. Pressupostos e requisitos recursais.....	45
7.1. Do cabimento.....	46
7.2. Da tempestividade.....	46

7.3.	Do Preparo.....	47
7.4.	Da Regularidade Formal.....	47
7.5.	Da Legitimidade Recursal.....	48
7.6.	Interesse recursal.....	49
7.7.	A Inexistência de Fato Impeditivo ou Extintivo.....	49
8.	Recursos Ordinários e Recursos Extraordinários.....	50
9.	O Recurso Extraordinário.....	53
9.1 .	Evolução Histórica.....	53
9.2.	Características Especiais do Recurso Extraordinário.....	55
9.2.1.	Causas decididas em única ou última instância.....	56
9.2.2	Prequestionamento.....	57
9.2.2.1	Evolução.....	58
9.2.2.2.	Entendimentos Jurisprudenciais e Doutrinários.....	60
9.2.2.3	Objeto.....	65
9.2.2.4	Embargos declaratórios prequestionadores.....	66
9.2.2.5	Prequestionamento e questões de ordem pública.....	72
9.3.	Arguição de Relevância e Repercussão Geral.....	77
9.4.	Recurso Extraordinário e Revisão da Matéria de Fato.....	85
9.5.	Artigo 102, III, alínea a: contrariedade a dispositivo da Constituição.....	89
9.6	Artigo 102, III, alínea b: Decisão que declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.....	96
9.7	Artigo 102, III, alínea “c” e “d”: Decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; Decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal.....	98
9.8.	Recurso Extraordinário e Análise de Prova.....	99
10.	A Função do Supremo Tribunal Federal no Direito Interno e no Direito Internacional.....	105

11. Do cabimento de recurso extraordinário frente à homologação de sentença estrangeira.....	107
11.1. Decisão que contraria dispositivo da Constituição.....	108
11.1.1 Ausência de citação no processo.....	108
11.1.2. Demonstração da repercussão geral do caso.....	112
11.1.3. A antítese da questão.....	115
11.2. Decisão que declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.....	118
11.2.1 Os tratados no ordenamento Jurídico Brasileiro.....	121
11.2.2. Controle de Constitucionalidade no Sistema Brasileiro.....	132
11.2.3. Repercussão Geral do Caso.....	139
11.3. Um caso a parte.....	143
11.3.1. Da motivação das decisões proferidas com base em crenças religiosas.....	144
11.3.2. Princípio da Economia Processual.....	150
11.3.3. Repercussão Geral do Caso.....	154
11.4. Possível argumentação de não admissibilidade do recurso extraordinário nos casos.....	155
12. Conclusão.....	158
13. Bibliografia.....	159

Introdução

A promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 introduziu importantes inovações no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, notadamente na esfera do Superior Tribunal de Justiça, que teve um aumento nas suas atribuições de competência, com a transferência do poder de homologação das sentenças estrangeiras e do exequatur das castas rogatórias para sua jurisdição.

A partir daí, surge o questionamento sobre a possibilidade de cabimento de recurso extraordinário frente à decisão desse Tribunal, quando a questão envolver aspectos constitucionais, gerando, a princípio, o vislumbre de uma posição do Supremo Tribunal Federal, corte guardião da Constituição Federal.

Constitui objetivo deste estudo, proceder a análise do cabimento desse recurso excepcional em casos como estes, partindo do exame das formas de cooperação internacional, avançando pela análise dos recursos no sistema brasileiro e, concluindo com uma acurada reflexão a respeito da possibilidade do cabimento do recurso extraordinário, a partir dessa significativa reforma constitucional.

1. Cooperação entre Estados

Hoje em dia, o mundo caminha para o rompimento das barreiras entre as nações, visto que a idéia de Estado-Nação, ao longo do tempo, está cada vez mais debilitada. O que se vê é uma crescente circulação de bens, capitais, serviços e pessoas nas diversas sociedades, como também a criação de organismos multinacionais. Há uma internacionalização dos países, levando a um futuro incerto, em que, porém, dificilmente haverá amparo para aqueles que se mantêm isolados.

Com isso, está havendo uma expansão das relações jurídicas e o aumento do número de processos relativos a negócios e interesses pactuados entre pessoas situadas em diferentes jurisdições. O desenvolvimento dessas interações gera, no cenário jurídico, a formação de atos que precisam ser cumpridos em outro ordenamento. Por isso, temos

que a forma de efetivação das relações jurídicas ou atos produzidos no estrangeiro e a aplicação do direito alienígena numa demanda são tendências resultantes da globalização.

Através dessa colaboração entre os Estados, visa-se garantir o acesso à justiça, tornando possível o cumprimento: das decisões estrangeiras em nosso território; das sentenças proferidas pelo juiz nacional, quando houver elementos situados em uma jurisdição exterior à nossa; da coleta de provas quando localizadas em um território diferente do qual se encontra o juízo competente; assim como viabiliza a persecução criminal. O estudo da cooperação jurídica internacional leva a uma boa administração da justiça, garante uma maior segurança jurídica, possibilita o dinamismo e a eficácia da prestação da tutela jurisdicional estatal.

Segundo a ilustre Professora Nadia de Araújo:

“O grande crescimento das demandas envolvendo interesses transnacionais – seja no sentido ativo ou passivo – e a correspondente necessidade de produção de atos em um país para cumprimento em outro são tendências resultantes da crescente internacionalização da economia.

Para garantir a rapidez e eficácia do trânsito de atos processuais e jurisdicionais são necessárias normas especiais, que permitam o cumprimento dessas medidas. Essa obrigação dos Estados resulta de um dever de cooperação mútua para assegurar o pleno funcionamento da Justiça”.¹

Diversas maneiras são utilizadas para assegurar essa cooperação mútua entre os Estados. Através de tratados e convenções internacionais busca-se uma uniformização das regras dos variados sistemas jurídicos, a fim de encontrar um denominador comum e poder proporcionar, às pessoas, uma maior garantia de respeito aos seus direitos.

No sistema processual civil, a previsão constitucional de cooperação internacional se dá através das cartas rogatórias, que são medidas judiciais com a finalidade do cumprimento de atos – ordinatórios, instrutórios e executórios - ou

¹ ARAÚJO, Nadia de, *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, 2ª edição, Ed. Renovar, 2004, p. 247.

diligências necessários à movimentação do processo em foro alienígena, como também pela homologação de sentença estrangeira, ou seja, aquele provimento jurisdicional proferido fora do território nacional que somente poderá ter efeito no direito brasileiro, a fim de ser reconhecido e executado no Brasil, após a sua aprovação pela autoridade competente. Ao lado disso, há a extradição, que é matéria penal e não teve sua competência alterada. Portanto, ela continua sendo exclusivamente do STF. Contudo, a CF ainda é omissa em relação à cooperação internacional frente aos atos públicos administrativos.²

2. As cartas rogatórias

Elas são o expediente pelo qual o juiz pede à Justiça de outro país a realização de atos jurisdicionais que necessitam ser praticados em território estrangeiro.

Na definição do incomparável José Carlos Barbosa Moreira, as cartas ou comissões rogatórias são:

² O Ministério da Justiça, criou o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), através do Decreto n.º 4.991, de 18 de fevereiro de 2004. Essa instituição está subordinada à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça. Entre outras atividades o DRCI é responsável pelos acordos internacionais de cooperação jurídica internacional, tanto em matéria penal quanto em matéria civil, figurando como autoridade central no intercâmbio de informações e de pedidos judiciais por parte do Brasil. Em sua página na internet <http://www.mj.gov.br/drci> define o que seja cooperação jurídica internacional dizendo: é a interação entre os Estados com o objetivo de dar eficácia extraterritorial a medidas processuais provenientes de outro Estado. A cooperação jurídica pode se basear em tratado ou em pedido de reciprocidade. Dos mecanismos de cooperação jurídica internacional, merecem destaque: **Homologação de sentença estrangeira:** É instrumento destinado a dar eficácia, em um Estado, a decisões jurídicas definitivas provenientes de outro Estado. No Brasil, é processo de competência do STJ, conforme o artigo 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição da República Federativa do Brasil. **Carta rogatória:** É a solicitação feita pela autoridade judiciária de um Estado à autoridade judiciária de outro Estado para impulsionar o processo nos casos de: citação, intimação, inquirição, oitiva de testemunhas, exames, perícias, vistorias, avaliações, diligências, entre outros. O intercâmbio de carta rogatória efetua-se por via diplomática ou por meio de autoridades centrais, indicadas em acordos internacionais. **Pedido de assistência jurídica:** É a atividade de cooperação jurídica, entre Estados, que permite executar, em dada jurisdição, atos solicitados por autoridades estrangeiras. Tais atos têm fundamento em investigação ou instrução de ações jurídicas em território estrangeiro.

“o instrumento próprio para a requisição de ato processual, por juiz brasileiro a juiz estrangeiro, recebendo igual denominação a requisição dirigida a juiz brasileiro por juiz estrangeiro”.³

Portanto, elas são a maneira de se permitir a comunicação processual entre os magistrados de diversos países, através de um pedido formal que se destina ao auxílio da instrução de determinado processo.

Sua função enseja o cumprimento dos atos ordinatórios – citação em processos que vão de contratos de empréstimo a investigações de paternidade, notificação, cientificação, etc. - ou instrutórios como, por exemplo, a coleta de provas, inquirição de testemunhas, levando à movimentação do processo no foro em que foi destinada.

Vale ressaltar que a carta rogatória é o instrumento mais utilizado para o cumprimento dessas finalidades, consagrado no direito comparado. No entanto, não há impedimento para que outros meios sejam usados, a fim de praticar esses atos no exterior. Observe-se que isso somente acontece, quando estas outras formas de cumprimento forem aceitas tanto pela lei do foro em que o processo está em curso, como pela lei do lugar da realização da diligência.

É por isso que é possível em alguns países, por exemplo, o agente consular ou diplomático estrangeiro ir ao outro território realizar as diligências pendentes; a própria autoridade judiciária de outro país realizar diretamente tais atos por via postal, ou ainda a parte autora realizá-las diretamente, por exemplo, quando ela cita pessoalmente o réu ou coleta as provas necessárias para o processo. Maneiras essas que buscam dar maior eficiência aos procedimentos de cooperação, visto que uma de suas desvantagens é a morosidade elevada.

2.1 Cartas rogatórias Ativas e Passivas

As cartas rogatórias são divididas pela doutrina em ativas e passivas.

³ Moreira, José Carlos Barbosa. “Problemas Relativos a Litígios Internacionais”, *in* Temas de Direito Processual, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 147

As cartas rogatórias ativas são aquelas enviadas pelo juiz brasileiro, requerendo ao magistrado de outro país, o cumprimento de determinado ato. Elas devem preencher os requisitos determinados pela lei brasileira quanto à forma e à maneira de expedição, assim como se ajustar às demandas da legislação estrangeira, naquilo que for exigido para o recebimento e cumprimento do ato, visto que somente assim será possível, verificar se é possível a execução do pedido demandado.

Os requisitos previstos na lei brasileira essenciais a elas estão elencados no art. 202 do Código de Processo Civil, quais sejam: I. A indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; II. O inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento de mandato conferido ao advogado; III. A menção do ato processual, que lhe constitui objeto; IV. O encerramento com a assinatura do juiz.

Caracterizando-se a existência de convenção ou tratado que expresse taxativamente os requisitos a serem observados para o cumprimento das cartas rogatórias, deverão ser eles respeitados, seja o pacto multilateral, bilateral ou no âmbito do Mercosul⁴.

Já as cartas rogatórias passivas são as oriundas de outros países. O procedimento que seguem é o recebimento por via diplomática, no Ministério Relações Exteriores. Em seguida, juntamente com a sua tradução em língua nacional por tradutor juramentado, são encaminhadas para o Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Este deverá ouvir o Procurador-Geral da República, que poderá impugnar o cumprimento se lhe faltar autenticidade, contrariar a ordem pública ou a soberania nacional. Apenas depois disso, poderá conceder o *exequatur*.

Segundo e entendimento de Nelson Gogoy Bassil Dower,

⁴ Dentre os diplomas legais ratificados pelo Brasil temos: 1. multilaterais: A Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIPs); 2. bilaterais: Tratados de Cooperação com a França Itália e Espanha. Dentro do Mercosul vigoram a já mencionada Convenção Interamericana, como também o Protocolo de Las Leñas que foi firmado após os pactos bilaterais entre Brasil e Uruguai e Brasil e Argentina. Vale observar que esses últimos não foram absolutamente derogados pelo Protocolo de Las Leñas e deverão ser aplicados subsidiariamente, naquilo em que não for incompatível. Além desses temos os acordos mais específicos, como alguns da CIDIP e os de Haia sobre adoção internacional e seqüestro de menores. Esses acordos de Haia geram padrões que buscam uma uniformização das regras de direito internacional privado através da realização de convenções especializadas.

“*Exequatur* é a autorização dada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal⁵ para que possam, validamente, ser executados, na jurisdição do juiz competente, as diligências ou atos processuais requisitados por autoridade judiciária estrangeira. Concedido o *exequatur*, a rogatória será remetida ao juiz federal do Estado em que deva ser cumprida (CF, art. 102, I, “h”). Praticado o ato, a rogatória é devolvida ao STF, que a remeterá de volta ao país de origem.”⁶

Após a concessão do *exequatur*, caberá aos juízes federais a competência para processar e julgar, em primeira instância, a execução de carta rogatória⁷. Depois de cumprida a carta rogatória, deverá ser devolvida ao Presidente do STJ, no prazo de 10 (dez) dias, e ele a remeterá, em igual prazo, por meio do Ministério da Justiça ou do Ministério das Relações Exteriores, à autoridade judiciária oriunda.

Quanto à possibilidade de indeferimento das cartas rogatórias, nas lições de Irineu Strenger⁸

“O cumprimento da carta rogatória não poderá ser recusado senão: 1º Quando a autenticidade do documento não tiver sido comprovada; 2º Quando o cumprimento da carta rogatória não couber nas atribuições do poder judicial; 3º Quando o Estado em cujo território o cumprimento devesse realizar-se ou julgar ato atentatório da sua soberania ou da sua segurança, isto é, contrária à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes”.

Concluimos daí que, na ausência de tradução oficial, falta de autenticidade, nos casos de auxílio direto ou, ainda, quando ferir prerrogativas previstas no art. 17 da LICC.⁹ Neste ultimo caso, com base na ordem pública - conceito amplo que representa um

⁵ Vale ressaltar que esse livro foi publicado antes da EC 45/2004. Deve-se, portanto, fazer a alteração das referências ao Supremo Tribunal Federal para Superior Tribunal de Justiça.

⁶ DOWER, Nélson Gogoy Bassil Dower. *Curso básico de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo, Nelpa, 1996. v. I, p. 381

⁷ Art. 109, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

⁸ Op. cit., p. 75

⁹ O artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, assim dispõe: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

pensamento relativo a determinado momento histórico¹⁰, os valores morais fundamentais vigentes em nossa cultura jurídica e o argumento mais largamente adotado para se firmar a defesa do indeferimento de cartas rogatórias - entende-se que as decisões ou pedidos incompatíveis com os princípios éticos, políticos e sociais, que são o alicerce da organização do Brasil como Estado, não devem ser aprovados. Contudo, em prol cooperação internacional, essa reserva deve se limitar a situações inevitáveis, a fim de não comprometer, por completo, a inter-relação entre os países.

Cumprir advertir que a concessão do exequatur em carta rogatória não vincula o posterior reconhecimento da sentença estrangeira relativa àquele determinado processo. Além do mais, nos casos de competência concorrente, previsto pelo artigo 88 do CPC, pode o interessado recusar o cumprimento de uma citação prevista em carta rogatória. Isso, contudo, não obsta o reconhecimento do pedido proveniente do juízo rogante pelo STJ.

2.2 Cartas Rogatórias de Caráter Executório

Uma questão que ainda se encontra em discussão é sobre a possibilidade de se admitir as cartas rogatórias de caráter executório, cautelares ou não, como as que determinam a quebra de sigilo, penhora, busca e apreensão, seqüestro, etc. O STJ ainda mantém a postura de somente permitir esse tipo de medida aos países que têm tratado ou convenção de cooperação internacional versando sobre o esse assunto, assinados com Brasil.¹¹

¹⁰ O conceito de ordem pública é definido e delimitado pelos Órgãos Máximos do Judiciário ou pelo legislador nacional, a exemplo do art. 39 da Lei nº 9.307/96.

¹¹ Nessa decisão, depreende a posição do STJ que continua no sentido de só admitir a executividade das cartas rogatórias, no caso de haver, entre o Brasil e o país requerente, pacto neste sentido: STJ, CARTA ROGATÓRIA nº 16 - EX (2005/0002786-0). Relator Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Julgamento 07.03.2005, DJ. 04.04.2005 1. O Juízo da Primeira Vara Cível e Comercial do Juizado nº 11 de San Isidro - Buenos Aires, por meio desta carta rogatória, solicita à autoridade judicial brasileira competente que se efetive o levantamento do embargo sobre as ações e os dividendos ou utilidades pendentes de pagamento ou a perceber sobre as mesmas de propriedade de Eugenio Sangregorio e que foram emitidas por Soldati Internacional Empreendimentos e Participações S.A (fl. 6/7), obtido através de medida cautelar.

A Procuradoria Geral da República, em sua manifestação de fls. 20/21, opina pela concessão do exequatur e ressalta que a medida rogada tem natureza **executiva** e encontra amparo no Protocolo de Cooperação e

É o que acontece, por exemplo, no âmbito do Mercosul, devido Protocolo de Medidas Cautelares e o de Cooperação em Assuntos Penais para as medidas executivas de caráter penal.

Enxergamos que se o STJ optar por uma posição menos tradicionalista, conseguirá, aos poucos, conquistar um tratamento recíproco dos nossos parceiros internacionais, mediante a credibilidade alcançada através da adoção dessa prática efetiva e cortês.

2.3. Pedidos de Informação

Há também no direito nacional, pedidos provindos do exterior, em que não se faz necessário o juízo de delibação pelo STJ.¹² Acontece que, como os sistemas jurídicos internacionais se diferenciam, há situações de pedidos em que não seja necessária essa ordem de cumprimento pelo Presidente do STJ, mas que recebam o chamamento de carta rogatória. Isso ocorre nos casos em que a Administração Pública brasileira pratica atos que tem como objeto o interesse público e se harmonizam com a cooperação internacional. Há, inúmeras vezes, uma troca de informações imprescindíveis ao desenvolvimento do processo. A exemplo disso, temos os requerimentos de informação do direito estrangeiro – não são, juridicamente, medidas judiciais – e, ainda, uma diligência possa ser cumprida de plano (o pedido de expedição de determinado documento em cartório, que seja de conhecimento público), assim como, quando há tratado referente ao assunto. O procedimento será o encaminhamento ou devolução ao

Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa celebrado entre os governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai (Dec-Lei n.º 55/95).

2. O pedido está amparado em acordo de Cooperação Internacional, que permite a realização de diligências de caráter executivo expedidas em razão de decisões emanadas das justiças dos países signatários. Destarte, o requerimento não atenta contra a ordem pública ou a soberania nacional.

3. Ante o exposto, concedo o exequatur (art. 225, RISTF). Encaminhem-se os autos à Justiça Federal competente para as providências cabíveis.

¹² Ricardo Perlingeiro discorre sobre a expressão “juízo de delibação” da seguinte maneira: “ (...) No tocante à cooperação interjurisdicional, a recepção de atos judiciais estrangeiros é por meio de jurisdição nacional, que tem a finalidade de declarar a compatibilidade do ato judicial estrangeiro com os princípios fundamentais do estado nacional. Essa declaração é de natureza jurisdicional e comumente denominada de reconhecimento, sendo que, no Brasil, a doutrina utiliza a expressão ‘delibação’, influenciada pelo sistema italiano, pois o que há é uma jurisdição pontual, restrita à aferição da observância aos princípios fundamentais, sem possibilidade de análise de mérito originário, de modo a vedar ao juiz nacional o papel de instância recursal do juiz estrangeiro (...)”. (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Auxílio Direto, Carta Rogatória e Homologação de Sentença Estrangeira)

Ministério da Justiça para que sejam tomadas as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.¹³

A competência será do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça, que tem também as funções de coordenar a execução da cooperação jurídica internacional, exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos provenientes de outros países e instruir, opinar e coordenar a execução das cartas rogatórias ativas e passivas.

O Brasil não adotou formulário rígido que deva ser observado pelas autoridades estrangeiras competentes quando da apresentação de pedidos de auxílio jurídico ao país, devendo ser observados, no entanto, os padrões internacionalmente reconhecidos para esse tipo de solicitação.

O grande problema do auxílio direto é o possível conflito de competência que ele pode gerar. Acontece que a previsão do parágrafo único, art. 7º, da Resolução n. 9, deixou absolutamente em aberto, a definição dos casos em que deve caber carta rogatória e os que devem incidir o instituto do auxílio direto. Sabemos, como já mencionado, que a competência para o processamento das cartas rogatórias é do STJ. Por outro lado, em ocorrendo o auxílio direto, as providências a serem tomadas cabem ao juiz de primeiro grau ou ao de segundo grau. Isso significa que, em momentos específicos, o juiz nacional de primeiro e segundo graus, terão competência internacional.

Adicionalmente, como essa competência do STJ é prevista em sede Constitucional e não há menção taxativa sobre os casos de cabimento do auxílio direto, nem do seu objeto, nem mesmo a autoridade competente para escolher se o instrumento correto a ser utilizado é a carta rogatória ou o auxílio direto, cremos ser necessário um maior detalhamento dessas questões, a fim de que não haja afronta à Constituição. Por ora, tendo em vista esses aspectos, questiona-se a constitucionalidade dessa medida, visto que é um ato proveniente do exterior que sequer passa pelo crivo da nossa Corte Judiciária.

¹³ Art. 7º, parágrafo único, da Resolução n. 9, do Superior Tribunal de Justiça, de 4 de maio de 2005.

3. Sentenças Estrangeiras

A Homologação de Sentenças Estrangeiras tem o objetivo de gerar o reconhecimento, em nosso país, de uma decisão proferida em um outro Estado, visto que, a princípio, só teriam valor jurisdicional e caráter executório dentro do território em que foi emanada.

Nas lições do Ilustre Amílcar de Castro:

“Nenhum Estado pode pretender que os julgados de seus tribunais tenham força executória, ou valor jurisdicional em jurisdição estranha”.¹⁴

A importância disso, no mundo de hoje, é a grande necessidade de coexistência entre os Estados e a busca do desenvolvimento de suas inter-relações. Por isso, a maioria dos sistemas de Direito Positivo, reconhecem, de diferentes maneiras, às sentenças proferidas no exterior, porquanto, dessa forma, há o resguardo das relações privadas que o julgamento a ser homologado regula, assim como se respeita a ordem pública, a soberania e os bons costumes do Estado que promoverá a homologação.

Temos que em países como Dinamarca, Suécia, Noruega e Holanda não há qualquer reconhecimento aos julgados estrangeiros. A execução é obstada e não há homologação seja no aspecto material, seja no formal. A sentença é um mero fato.

No Reino Unido e nos Estados Unidos, a sentença estrangeira serve apenas como um fundamento válido para a nova ação que deverá ser instaurada frente às cortes desses países, tal qual uma prova. Portanto, não reconhecem formalmente o julgado alienígena.

Na França, há uma revisão absoluta do mérito e dos aspectos formais da sentença estrangeira e após, uma nova decisão é proferida, que substituirá a original. Neste caso, ela já é tratada como um ato jurisdicional, mas há uma desvalorização ao ordenamento jurídico de outro Estado.

¹⁴ CASTRO, Amílcar de, *Direito Internacional Privado*, 5ª edição, Ed. Forense, 1996, p. 267.

Na Bélgica, encontramos uma possibilidade de rever o mérito da decisão estrangeira, a fim de admiti-la ou não. Por não haver uma substituição de decisões, o controle é considerado limitado. Como nesse sistema, ressalvados os casos em que há tratado, não se exige a reciprocidade, considera-se a sentença como ato jurisdicional pleno. Já no caso dos sistemas que exigem tratamento recíproco para dar reconhecimento à sentença estrangeira, essa fica submetida a um aspecto administrativo, qual seja, o pacto ou vontade os Estados envolvidos, a fim de que tenha validade.

No Brasil, temos o que os doutrinadores chamam de juízo de delibação.¹⁵

Nas palavras do Eminentíssimo Professor Cláudio Finkelshtein:

“Nosso sistema de incorporação das decisões alienígenas ao direito brasileiro, anteriormente empreendido pelo STF, é atualmente denominado de **‘delibação moderada’**, vez que para se aferir suposta ofensa à ordem pública, torna-se necessária uma verificação perfunctória do mérito da questão para possibilitar tal decretação. Efetivamente, a ofensa a ordem pública raramente se encontra na forma do ato, mas sim em seu conteúdo ou na forma pela qual foi materialmente conduzida a demanda estrangeira, ainda que em consonância com a lei do foro.”¹⁶

Com o fito de assegurar o reconhecimento e a execução mútua das decisões de seus tribunais, várias convenções e acordos internacionais bilaterais e multilaterais tendem a regularizar essa prática e têm auxiliado uma maior e mais eficiente movimentação dos julgamentos.

¹⁵ Para o do Ministro Celso de Mello: “a homologação de sentença estrangeira, enquanto ato formal de recepção, pelo direito positivo brasileiro, de decisão emanada de Estado estrangeiro – apóia-se, dentro do sistema de controle limitado instituído pelo ordenamento jurídico nacional, em juízo meramente deliberatório, que se traduz na verificação dos requisitos enumerados tanto pela legislação ordinária (LICC, art. 15; CPC, art. 483) quanto, especialmente, pelo próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 217)” (STF, Petição Avulsa nº 11. Min. Celso de Mello. DJ: 10.10.1997.)

¹⁶ Cabe ressaltar que, com as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional n. 45, a competência para homologar sentença estrangeira passou a ser do STJ. Em 04 de maio de 2005, foi publicada a resolução n. 09 para facilitar e regular temporariamente a tramitação e a concessão de pedidos de cooperação jurídica internacional. Os requisitos para a homologação de sentença estrangeira ainda não foram inseridos no Regimento Interno do STJ, posteriormente deverá ser substituída por uma nova discutida pelo plenário do tribunal.

O Brasil participa de alguns convênios internacionais e não exige tratamento paritário para que homologue as sentenças de outros países. Para que isso ocorra, basta que ela preencha os requisitos previstos em nossa lei. No âmbito da América Latina e do bloco Sul americano, é signatário do protocolo de Las Leñas (Mercosul), Código de Bustamante (que elege o sistema de delibação, embora nunca tenha sido adotado como fonte pelo STF), da Convenção Interamericana sobre Execução e Reconhecimento de Laudos Arbitrais e Sentenças Estrangeiras e a Convenção Interamericana sobre Competência Internacional. Valendo ressaltar, que essa última, apesar de ter sido assinada pelo Brasil em 1984, ainda não foi aprovada pelo Congresso.

No que concerne à legislação nacional, no dia 31 de dezembro de 2004, entrou em vigor a Emenda Constitucional n. 45 que, em um dos seus dispositivos, trouxe à tona, a alteração de competência para processar e julgar o reconhecimento de sentenças estrangeiras, inclusive as proferidas por árbitros, assim como a concessão de ‘exequatur’ às cartas rogatórias passivas, do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça.

Após essa reforma, decidiu-se que essa modificação - ocorrida através da inclusão da alínea “i” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal e revogação da alínea “h” do inciso I do artigo 102 - tem efeito imediato, ou seja, todas as sentenças estrangeiras que ainda não haviam sido julgadas foram imediatamente remetidas do STF para o STJ. É o que se extrai da seguinte decisão:

“Homologação de Sentença Estrangeira - Incompetência Superveniente do STF - EC 45/2004 (Transcrições)

SEC 5778/Estados Unidos da América*

RELATOR: MINISTRO CELSO DE MELLO

EMENTA: HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA E CONCESSÃO DE “EXEQUATUR” ÀS CARTAS ROGATÓRIAS PASSIVAS. EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO NORMATIVO DESSE TEMA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO (IMPÉRIO/REPÚBLICA). LIMITES AO PODER DE DELIBAÇÃO

DO TRIBUNAL DO FORO. SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PROMULGAÇÃO DA EC 45/2004. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA NOVA REGRA DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL. SUPERVENIENTE CESSAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATRIBUIÇÃO JURISDICCIONAL AGORA DEFERIDA AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (CF, ART. 105, I, “I”). INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO POSTULADO DA “PERPETUATIO JURISDICTIONIS” (CPC, ART. 87, “IN FINE”). REMESSA IMEDIATA DOS AUTOS AO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.”

Sendo assim, em face da supremacia da norma constitucional ou do disposto no art. 87¹⁷, do Código de Processo Civil, não haverá a “perpetuatio jurisdictionis”. Isso porque, houve modificação da competência funcional e outro órgão se tornou competente para julgar a causa. Portanto, a partir dessa Emenda, a sentença proferida por juiz ou tribunal estrangeiro somente será eficaz no país após a sua homologação pela pelo Presidente do STJ ou pelos Ministros da Corte Especial.

De acordo com Barbosa Moreira:

“A sentença estrangeira pode vir a ser invocada para mais de um fim. É possível que o interessado queira unicamente fazer valer-lhe a autoridade em processo em curso perante a Justiça nacional, por exemplo, para fundamentar uma defesa preliminar de coisa julgada. Também é possível que ele queira promover, no território nacional, atos materiais tendentes à realização prática do que se decidiu no outro país, v.g., a apreensão e a alienação forçada de bens pertencentes ao devedor, lá condenado ao pagamento de certa importância”¹⁸

Como foi concebido de uma forma bastante ampla o conceito da palavra “sentença estrangeira”, homologáveis são todas aquelas que tenham conteúdo declaratório, constitutivo ou condenatório e que sejam regulares em sua forma. Com isso,

¹⁷ **Art. 87** - Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

¹⁸ Moreira, José Carlos Barbosa. Notas Sobre reconhecimento e execução de sentenças Estrangeiras. RePro 124, pág. 19.

todo tipo de sentença estrangeira está sujeita, no Brasil, à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Não mais há a ressalva, antes feita de que as sentenças declaratórias sobre o estado da pessoa não necessitam de homologação segundo a previsão do art. 15, § único, LICC.¹⁹ Isso foi superado através da sobrevivência do art. 483, do CPC.²⁰ Assim, TODAS as sentenças estrangeiras necessitam do crivo homologatório do STJ, a fim de que sejam reconhecidas no sistema brasileiro.

A notável jurista Nádia de Araújo leciona:

“Têm sido aceitas, sem qualquer restrição, decisões proferidas por órgãos que não fazem parte do poder judiciário, mas tem a função de expedir determinações com eficácia sentencial. Em casos de divórcio provenientes do exterior, têm sido homologadas decisões proferidas por decreto real, da Dinamarca; de tribunal rabínico, de Israel; de autoridade administrativa, do Japão”.²¹

Por outro lado, a própria autora traz à baila decisões do STF que propugnam o contrário:

“STF, Pleno, **SE 2.852 - EP**, Relator Min. Djaci Falcão, Julgamento 24.05.86, DJ 27.08.86, V.U. “Ementa: Pedido de homologação de sentença estrangeira. Inviável é a homologação de sentença proferida por tribunal eclesiástico situado no território brasileiro, porquanto aqui as relações de família submetem-se a jurisdição dos tribunais civis. Conforme o art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, é exequível no Brasil a sentença estrangeira, desde que proferida por juiz competente, passada em julgado e que satisfaçam todas as exigências expressas nos arts. 216 e 217 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Pedido não conhecido.”

¹⁹ O Professor Barbosa Moreira ressalta que: “O STF, que reproduzira a norma no regimento de 18.06.1970, manteve-a na Emenda Regimental nº 4, de 04.05.1977, já na vigência do atual Código; mas veio depois a suprimi-la: ela já não aparece no art. 215 do Regimento interno em vigor. Além disso, em mais de um acórdão aderiu a Corte à tesa da revogação e afirmou, sem reboços, a necessidade da homologação para *toda e qualquer* sentença estrangeira, declaratória ou não, inclusive as relativas ao estado das pessoas.” Op. Cit. Acima, pág. 26

²⁰ **Art. 483** - A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único - A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

²¹ Op. Cit., p. 273.

Nesse aspecto, acresce o mestre Irineu Strenger:

“O importante é que antes de tudo o julgamento estrangeiro seja regular na forma, isto é, que seja um verdadeiro julgamento e não um ato informe que se apresentaria sob o nome de julgamento.”²²

O mestre Cláudio Finkelstein igualmente pontua:

“Trata-se de sistema que respeita a coisa julgada no direito intertemporal e que foi adotado por um grande número de países, não havendo exigência de reciprocidade. Mas não é um sistema uniforme em todos os demais países. Entre os princípios subjetivos para a revisão de sentença estrangeira temos o do não reconhecimento (Suécia, Rússia); Reconhecimento mediante reciprocidade (Alemanha); Reconhecimento mediante nova ação (Inglaterra); reconhecimento *ipso jure* independente de revisão, restrita às Sentenças sobre o Estado das Pessoas (França) ou o reconhecimento via *exequatur*, havendo revisão do mérito, com controle da aplicação do direito ou matéria de fato (França) ou um método formal, de mera delibação, como o Brasileiro, Italiano, Português.”²³

Devido essa mudança de competência, houve algumas alterações no processo de homologação das sentenças estrangeiras. Os requisitos para isso, encontram-se estabelecidos no artigo 15 da LICC e no artigo 5º da Resolução 09/2005 do STJ.

No artigo quinto da Resolução nº 09 do STJ, encontramos expressamente os seguintes requisitos para a homologação da sentença estrangeira: I. haver sido proferida por juiz competente; II. Citação válida das partes ou haver-se legalmente verificado a sua revelia; III. Ter transitado em julgado;²⁴ IV. Estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Apesar de haver posicionamento em ambos sentidos, em relação ao pedido da homologação de sentença estrangeira ser de jurisdição voluntária ou contenciosa,

²² Cf. in *Direito Processual Internacional*, 1ª edição, LTr, 2003, pág. 93

²³ Finkelstein, Cláudio. Artigo

²⁴ Também é necessário que a decisão esteja revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida.

prevalece aquele que a classifica como procedimento de jurisdição contenciosa, pois aquele que a propõe está trazendo à apreciação do judiciário uma verdadeira ação, em que pode haver o interesse do pólo passivo pela não-homologação. Inclusive, com o cabimento de contraditório. É um procedimento jurisdicional que tem um rito especial no seu trâmite pelo STJ. Quando este denega ou concede a decisão, estará, portanto, julgando o mérito da causa. Poderá inclusive homologar apenas uma parte da sentença.²⁵ Afinal, há casos em que, de acordo com o princípio da adequação, somente parte do julgado estrangeiro se coaduna com os princípios de ordem pública brasileira. Denegando ou concedendo a homologação, a decisão do STJ reveste-se da autoridade de coisa julgada no sentido material.

3.1. Aspectos Procedimentais da Homologação

No aspecto procedimental, o pedido de homologação deverá ser ajuizado pelo próprio interessado²⁶ ou remetido por carta rogatória, e, em seguida, será encaminhado para o Presidente do STJ. Este fará o exame da regularidade formal. Caso os requisitos necessários não tenham sido preenchidos, é possível se dar prazo para o requerente aditar ou emendar o pedido.²⁷ Em seguida, logo após a citação da parte interessada, será aberto

²⁵ Caso de deferimento parcial do pedido em uma homologação de sentença estrangeira, ocorrido antes da E.C. 45. Situação que permanece absolutamente possível em sistema, agora, mediante a competência do STJ. SENTENÇA ESTRANGEIRA – HOMOLOGAÇÃO – SENTENÇA QUE DECRETOU SEPARAÇÃO DE CÔNJUGES E DISPOS SOBRE GUARDA DO FILHO MENOR DO CASAL – 1. Não afasta o interesse legítimo do requerente quanto a homologação da sentença estrangeira em referência o fato de haver ajuizado, no foro do rio de janeiro, ação de regulamentação de visitas, considerando que a requerida passou a residir nessa cidade em companhia do menor. 2. É Homologável a sentença estrangeira na parte em que decretou a separação dos cônjuges. ao recorrer, entretanto, desde logo, o requerente a justiça brasileira, aceitando a guarda da mãe sobre o filho, o requerente praticou ato incompatível com a pretensão de ver homologada a sentença estrangeira nesse ponto e sobre a regulamentação de visitas. 3. Homologação parcial da sentença estrangeira, com exclusão das cláusulas que cuidam da custódia do menor e regulamentam as visitas. . (STF – SE 4.333 – DF – TP – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 15.12.1995)

²⁶ Legitimada, para a propositura dessa ação, é a parte interessada. Esse conceito abrange as partes do processo estrangeiro ou seus sucessores, também o terceiro que porventura sofrer as consequências jurídicas da sentença proferida por juiz ou tribunal estrangeiro, enfim, qualquer pessoa que tenha interesse jurídico no processo a ser homologado no Brasil.

²⁷ Exemplo de emenda temos nesse caso extraído da jurisprudência do STJ. STJ. SE Nº. 50 - DF (2005/0003548-1). Relator: Min. PAULO DE BARROS. Julgamento: 09.05.2006. Publicação: DJ 22.05.2006 Emende-se a petição inicial para que seja indicada a qualificação completa do requerido, inclusive o endereço para citação, consoante estabelecido nos arts. 282, II e VII, e 284 do Código de Processo Civil; ou apresente a requerente a declaração de anuência do requerido, devidamente chancelada pelo consulado brasileiro no país de origem e traduzida por profissional juramentado (art. 3º, parte final, da Resolução nº 9/2005 desta Corte). Esclareça a requerente se pretende a homologação parcial (fls. 81/82

prazo para que haja contestação do pedido de homologação da sentença em até 15 (quinze) dias.²⁸ Vale ressaltar que, como não há presunção de veracidade no processo, se mediante a intimação do requerido, este não é encontrado, nomeia-se curador para que se preserve o princípio do contraditório. Saliente-se que a defesa somente poderá consistir na discussão sobre a inteligência da decisão, observância dos requisitos da Resolução n. 09/2005 do STJ e autenticidade dos documentos. Por isso, o conteúdo da contestação não entra no mérito dos vícios da sentença estrangeira, a não ser que seja aspecto impeditivo de homologação, de acordo com o direito brasileiro, a exemplo de um divórcio proferido por um juiz do trabalho, da incapacidade do autor, da nulidade da citação. Sendo a homologação uma ação autônoma com seus requisitos para ser admitida pelo Tribunal, pode o réu as argüir preliminares processuais, tal qual a falta de legitimação ativa ou passiva.

Havendo contestação, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial. Cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo. Será aberto o direito a réplica no prazo de 05 dias. Assim como dada vistas ao Ministério Público por 10 (dez) dias, a fim de impugnar ou não a homologação como *custos legis*. Das decisões do Presidente na homologação de sentença estrangeira cabe agravo regimental. Por enquanto, há isenção de cobrança de custas processuais nos novos pedidos, de acordo com o art. 1º, parágrafo único, da Resolução 09/2005, porque o STJ não a prevê nos processos de sua competência originária.

3.2. Sobre o mérito da decisão

Vale ressaltar que o processo de homologação possui caráter constitutivo e faz nascer uma contenciosidade limitada. Isso porque, de acordo com o juízo de delibação, adotado pelo ordenamento brasileiro, a função judiciária no processo de homologação cinge-se a verificar, se o julgado proferido por outro ordenamento, harmoniza-se com os

verso) ou integral da sentença estrangeira (fls. 67/73). Em havendo interesse pela homologação integral, deverá juntar cópia autenticada pelo consulado brasileiro, acompanhada da tradução oficial (art. 5º, IV, da referida resolução). Publique-se. Intime-se.

²⁸ O requerido é citado por carta de ordem, caso esteja domiciliado no Brasil. Por carta rogatória, se domiciliado no exterior ou por edital, caso não seja encontrado ou esteja em local indeterminado ou inacessível.

requisitos formais exigidos pelo ordenamento brasileiro. Por tal razão é defeso discutir-se, no processo de homologação, a relação de direito material subjacente à sentença estrangeira, ou seja, não se pode debater matéria referente à controvérsia jurídica que originou, no juízo rogante, a instauração do respectivo procedimento, ou mesmo quanto às suas possíveis implicações, a não ser para estabelecer a ocorrência de afronta à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes. Há ainda aqueles que afirmam que o conceito de ordem pública abrange o de soberania nacional e bons costumes.

No que tange ao conceito desses institutos, a doutrina tem procurado fixá-los. Entretanto, devido a inúmeras interpretações, fica evidente a dificuldade de se chegar a um denominador comum. Dolinger afirma que a principal característica da ordem pública é a sua indefinição.²⁹

Doutrinadores tentam conceituá-la, fazendo até mesmo a abordagem da ordem pública interna e da externa. Trazemos, abaixo, algumas explicações de grandes doutrinadores a respeito do tema.

Para Amílcar de Castro:

“A ordem social ou ordem pública é una e indivisível, mas como pode ser agredida de dois modos, por ataques provenientes de situações diversas, é sempre defendida por dois modos. A terminologia empregada por Brocher deu lugar a supor-se haver duas espécies de ordem pública, quando isto é inconcebível. Diferença se encontra nos meios de defesa da ordem pública, não nesta em si mesma, que não pode deixar de ser uma só, sempre original, ímpar e indivisível”.³⁰

Luiz Araújo Correia de Brito preleciona que a ordem pública:

²⁹ DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, 7ª edição, Ed. Renovar, 2003, p. 392.

³⁰ CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 265.

“Uma e única, com relação à fonte geradora ou ao órgão elaborador; dual ou dupla, no que tange aos efeitos de sua aplicação ou incidência”³¹

A douta jurista Maria Helena Diniz defende que

“a ordem pública é o conjunto de normas essenciais à convivência nacional; logo não comporta classificação em ordem pública interna e internacional, mas tão-somente a de cada Estado. Sem embargo, autores existem, como Despagnet, que vislumbram três categorias de leis de ordem pública, em todas as legislações: a) a compreensiva de institutos e leis que interessam à consciência jurídica e moral de todos os povos civilizados, como as alusivas ao casamento, ao parentesco em linha reta; b) a que engloba leis tidas como aplicação de verdadeiros princípios da moral e da organização social; c) a referente às disposições imperativas em considerações de ordem regional.”³²

Esses conceitos nos levam a crer que não há uma ordem pública interna e outra internacional, mas um instituto só, que é refreado pela soberania dos países. Devido ao poder que eles têm sobre os seus territórios, delimitam autonomamente a abrangência do conceito de ordem pública, isto é, até que ponto ela influenciará no seu sistema. É isso que leva à discussão sobre o conceito de ordem pública. Caso não houvesse países soberanos, muito provavelmente esse debate seria sem préstimo.

Por fim, entendemos que, como o legislador nacional dificilmente se disporá a confeccionar leis que determinem o que é ordem pública e o que não é. Como já citamos anteriormente, há uma única menção no artigo 39 da lei de arbitragem. Ademais, as decisões sobre esse assunto são de absoluta discricionariedade dos juízes e frente ao tema do nosso estudo, serve ela para propugnar o debate sobre o reconhecimento dos direitos adquiridos no exterior.

Em se tratando dos aspectos formais, o julgamento da causa por um juiz estrangeiro, só é aceito pelo Brasil, quando não for hipótese de competência absoluta da

³¹ BRITO, Luiz Araújo Corrêa de. *Do Limite à extraterritorialidade do Direito Estrangeiro no Código Civil Brasileiro*. 1952, p. 118 e 119.

³² Diniz, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. SP: Saraiva, 1999, 5ª ed., p. 366.

justiça brasileira. Entretanto, se a situação se encaixar nos casos de competência concorrente, não haverá, nesse aspecto, óbice para homologação dessa sentença.

No cerne desse tema, uma dúvida, a princípio, ganhou ênfase, mas foi dirimida pelo posicionamento do STF. Tratava-se de debate doutrinário em que se sopesava se a ligação desse requisito era referente à competência internacional do juiz prolator da sentença ou à competência, dentro do direito brasileiro, desse juiz alienígena que decidiu o caso. Como sabemos que no direito brasileiro, o processo de homologação de sentença estrangeira tem uma contenciosidade limitada, não cabe, uma análise de fundo da questão. Por isso, nessa questão, somente poderá ser objeto de exame, a ocorrência de afronta ao artigo 89 do CPC³³, que traz em seu conteúdo os casos em que há competência exclusiva da justiça brasileira.

Neste particular posicionou-se em diversas oportunidades o STF, afirmando que como o sistema instaurado é de contenciosidade limitada, não caberia a este Tribunal analisar o fundo da questão, mas tão somente a competência internacional exclusiva da Justiça brasileira (artigo 89 do CPC)³⁴.

Em nosso ordenamento, não há uma especificidade de tratamento para a determinação do termo “juiz competente”. Nas palavras de Irineu Strenger:

“Observe-se em primeiro lugar que se trata aqui de regras de competência internacional e não de dúvidas que o processo pode suscitar do ponto de vista da

³³ **Art. 89** - Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

³⁴ STF, Pleno, SE-AgR-AgR 7101, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA. DJ 14-11-2003, p. 00012, Julgamento: 15/10/2003. EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL NA SENTENÇA ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. LIMITES. BENS IMOVÉIS SITUADOS EM TERRITÓRIO NACIONAL. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. 1. Sentença proferida na República do Paraguai, em que se declara a nulidade de instrumento procuratório e a transferência de imóvel localizado no Brasil. 2. Recurso interposto contra decisão que limitou a homologação da sentença estrangeira à parte referente à outorga de mandato, não abrangendo os atos que, por força dele, foram praticados e que importaram na alteração subjetiva da matrícula do imóvel. 3. O Judiciário brasileiro tem competência exclusiva e absoluta para conhecer de ações nas quais estejam envolvidos bens imóveis que se encontrem em território pátrio (CPC, artigo 89, I). Agravo regimental em sentença estrangeira a que se nega provimento. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>.

competência no país onde ele foi julgado. Em nossa matéria, como efeito, pode-se argüir o julgamento estrangeiro de incompetência; seja porque ele foi concedido pelo juiz de um país quando deveria ter sido concedido pelo juiz de um país diferente, o que é precisamente nossa questão, seja também porque no país ao qual a jurisdição, certamente, pertencia, o tribunal que decidiu não era aquele que deveria regularmente ser encarregado da matéria.”³⁵

Acreditamos, porém, que não é a intenção do nosso sistema jurídico que o STJ tenha que dominar todos os ordenamentos jurídicos, a fim de poder realizar o juízo de delibação em uma sentença estrangeira. O que se tem como coerente é que na análise do cabimento da homologação, o Tribunal verifique essa competência especial interna do juiz estrangeiro, apenas uma garantia basal de regularidade do processo, semelhante ao tratamento dado às regras sobre o contraditório.³⁶ Sendo assim, busca-se a garantia de que a decisão proferida não é arbitrária, contendo o mínimo dos requisitos necessários para se colocar em pratica o bom funcionamento da justiça.

Outro aspecto de suma importância, para que seja dado o deferimento ao processo de homologação de sentença estrangeira, é que o réu tenha sido citado, quando situado aqui no Brasil, mediante carta rogatória. A não-citação do réu é considerada uma mácula que contamina toda a ação, porque o direito elementar de uma defesa eficaz, não lhe foi dado. Isso gera uma afronta à ordem pública brasileira. Essa opinião sempre foi propugnada pelo STF e continua sendo pelo STJ, inclusive com previsão expressa dos arts. 5º, inc. II e 6º da Resolução 09 do STJ.^{37 38}

³⁵ STRENGER, Irineu Strenger: *Direito Processual Internacional*, 1ª edição, LTr, 2003, p. 94.

³⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campo, *Tratado de Direito Internacional Privado*, Vol. II., 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 443.

³⁷ Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:

...

II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

...

Art. 6º Não será homologada sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública.

³⁸ STJ, SEC 569, Rel. Min Laurita Vaz, DJ 26.06.2006,p. 81, Julgamento 17/05/2006. CONTRATO OBJETO DE ANÁLISE DA DECISÃO ALIENÍGENA. RÉU RESIDENTE NO BRASIL. CITAÇÃO VIA FAX. AUSÊNCIA DE CARTA ROGATÓRIA. INVALIDADE DA CITAÇÃO. 1. Além de não ter sido trazido aos autos o aludido contrato que balizou a condenação, documento indispensável à compreensão da sentença, há uma mácula no nascedouro da ação alienígena, uma vez que a citação do réu, que reside no

Não obstante esse entendimento há a possibilidade de ser suprida a falta de citação através do comparecimento espontâneo da parte em juízo, assim como quando o autor do processo de homologação é exatamente aquele que não havia sido citado no processo alienígena.

O trânsito em julgado da sentença estrangeira era outra exigência para a homologação. Entretanto, sabe-se que alguns ordenamentos jurídicos, uma decisão jamais transita em julgado. Isso embatia com a necessidade de o julgamento possuir caráter executório no país onde ele foi concedido, a fim de que se caracterize um maior grau de estabilidade daquela decisão.

Portanto, de acordo, inclusive com a súmula 420 do STF³⁹, não se homologava uma sentença que não esteja revestida das formalidades exigidas para que seja eficaz no lugar em que foi produzida.

Irineu Stenger ensina que:

“É certo que o Código Civil diz que as sentenças estrangeiras podem ser *executadas* e o Código de Processo Civil diz que as sentenças estrangeiras serão *exequíveis*, o que parece dar a entender que só necessitam de *exequatur*, as sentenças suscetíveis de servir de base a uma execução, ficando isentas todas as outras. Contudo, essas fórmulas podem ser entendidas no sentido de que as sentenças estrangeiras só produzem efeitos depois de revistas e confirmadas, e deverá ser esta a interpretação preferida, desde que ela seja, como é, a que mais se harmoniza com os motivos que levaram o legislador a estabelecer o instituto da revisão e confirmação das sentenças estrangeiras, com a fórmula genérica sentenças sobre direitos civis, com as disposições das nossas leis que para algum efeito especial reconheceram valor às sentenças

Brasil, foi inválida, e, por conseguinte, sua revelia, porquanto não realizada por carta rogatória, mas por fax, forma inadmitida pela lei e jurisprudência pátrias. 2. Pedido de homologação indeferido. Condenação do Requerente às custas e honorários.

³⁹ STF, Súmula nº 420: Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado.

estrangeiras, e bem assim com o alcance que tem o reconhecimento de uma sentença da autoridade da coisa julgada.”⁴⁰

Todavia, a nosso ver, esse entendimento será superado, pois tal qual previsto no sistema jurídico brasileiro, em se configurando requisitos do direito da parte e do perigo da demora, haverá a possibilidade de cumprimento de medidas liminares cautelares provenientes de decisões de caráter interlocutório, tendo por objetivo de prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de um direito.

Nesse sentido, há na Resolução nº 9, o artigo 4º, § 3º, trazendo expressamente a possibilidade de deferimento da tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras.

O que acontecia, de fato, para se evitar o deferimento dessas medidas, era apenas uma análise, muitas vezes, superficial, referente ao conceito de ordem pública, tal qual o entendimento do nosso judiciário. A nosso ver, agora, será feito um balanceamento entre a importância de uma cooperação jurídica internacional mais eficaz – visto que o Brasil tem tido seus pedidos executórios, em alguns outros países, deferidos, independentemente de haver tratado sobre o assunto – e uma análise mais aprofundada do conceito de ordem pública, a fim de evitar indeferimentos irrazoáveis para todos os lados, sob um argumento que, nem sempre, se configura. A situação em exame, refere-se a conceitos que se encontram pré-definidos no ordenamento brasileiro, que necessitam ser abrandados, da forma como já era feito nos casos em que havia convenção sobre o tema. Tudo isso, logicamente, em prol de uma evolução das relações internacionais, sem que haja uma afronta à soberania do nosso Estado.

Quanto à litispendência, ela somente ocorre se já houver sentença com trânsito em julgado no Brasil em um processo que tenha versado sobre o mesmo objeto da ação estrangeira. Neste caso, já estará exaurida a jurisdição brasileira no que se refere àquela lide. Portanto, isso gera um impedimento à homologação, visto que levaria a uma ofensa à soberania nacional por haver, em primeiro plano, um desrespeito à coisa julgada.

⁴⁰ STRENGER, Irineu, Op.cit., p. 97.

Por outro lado, em havendo uma sentença já homologada pelo STJ e o processo brasileiro ainda em trânsito, este será invalidado, visto que confronta àquele que primeiro se tornou eficaz para o ordenamento jurídico.

Para ter efeito legal no Brasil, todo documento precisa ser legalizado pela Autoridade Consular brasileira da jurisdição onde tenha sido expedido e, se não escritos em língua portuguesa, traduzidos em nosso país por tradutor público juramentado de acordo com a previsão dos artigos 151, incisos I e II, 156 e 157 do Código de Processo Civil e artigo 784, § 1.º, do Código de Processo Penal. A versão oficial para a língua estrangeira é também exigida para os atos judiciais dirigidos ao exterior.

A função disso é que o cônsul analise se a sentença possui todos os requisitos formais exigidos no seu país de origem. Assim como o tradutor oficial confirme o conteúdo do documento original.

Só a partir daí, esse documento poderá ser usado para instruir o pedido de homologação no STJ.

Pode ocorrer a dispensa desses requisitos quando as sentenças tramitam por via diplomática ou nos casos em que o Brasil é signatário de tratados de cooperação internacional, pois as sentenças tramitarão por autoridades centrais. No que se refere a esse tópico temos o Tratado de cooperação internacional em matéria civil celebrado entre o Brasil e a França⁴¹, a Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, dentre outros.

Quanto à tradução juramentada, pode ser nomeado um tradutor ad hoc, quando não há tradutor oficial de determinada língua aqui no Brasil, devendo a parte tomar as providências devidas frente a essa questão.⁴²

4. Homologação de Laudos Arbitrais Estrangeiros

⁴¹ STF. Pleno. **SEC 5.659/França**. Relator Min. Carlos Velloso. Publicação: DJ 14.3.02. Julgamento: 4.3.02.

⁴² É o que dispõe os artigos 9º e 10 da Instrução Normativa n. 48/96, editada pelo Diretor do Departamento Nacional do Registro do Comércio – DNRC. Para mais orientações a esse respeito, verificar os acórdãos **SE 6.609** e **SE 5.835-3**, provenientes do Reino da Suécia.

Assim como a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, a aprovação dos laudos arbitrais que é possível, em regra, quando tem por objeto, direitos disponíveis provenientes de outro país, é da competência do STJ. É previsto na lei 9.307/96, que o reconhecimento dessas sentenças arbitrais só é possível após essa homologação. O tramite é o mesmo da sentença estrangeira, mas segue a regulamentação específica contida na lei referida⁴³.

Ela também possibilitou o esclarecimento de questões não unânimes, tais quais: a controvérsia relativa ao duplo *exequatur* e à forma de citação da parte brasileira em procedimento arbitral internacional. Assim como incorporou dispositivos idênticos aos da Convenção Internacional sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (New York, 1958) – CNI.⁴⁴

Em relação à desnecessidade dessa dupla homologação, trazemos importante decisão do STF a respeito do tema. Acontece que há países que exigem, para o laudo arbitral estrangeiro ter eficácia judicial em seu território, a homologação pelo seu

⁴³ “Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos artigos 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.”

⁴⁴ Carlos Alberto Carmona declara que “driblando os trâmites ministeriais, verifica-se que nos seis incisos do art. 38 e no art. 39 foram relacionados todos os casos de recusa de homologação previstos no art. V da convenção nova-iorquina.” CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo um comentário à Lei 9.307/96*, Malheiros Editora, 1998, pág 295.

Judiciário. Isso gerou, após a promulgação da lei de arbitragem, uma discussão sobre a perpetuação da necessidade de dupla homologação, frente a laudos arbitrais providos desses países alienígenas, ou seja, a que devia acontecer no país de origem e, depois, aquela tramitada em nossa Corte Máxima. Por outro lado, face às sentenças arbitrais provenientes de Estados que não demandassem a homologação pelo seu Judiciário, para que pudesse ter eficácia em seu ordenamento jurídico, já estava pacífico o entendimento da desnecessidade da dupla homologação.

Nesse sentido, explicita o STF:

“EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova

lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).”⁴⁵

Como o Brasil tem dado uma importância cada vez maior ao procedimento arbitral, não só essa convenção foi ratificada, mas a princípio, o Protocolo de Genebra, em 1923 (incorporado pelo Brasil através do Decreto 21.187 de 22/03/1932). Em seguida, também, a Convenção Interamericana de Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975), Decreto nº 1.902/96, a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Montevideu, 1979), Decreto nº 2.411/97, a CNI acima mencionada, Decreto nº 4.311/02 e, recentemente, o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Buenos Aires, 1998), Decreto nº 4.719/03.

Não só isso, hoje, em âmbito internacional, diversas entidades atuam para garantir a implementação desse meio de solução de controvérsias, dentre elas: a AAA

⁴⁵ STF. SE-AgR 5206 / EP – ESPANHA. Tribunal Pleno. Min Rel. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 12.12.2001. DJ 30.04.2004 p. 29

(*American Arbitration Association*), com sede em Nova York, a Câmara Internacional do Comércio (CIC), de Paris, e a LCA (*London Court of Arbitration*).

O legislador brasileiro vislumbrando a possibilidade de incorporação, ao ordenamento jurídico brasileiro, de inúmeras outras leis versando sobre o assunto, criou um dispositivo de compatibilidade, dispondo:

“Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.”

Outra questão que foi esclarecida pela lei de arbitragem, diz respeito à citação de parte brasileira em procedimento arbitral internacional. Dispõe o art. 39 da lei 9307/96 que:

“não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa”.

No acórdão infra-mencionado, a Ministra Eliana Calmon nos mostra que a citação no processo estrangeiro foi invalida, porque não se deu mediante carta rogatória e também não houve prova de ter sido estabelecida a Convenção de Arbitragem, a fim de que pudesse ser feita nos moldes do que fora pactuado pelas partes:

“PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO.

1. A homologação da Sentença Estrangeira pressupõe a obediência ao contraditório consubstanciado na convocação inequívoca realizada alhures. In casu, o processo correu à revelia, e não há prova inequívoca, restando cediço na Corte que a citação por rogatória deve deixar estreme de dúvidas que a comunicação chegou ao seu destino. Sob esse ângulo, assiste razão ao curador quando sustenta: "O que fulmina a pretensão homologatória é a ausência de demonstração inequívoca da regularidade da citação da

requerida ou de seus representantes legais para, eventualmente, contestarem a ação na Corte Distrital de Connecticut, nos Estados Unidos da América. Cuida-se de requisito indispensável à homologação terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia (art. 5º - II da Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005, que dispõe, em caráter transitório, sobre a competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004) Tratando-se de sentença estrangeira, é necessário – salvo comparecimento voluntário e consequente aceitação do juízo estrangeiro- que a citação do requerido, residente no Brasil, seja feita por meio de carta rogatória após concessão do exequatur pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça (art. 105 - I - i da CF/88). Nesse sentido, copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes do advento da Emenda Constitucional Nº 45/2004 (v., entre inúmeras, SEC 3.495, SEC 6.122, SEC 6.304). Na mesma linha, orientação que se firma no Superior Tribunal de Justiça (v. SEC 295, relator Ministro José Delgado; SEC 841, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; e SEC 861, relator Ministro Ari Pargendler).

Assim, a circunstância de a sentença dar notícia de .que a requerida "tendo falhado em comparecer, foram inadimplidos, e o Autor foi plenamente ouvido" (fl. 43), ou "não compareceram, foram inadimplentes e a Autora foi ouvida" (fl. 65), ou "não tendo comparecido, foram julgadas à revelia, e a Autora foi plenamente ouvida" (fl. 292) não demonstra, de modo necessário e manifesto, sua regular citação.'O fato de ter tramitado à revelia não induz a crer, como pretende a requerente (item 8, fls. 224 e 309), que a requerida foi regularmente citada. Sobre isso, não estimamos correto mero exercício de retórica ["... logrou a REQUERENTE fazer chegar a respectiva intimação às mãos da sócia da REQUERIDA, Sra. Alice Navarro Santos." (fl. 185) ou, ainda, "Resta comprovado, portanto, que a REQUERIDA, na pessoa de sua representante, ficou ciente do pedido de confirmação da sentença arbitral perante a Corte Americana..." (fl. 185)]. Era imperioso demonstrar que a citação para o processo judicial estadunidense se fez no Brasil mediante carta rogatória. Isso não ocorreu.

Desse modo, a sentença proferida em novembro de 1997 pelo Foro Distrital dos Estados Unidos da América do Distrito de Connecticut (fls. 68/72; tradução, fls. 65/67) não deve ser homologada."

2. Destarte, a confirmação da eminente Relatora quanto à não-comunicação é incontestes, posto ter afirmado que: "A sentença arbitral de 28 de fevereiro de 1998 foi confirmada em 17 de novembro do mesmo ano pelo Tribunal Distrital dos Estados Unidos da América, Distrito de Connecticut, cumprindo-se assim uma exigência anterior à Lei de

Arbitragem, não mais necessária, embora não prejudique o teor da providência a chancela de legalidade outorgada pela Justiça americana, com o chamamento da parte ré, ora requerida, que não respondeu ao chamado, como registra a sentença judicial. Conseqüentemente, não há como se imputar ao processo vício de nulidade por falta de citação, porque não foi possível localizar os sócios da empresa, senão um deles, por ocasião da homologação judicial."

3. É cediço que o trânsito em julgado da sentença alienígena não pode, no Brasil, ter maior força que a sentença nacional trântisa, sendo certo que no nosso ordenamento, a ausência de citação contamina todo o processo de cognição, ainda que vício aferível, apenas, quando da execução (art. 741 do CPC).

4. Deveras, no que pertine à sentença arbitral em si, objeto da homologação, em sendo o texto apresentado à chancela homologatória apócrifo (fls. 5/8), sobressai impossível a identificação de quem concordou, em nome da requerida, com os termos de conciliação (fls. 7/8; tradução fls. 11/12) da "sentença de consentimento" dos árbitros (fls. 5/6; tradução fls. 9/11)

5. Outrossim, não é por outra razão que os artigos 5º, 21, 37, II, 39, § único e 40 da Lei 9.307/96 dispõem: Art. 5º - Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 21 - A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º - Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º - Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º - As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º - Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 37 - A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

(...)

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial;

Art. 39 - Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constar que:

(...)

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

6. É cediço na jurisprudência do Eg. STJ que a homologação de sentença estrangeira reclama prova de citação válida da parte requerida, seja no território prolator da decisão homologanda, seja no Brasil, mediante carta rogatória, consoante a ratio essendi do art. 217, II, do RISTJ.

7. Deveras, é assente na Suprema Corte que: "A citação de pessoa domiciliada no Brasil há de fazer-se mediante carta rogatória, não prevalecendo, ante o princípio direcionado ao real conhecimento da ação proposta, intimação realizada no estrangeiro. Inexistente a citação, descabe homologar a sentença.(...)" (SEC 7696/HL, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 12.11.2004)

8. Precedentes jurisprudenciais do STF: SEC 6684/EU, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.08.2004; SEC 7570/EU, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 30.04.2004 e SEC 7459/PT, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ de 30.04.2004.

9. Outrossim, quanto ao thema iudicandum o Eg. STF decidiu: "EMENTA: SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser instruído com a convenção de arbitragem, sem a qual não se pode aferir a competência do juízo prolator da decisão (Lei 9.307, artigos 37, II, e 39, II; RISTF, artigo 217, I).

2. Contrato de compra e venda não assinado pela parte compradora e cujos termos não induzem a conclusão de que houve pactuação de cláusula compromissória, ausentes, ainda, quaisquer outros documentos escritos nesse sentido. Falta de prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular.
3. Não demonstrada a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Pedido indeferido." (SEC 6.753/UK - Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 04.10.2002)
10. Por fim, reportando-se às partes, às regras da A.A.A. (Associação de Arbitragem Americana) impunha-se anexá-las como método integrativo dos parâmetros da arbitragem, o que não restou efetivado, conspirando contra a homologação.
11. Voto pelo indeferimento da Homologação (art. 217, I e II e 216, RISTF c/c 17 da LICC), divergindo da E. Relatora.”⁴⁶

Como vemos desse acórdão, parece-nos que o STJ, por suas posições menos conservadoras, prezarão mais pela eficácia dos processos em detrimento do excessivo formalismo. Sendo assim, consubstanciará a não necessidade de citação das partes via carta rogatória, aspecto que as desencoraja de optar pela arbitragem, por ser algo altamente moroso, chocando com um dos principais objetivos da escolha deste procedimento, que é a celeridade.⁴⁷ A permissão de citação via postal, demonstra uma

⁴⁶ STJ. Corte Especial. SEC 833. Min. Eliana Calmon. Julgamento: 16.08.2006. DJU: 30.10.2006, p. 209.

⁴⁷ O professor Antonio Carlos Rodrigues do Amaral ressalta que no campo das **vantagens** da arbitragem comparativamente ao recurso ao Poder Judiciário, vale enfatizar ser ela mais rápida, menos formal, mais flexível e menos custosa. A confidencialidade pode ser mantida, e os árbitros deverão, via de regra, ser pessoas melhor especializadas que os tribunais judiciais nas questões envolvendo práticas comerciais internacionais, usos e costumes, etc.

Algumas **desvantagens**, no entanto, podem ser apontadas. A decisão arbitral se dá em uma **única instância**, não cabendo recurso, quanto ao mérito, ao Poder Judiciário. Os árbitros podem ser bons especialistas nas práticas que estiverem analisando, mas, todavia, sem um bom conhecimento jurídico. Suas decisões, apesar de a nova lei de arbitragem dispor que não serão reformadas, no mérito, pelo Poder Judiciário, se não atenderem, quanto aos aspectos formais, as exigências da própria lei, poderão ser declaradas nulas. (Daí que, diante de alguma complexidade da própria lei de arbitragem, é sempre razoável esperar que haja a participação de advogados, conhecedores da sistemática de arbitragem e da estrutura constitucional e legal pátria, auxiliando os árbitros quanto aos aspectos jurídicos envolvidos). A **sentença arbitral** faz **título executivo**, o que significa que se a parte vencida não se submeter à decisão dos árbitros (quando condenatória), a parte vencedora terá que ingressar no Poder Judiciário para executar a decisão. Neste caso, embora não deva ser mais discutido o mérito da questão levada à arbitragem - salvo se a decisão arbitral for nula - a execução judicial fica submetida aos procedimentos judiciais ordinários (com direito a recursos, medidas protelatórias, etc.) (Site: <http://www.hottopos.com/harvard4/ton.htm>. A Arbitragem no Brasil e no Âmbito do Comércio Internacional. Acesso em 13.12.2006).

adequação do procedimento internacional ao que já é previsto pelo Processo Civil brasileiro.

Além do mais o STF já mostrava, em seus julgamentos, a aplicação do art. 39 da Lei 9307/96:

“SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO. CONTRATO DE AFRETAMENTO. REQUISITOS PREVISTOS NO REGIMENTO INTERNO DO STF E NA LEI Nº 9.307/96 (LEI DA ARBITRAGEM). Tendo as normas de natureza processual da Lei nº 9.307/96 eficácia imediata, devem ser observados os pressupostos nela previstos para homologação de sentença arbitral estrangeira, independentemente da data de início do respectivo processo perante o juízo arbitral. Pedido que cumpre os requisitos dos arts. 37 a 39 da mencionada lei, bem como os dos arts. 216 e 217 do RI/STF. Homologação deferida.

(...) Alega a requerida, em sua contestação, que a requerente não prestou a necessária caução (...). Sustenta, ainda que se tendo iniciado o processo de arbitragem antes da edição da Lei nº 9.307/96, não poderia ela ser utilizada no presente pedido homologatório, acarretando a nulidade da citação, procedida por via postal (...).

O fato de o processo de arbitragem que resultou na sentença arbitral homologanda haver se iniciado meses antes do advento da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996, não afasta a aplicação desse diploma legal no presente feito. (...) Assim, a questão levantada pela requerida quanto à nulidade da citação feita por via postal, antes da vigência da Lei nº 9.307/96, perde sua eventual relevância, posto configurado o comparecimento e a conseqüente aceitação do juízo arbitral inglês”⁴⁸

Devido a esse posicionamento já traçado pelo STF, percebemos que o STJ continuará nessa linha de entendimento, gerando uma maior cooperação internacional e efetividade no uso da arbitragem. Por outro lado, temos que observar que o mesmo artigo explicita a necessidade de se assegurar à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa. Por isso, cremos que ponto de debate se centrará no entendimento sobre a quantificação do que seja tempo razoável para a parte exercer, sem prejuízo, o seu direito de defesa, a fim de não ocorrer afronta à ordem pública brasileira.

5. Dos recursos

5.1 Fundamento, Conceito e Natureza Jurídica

⁴⁸ (Sentença Estrangeira Contestada nº 5.828-7 – Noruega, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. 6.12.2000).

Os recursos são um reflexo da natureza humana. Sua origem é tipicamente o inconformismo do homem frente a um único pronunciamento, principalmente, quando este não lhe é favorável, sendo capaz de lhe trazer algum prejuízo ou ônus. A fim de permitir uma maior aceitação das decisões pelos seres humanos, esse reexame existe desde tempos bastante remotos.

Ao lado disso, percebe-se que o ser humano é bastante falível. Sendo assim, permitir que o julgamento de determinado aspecto da vida de uma pessoa, fique a cargo único e exclusivo de uma outra, pode levar ao cometimento de grandes arbitrariedades. Dessa forma, permitindo uma revisão do julgamento, há uma maior possibilidade de acerto na busca da verdade.

Portanto, temos que a existência dos recursos se deve ao fato do homem ser falível. Por isso, desde a antiguidade, tem-se buscado os meios de corrigir os erros dos julgados, assim como possibilitar aquele que está desgostoso, devido ao resultado obtido, uma amenização da sua insatisfação, visto que os julgados poderão ser, ao menos, supostamente, reavaliados por juízes mais experientes, levando a uma mais justa solução das lides, à correta aplicação do direito e ao restabelecimento da ordem social.⁴⁹

Além disso, servem eles também para atingir objetivos de natureza privada e pública. Os objetivos de natureza privada dizem respeito à defesa e ao atendimento do interesse subjetivo envolvido naquele debate. Já os de natureza pública dizem respeito ao Estado que visa dar uma melhor interpretação à legislação e, assim, preservar a inteireza do ordenamento positivado.

⁴⁹ Interessante a ressalva do Professor Olvidio Batista que diz: Tem-se dito que o instituto dos recursos, em direito processual, responde a uma exigência psicológica do ser humano, refletida em sua natural e compreensível inconformidade com as decisões judiciais que lhes sejam desfavoráveis. Não resta dúvida de que este sentimento é decisivo para explicar a criação e a permanência, historicamente universal, dos institutos dos recursos. Mas não se pode esquecer que sua disciplina sistemática, num dado ordenamento jurídico, a ponto de considerar-se o recurso como uma prerrogativa processual, ou mesmo um direito do recorrente, ou até, como certos processualistas o consideram, uma ação, pressupõe a existência de uma certa organização hierárquica e burocrática do poder estatal incumbido de prestar jurisdição. Daí a idéia, de certo modo implícita no conceito de recurso, de uma autoridade hierarquicamente superior ao magistrado que haja proferido a decisão de que se recorre, ou seja, da existência do *duplo grau de jurisdição* (Batista, Olvídio. *Curso de Direito Processual Civil – Processo do Conhecimento*. 6 Ed. São Paulo, RT, 2003, p. 405.

Segundo o dicionário Houaiss, a etimologia do vocábulo português recurso pode ser construída até chegar-se ao latim *recursus*, us que significa “possibilidade de voltar; caminho para voltar; volta”, proveniente do verbo em latim *recursare*, significando “correr para o lugar de onde se veio ou correr para trás”. É nessa origem que se construiu o âmago desse instituto jurídico. Visto que é um meio de se impugnar uma decisão, a fim de possibilitar a repetição do caminho já utilizado, tornando o primeiro julgado sem efeito, a partir do ressurgimento de um novo.

Não há um conceito previsto em lei.

De acordo com a doutrina, nas lições de Nelson Nery Jr.

“recurso é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada”.⁵⁰

O Recurso é matéria de ordem pública. Sua existência abrange muito mais do que apenas o interesse dos litigantes, mas de toda uma sociedade. Por isso, não é possível que, por convenção entre as partes, haja qualquer acordo relativo a esse instituto.

Vale considerar que, através dos recursos, não se cria uma nova relação jurídica. Eles não têm qualquer autonomia procedimental e nisso se distinguem dos meios impugnativos autônomos (p.ex., ação rescisória, querela nulitatis, etc.). Sua atribuição é endoprocessual e leva a um alongamento do processo, ou seja, estende o procedimento.

Através dos recursos, corrige-se o *error in iudicando*⁵¹, *reformando-se* a sentença, visto que é um vício no julgamento. Como também o *error in procedendo*⁵², que enseja a anulação, desconstituição da decisão devido a um vício de invalidade.

⁵⁰ JUNIOR, Nelson Nery. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. Col. Recursos no Processo Civil – RPC-1, 5. ed. rev. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 184.

⁵¹ O *error in iudicando* ou erro de juízo, nas palavras de Betti (*in* Emilio Betti. Diritto Processuale Civile Italiano. 2ª edição, Roma, 1936), citado pelo Prof. Nelson Nery Júnior (*in* Princípios Fundamentais - Teoria

5.2. Princípios Recursais

Os princípios gerais do direito são "as diretivas idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica"⁵³, "considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico"⁵⁴. É deles que nascem as normas jurídicas de um ordenamento, assim como a interpretação delas. Gerando assim, um sistema jurídico compreendido como uma totalidade composto por institutos coerentes entre si e compatíveis uns com os outros.

Devido a isso, os recursos cíveis devem obedecer aos princípios erigidos pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, os princípios constitucionais e processuais civis orientam os que compõem a teoria geral dos recursos. Dentre eles temos: o duplo grau de jurisdição, a taxatividade, a singularidade, a fungibilidade e a proibição da *reformatio in pejus*.

5.2.1 O Duplo Grau de Jurisdição

O duplo grau de jurisdição é o princípio basilar que fundamenta a existência dos recursos. É nele que se encontra o alicerce para haver a possibilidade de revisão parcial ou total da causa, através da sujeição da matéria já decidida a uma nova apreciação jurisdicional.

Não há nenhuma menção explícita na lei que o assegure. Entretanto, acreditamos que o duplo grau está garantido indiretamente, devido aos incisos do art. 5º, tais quais, o

Geral dos Recursos - Recursos no Processo Civil. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, pág. 41/42), caracteriza-se em "um erro na declaração dos efeitos jurídicos substanciais e processuais: erro pelo qual o juiz desconhece efeitos jurídicos que a lei determina para a espécie em julgamento ou, ao contrário, reconhece existentes efeitos jurídicos diversos daqueles."

⁵² Nas palavras do Professor Nelson Nery Jr., ocorre o vício de atividade, *error in procedendo*: "quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte. Esta norma de procedimento é aquela determinada pelo ordenamento jurídico como um todo. Não é preciso viole o juiz texto expresso de lei para caracterizar-se o erro no procedimento; basta que descumpra a regra jurídica aplicável ao caso concreto. O vício é de natureza formal, invalidando o ato judicial, não dizendo respeito ao conteúdo desse mesmo ato." (*op. cit.*, pág. 43).

⁵³ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 295.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 77.

que assevera, aos litigantes e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes em processo judicial ou administrativo. Além do mais, a Constituição estrutura o Poder Judiciário em graus de jurisdição, trazendo em seu corpo a competência do STF, do STJ e dos Tribunais Regionais Federais para conhecer e julgar os recursos.

Logo, acreditamos que o duplo grau de jurisdição é um princípio constitucionalmente implícito⁵⁵ que prima por uma maior segurança jurídica. Em não sendo essa garantia absoluta, não há qualquer inconstitucionalidade em limitá-lo. Por isso leis extravagantes, em algumas situações, colocam-lhe vedações. É o que acontece, por exemplo, com a Lei de Execução Fiscal que veda a apelação quando o valor da causa for inferior a determinado valor fixado em lei. Deve ele ser balanceado pelo contraponto da celeridade processual, buscando atender o interesse das partes dentro de um tempo em que o direito não venha a perecer, em prol da busca de uma verdade absoluta, porém, totalmente ineficaz.

5.2.2 Princípio da taxatividade

Em nosso sistema jurídico, a Constituição Federal elenca em seu artigo 22, inc. I, a competência da União Federal para se legislar sobre Direito Processual. A partir daí, os recursos cabíveis das decisões judiciais, são expressos taxativamente no Código de Processo Civil e os que forem estipulados em Leis Federais Extravagantes. Por isso, as partes não podem criar os instrumentos de impugnação de acordo com a sua vontade, a fim de se manifestarem da maneira mais eficiente a demonstrar o seu desacordo.

“Como o legislador federal tem atribuição para regulamentar o direito processual, integra esta competência a possibilidade de, por intermédio de leis extravagantes situadas

⁵⁵ Sobre o entendimento de ser o duplo grau de jurisdição uma garantia implícita, ver os acórdãos RHC 80.919/SP, Rel. Ministro Nelson Jobim, “DJ” de 14.9.2001. No mesmo sentido, o decidido no RHC 79.785/RS, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, “DJ” de 22.11.2002.

fora do corpo do CPC, criar novos recursos, complementando o sistema recursal deste, e, até, se for o caso, alterando os já existentes e previstos naquele código”.⁵⁶

5.2.3 Princípio da singularidade ou unirrrecorribilidade

Determina esse princípio que a cada decisão judicial não será possível a interposição de mais de um tipo recurso simultânea ou cumulativamente. Sendo este o que está previsto em lei para impugná-la.

Entretanto, contrariando o disposto nesse princípio, existem algumas exceções permitidas pela própria lei. Observa-se o previsto no art. 541, do CPC⁵⁷, que admite a interposição simultânea do recurso extraordinário e do recurso especial, frente acórdão que, decidindo uma única questão, com fundamento legal e constitucional, leva a parte esses dois recursos concomitantemente.

Acreditamos, que ocorre uma diferença de objetos dos recursos. Por isso, não há uma simultaneidade ou cumulatividade, mas uma sucessividade de impugnações que atacam vícios específicos originados por aquela decisão.

Nelson Nery aduz que:

“Essa possibilidade, entretanto, não fica ao alvedrio da parte, que não poderá escolher entre um ou outro recurso para atacar a sentença. É exceção, é verdade, mas só formalmente, pois o cabimento de um ou outro recurso será determinado pelo tipo de

⁵⁶ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990,, p. 133.

⁵⁷ **Art. 541** - O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

- I - a exposição do fato e do direito;
- II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;
- III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Parágrafo único - Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

vício que se pretenda ver corrigido. Logo, no seu aspecto intrínseco e essencial, aquela decisão ensinará a interposição de um único recurso”.⁵⁸

Por outro lado, no CPC de 1973, não há dispositivo que assegure o princípio da singularidade, assim como havia no diploma anterior. Entretanto, deve-se fazer uma interpretação uníssona do sistema, visto que há previsão de um tipo de recurso para cada decisão, inferindo-se daí, o desejo do legislador da manutenção desse princípio.

5.2.4 Princípio da Fungibilidade

O sistema jurídico não é perfeito. Ele comporta lacunas que precisam ser solucionadas pelos juristas de forma a dar a maior efetividade possível à lei. Uma maneira de resolver esse dilema é através da hermenêutica. Ela adota meios de deslindar essas falhas e imprimir uma coerência do sistema, tornando mais fácil o seu manejo.

Há situações em que existem dúvidas objetivas dos doutrinadores e da própria jurisprudência quanto ao recurso adequado para impugnar determinada decisão. Portanto, não há má-fé ou um erro grosseiro da parte, pois o recurso utilizado, neste caso, não foi contrário à taxativa indicação legal, quanto ao meio cabível à espécie.⁵⁹

A eminente professora Teresa Arruda Alvim Wambier nos presenteia com seus ensinamentos expondo:

⁵⁸ JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 108.

⁵⁹ AgRg no MS 10972 / DF, Relator: Min. GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, DJ data: DJ 02.05.2006 p. 234, julgado em 15/03/2006.

PROCESSUAL CIVIL. NÃO CABIMENTO DE APELAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE EXTINGUE MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO CABÍVEL - AGRADO REGIMENTAL. **PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE**. INAPLICABILIDADE. ERRO GROSSEIRO. AGRADO INTERNO DESPROVIDO. I - Nos termos do art. 258 do Regimento Interno desta Corte, a parte que se considerar agravada por decisão de relator poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Seção sobre ela se pronuncie. II - Improriedade na interposição de apelação contra decisão monocrática do relator que extingue mandado de segurança, sem julgamento do mérito, tendo em vista que seria cabível a interposição de agravo regimental. III - Não se aplica, in casu, o **princípio da fungibilidade** recursal ante a ocorrência de erro grosseiro. Precedente. IV- Agravo interno desprovido.

"Esse princípio, tal como é tradicionalmente formulado, recomenda que o órgão do Judiciário receba um recurso por outro, se houver hesitação, quer no plano da doutrina, quer no da jurisprudência, quanto a qual seja o recurso cabível de certa decisão."⁶⁰

Cumpra, ainda, ressaltar para ser possível a aplicação do princípio da fungibilidade, o prazo a ser obedecido, deve ser o do recurso adequado à situação, sob pena de se abrirem precedentes a fraudes para aquele que se ativesse ao esgotamento do prazo do recurso apropriado e impetrasse outro que não fosse ainda intempestivo.

5.2.5 Voluntariedade

Por esse princípio, determina-se que a parte sucumbente, ou seja, aquela que teve o processo julgado ao seu desfavor, tem total liberdade para recorrer da decisão, podendo, dessa forma, mostrar se é ou não concorde com o conteúdo do julgado. Também está inserto nesse princípio, a liberdade do interessado para delimitar a extensão da abrangência de seu recurso.

Por ser a interposição do recurso um aspecto relacionado ao ânimo do interessado⁶¹, conseqüentemente, essa voluntariedade torna esse instituto um ônus processual.

"Sob outro ponto de vista, a interposição de recurso pode caracterizar-se como ônus processual. Trata-se, com efeito - ressalvados os casos de sujeição obrigatória da matéria à revisão por órgão superior (art. 475) -, de ato que alguém precisa praticar para tornar possível a obtenção de uma vantagem ou para afastar a consumação de uma

⁶⁰ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 347.

⁶¹ O Código de Processo Civil em seu art. 499 dispõe:

Art. 499 - O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1º - Cumpra ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º - O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

desvantagem. Está presente aí o traço essencial por que o ônus se estrema do dever, ordenado este à satisfação de interesse alheio, aquele à de interesse próprio”.⁶²

Entendemos que esse caráter de ônus não poderia ficar mais evidente do que quando se percebe que pela interposição dos recursos evita-se a formação da coisa julgada material e impede-se que haja a preclusão consumativa.

Por esse princípio, infere-se que a remessa necessária não tem natureza de recurso, pois, além de outros requisitos, falta-lhe esse caráter de voluntariedade da parte, a fim de impugnar a decisão.

5.2.6. Proibição de reformatio in pejus

O recurso não deve piorar a situação daquele que colocou a questão para ser reexaminada pelo órgão judiciário.

O fundamento da non reformatio in pejus é amparado pela proibição do julgamento extra e ultra petitem, sendo assim, o Tribunal não se pode exceder, ultrapassando a matéria contida no pedido do recurso.⁶³ Por isso, ele não pode piorar a situação de uma das partes, sem que haja pedido expresso da parte contrária (uma decorrência lógica do princípio dispositivo).⁶⁴

5.2.7. Princípio da dialeticidade dos recursos

⁶² Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª edição eletrônica Revista e atualizada . Rio de Janeiro : Forense, v. 5, 2002.

⁶³ A esse respeito, veja o que dispõe o art. 128 do CPC: O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Assim como, o Art. 460 do mesmo diploma: É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único - A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

⁶⁴ Para Adolf Schonke Karam o Princípio Dispositivo “é aquele em que o processo civil atribui às partes a tarefa de estimular a atividade jurisdicional, buscando os meios necessários para a solução da lide”. O sentido dispositivo está atrelado à apresentação das alegações e do material probatório no processo “judex judicare debet secundum allegata et probata a partibus”, ou seja, o Princípio da Inércia da Jurisdição e o Princípio da Iniciativa das Partes. (KARAM, Adolf Schonke. **O Ônus da Prova : noções fundamentais**. Revista de Processo, São Paulo, ano V, n. 17, jan./ mar. 1980, p. 123)

De acordo com esse princípio, para que o recurso possa ser apreciado, é indispensável que as razões da interposição do recurso sejam muito claramente fundamentadas no instrumento. Isso ocorre porque, somente delineando com transparência os motivos do pedido de reexame, haverá a real possibilidade da parte adversa se defender, visto que são os fundamentos trazidos pelo recorrente que delimitarão a extensão do contraditório. Ao lado disso, essa é a forma de se mostrar com nitidez que suas razões, ou seja, o objeto da sua impugnação não é somente procrastinatório.⁶⁵

6. Efeitos da interposição dos recursos

Um dos principais efeitos dos recursos é estabelecer a continuidade do processo, visto que a sua interposição obsta a formação da coisa julgada pela sentença e da preclusão da decisão interlocutória.

Outro efeito é o devolutivo. Ele determina que através do recurso haja a devolução da matéria impugnada para que o órgão *ad quem* possa reexaminar. É orientado pelo princípio do dispositivo (*tantum devolutum quantum appellatum*), no que se refere à extensão do objeto. Entretanto, quanto à profundidade dessa apreciação pode-se conhecer de todos os fundamentos exposto no juízo *a quo*, independente do recorrente ter se limitado a apenas um no instrumento de impugnação.

⁶⁵ Meditando sobre esse tema, em Princípio da Dialeticidade dos Recursos, Eduardo Arruda Alvim e Cristiano Zanin Martins observam: “Em atenção ao princípio da dialeticidade dos recursos, o recorrente terá de consignar, em suas razões recursais, os motivos pelos quais a decisão impugnada deverá ser reformada ou cassada pelo órgão *ad quem*. Faz-se necessário destacar que o princípio ora examinado exige correspondência entre os temas decididos (ou não decididos) pela decisão recorrida e as razões recursais. Não atende o princípio ora examinado, v.g., o recurso de apelação interposto contra sentença que tenha extinto o feito sem julgamento de mérito que trate apenas do mérito da demanda, pois, nessa hipótese, os fundamentos do *decisum* vergastado não terão sido impugnados pela recorrente. Da mesma forma não atendem ao princípio em questão as razões recursais genericamente aduzidas, sobretudo aquelas ‘padronizadas’, que não observam as peculiaridades do caso concreto. O princípio em tela, além de encontrar guarida em diversos dispositivos legais, v.g., os arts. 514, II, 524, II e 541, III, todos do CPC, deflui, também, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o recorrido somente poderá apresentar suas contra-razões recursais, instalando o contraditório com a amplitude que lhe garante o Texto Constitucional, ciente dos motivos pelos quais o recorrente se insurge contra a decisão recorrida” (in “Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da lei 10.352/01”, publicado no livro “Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos”, coordenado por Nelson Nery Júnior e Tereza Arruda Alvim Wambier, p. 161-162).

Observe-se que os recursos aptos a produzirem esse tipo de efeito são aqueles em que a matéria é reapreciada por um órgão distinto daquele que primeiramente julgou o processo. Sendo assim, no caso em que o recurso a ser oposto seja um embargo de declaração, e por isso, o retorno da matéria, para que seja suprida uma obscuridade, contradição ou omissão, seja feita pelo mesmo órgão que emitiu a decisão impugnada, não haverá caracterização deste efeito.⁶⁶

Há também, o efeito suspensivo que é uma característica dos recursos referente ao adiamento – tão logo ele seja publicado e a lei o rebusque com esse caráter - da produção dos efeitos do comando emergente da decisão impugnada. Esse efeito perdura até que seja publicada a decisão que julga o recurso. Devido à eficácia do efeito suspensivo desde a publicação da decisão passível de ser impugnada por um determinado recurso, parte da doutrina entende que esse efeito apenas protraí o estado de ineficácia do julgado. Daí, defendem esses juristas que esse efeito provém da possibilidade de recorrer.⁶⁷

Há ainda doutrinadores que subdividem o efeito suspensivo em típico e atípico. O primeiro é o que é decorre diretamente da lei. O outro, ocorre quando determinado recurso não tem esse efeito, mas, a depender do caso concreto, a lei autoriza o Judiciário sopesar a situação e, se necessário, concedê-lo.⁶⁸

⁶⁶ Ensina Nelson Nery Junior: “o efeito devolutivo prolonga o procedimento, pois faz com que o processo fique pendente até que a decisão judicial não mais seja impugnável, quer pela inércia da parte em não interpor recurso, quer pelo esgotamento da instância recursal. Por outras palavras, o efeito devolutivo *adia* a formação da coisa julgada” (Junior, NELSON NERY. Recursos no Processo Civil, 4ª Ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 365)

⁶⁷ Sobre esse tema, trazemos as lições do Prof. Arruda Alvim[10]: “Em rigor, e aliás a mera possibilidade/expectativa da interposição, durante o lapso de tempo a isso destinado, já inibe a produção de efeitos da sentença; ou seja, o lapso de tempo destinado à interposição do recurso (do possível recurso com esse efeito suspensivo), já obsta a eficácia da sentença. Esse óbice perdura com o recurso que, se e quando interposto, tem esse efeito suspensivo ou, mais exatamente, faz *perdurar* esse efeito, que já era preexistente”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. “Anotações sobre a Teoria Geral dos Recursos”, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, páginas 60/61.)

⁶⁸ **Art. 558** - O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Esse, portanto, é um poder conferido ao magistrado, que deverá pô-lo em prática, ao verificar a existência de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* a cercar o direito requerido pelo recorrente, por isso, deverá suspender os efeitos da decisão interlocutória impugnada.

Destaque-se que a Lei nº 10.352/2001, agregou expressa previsão de uma tutela antecipada em sede de recurso no art. 527, inc. III, do CPC⁶⁹, tal qual a regulada pelo art. 273 do CPC. Sua razão foi prever um efeito suspensivo ativo, próprio de quando o decisório impugnado tem um conteúdo negativo, ao agravo de instrumento. Isso ocorre porque seria inútil a concessão do efeito suspensivo comum ao recurso, a fim de garantir a eficácia de seu objeto. Por isso, há a determinação de que o relator tem o poder conceder a antecipação da pretensão recursal, total ou parcial, comunicando ao juiz essa sua decisão.

Temos, ainda, o efeito translativo que decorre do disposto no art. 267, § 3º, do CPC⁷⁰. Segundo ele, fica o órgão reexaminador autorizado a decidir além daquilo que está disposto no mérito do recurso, quando se tratar de matéria de ordem pública, isto é, aquelas que versem única e exclusivamente sobre questões de direito. Ressalte-se que, neste caso, não ocorrerá um julgamento extra, ultra ou citra petita. Ressalte-se que é um caso em que se configura uma exceção à exigência de prévio exame do juiz a quo.

Por fim, há o efeito substitutivo. Segundo o artigo 512 do Código de Processo Civil o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no

⁶⁹ **Art. 527** - . Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

⁷⁰ **Art. 267**. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

...

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

...

§ 3º - O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

que tiver sido objeto do recurso. Em decorrência da devolução da questão para reapreciação pelo Tribunal, este irá analisar a matéria objeto do recurso e, em sendo característico um *error in procedendo*, a decisão reexaminada não será substituída, mas, anulada. Em decorrência disso, retornará ao órgão recorrido para novo pronunciamento. Por outro lado, em sendo se concretizando um *error in judicando*, o tribunal modifica ou mantém a decisão, dando lugar a um novo julgamento que a substituirá.

7. Pressupostos e requisitos recursais

Antes de tudo, é necessário se fixar que interpor um recurso é exercitar o poder de ação. Dessa forma, assim como se urge que sejam preenchidas algumas peculiaridades para que a ação seja admissível, a fim de que seja possível o exame da matéria trazida pelo recurso é crucial que haja o preenchimento de algumas condições essenciais, denominadas de requisitos de admissibilidade.

Esse juízo de admissibilidade é, geralmente, repartido em dois momentos distintos. Um perante o juízo *a quo*, que se refere a um pronunciamento sobre a admissibilidade do recurso e outro no juízo *ad quem*⁷¹, aonde se dá o exame da matéria objeto da impugnação.

Recorremos aos ensinamentos do eminente Barbosa Moreira, que de forma bem clara, faz a distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito:

"Como todo ato postulatório, a impugnação da decisão judicial por meio de recurso submete-se a exame sob dois ângulos diversos. Primeiro, cumpre verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que se possa apreciar o conteúdo da postulação (*juízo de admissibilidade*); depois, e desde que o resultado tenha sido positivo – isto é, que o recurso seja *admissível* -, cumpre decidir a matéria impugnada através deste, para acolher a impugnação, caso *fundada*, ou rejeita-la, caso *infundada* (*juízo de mérito*).

⁷¹ Ressalte-se que nem sempre se faz necessário que o recurso seja remetido à outra instância para que seja analisado. É o caso, por exemplos, dos embargos de declaração, que são julgados pelo mesmo juiz que emitiu o pronunciamento originário, a fim de que ele examine se houve alguma contrariedade, obscuridade, ou omissão em sua própria decisão.

Quando o órgão a que compete julgar o recurso (órgão *ad quem*) o declara inadmissível, diz-se que ele não conhece do recurso. Na hipótese contrária, diz-se que ele conhece do recurso. Em conhecendo do recurso, o órgão *ad quem* pode dar-lhe ou negar-lhe *provimento*, conforme seja ele fundado ou infundado.

O juízo de admissibilidade é, sempre e necessariamente, *preliminar* ao juízo de mérito. Negada que seja a admissibilidade do recurso, não há que investigar se ele é fundado ou não. Por outro lado, se o órgão *ad quem* apreciou o conteúdo da impugnação, quer lhe haja reconhecido fundamento, que não, terá julgado o recurso no *mérito*.⁷²

Esse juízo de admissibilidade refere-se pressupostos objetivos, tais quais, o cabimento, a tempestividade, o preparo e regularidade formal e os pressupostos subjetivos que são: a legitimidade recursal e o interesse em recorrer,

7.1. Do cabimento

Esse pressuposto diz respeito à utilização do meio adequado para se impugnar determinada decisão judicial. Para cada decisão, há um tipo de recurso cabível e o recorrente tem que se valer do meio correto para expressar a sua irrisignação. O Código de Processo Civil elenca no art. 496, os recursos aptos a serem interpostos contra as decisões judiciais, dentre eles temos: a apelação, o agravo, os embargos infringentes, os embargos de declaração, o recurso ordinário, o Recurso Especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência.

7.2. Da tempestividade

O requisito da tempestividade se refere à relação existente entre o prazo ofertado por lei para a prática de atos recursais e o momento de seu exercício. Impõe, portanto, que o recurso respeite o prazo fixado em lei, sob pena de preclusão, devido ao trânsito em

⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 116.

julgado da sentença. Esse prazo é peremptório, portanto, impossível de haver dilação convencional pelas partes.⁷³

7.3. Do Preparo

O preparo é um requisito extrínseco que visa dar andamento ao recurso. Tem a finalidade de garantia do juízo, objetivando inibir a interposição de recurso protelatório.

O art. 511 exige que, quando o recurso necessitar do preparo para ser admitido, este seja comprovado no ato da interposição do instrumento. Sendo assim, como documento anexo à petição recursal coloca-se a guia, devidamente autenticada, como comprovante de que foi efetuado o pagamento das custas exigidas. O parágrafo segundo desse artigo, acrescido pela Lei 9.756, que determina a intimação do recorrente para suprir a insuficiência do preparo, no prazo de cinco dias. Logo, somente se a parte não atender a essa intimação é que será decretada a deserção.

Há, ainda, alguns recursos que não demandam preparo, tais quais, o agravo retido, os embargos declaratórios, o agravo do 544 CPC.

A lei prevê dois casos excepcionais em que o preparo pode ser feito após a interposição dos recursos. Isso ocorre nos juizados em que o preparo pode ser feito até 48 horas após a interposição do recurso e na Justiça Federal; nos casos de apelação e de Recurso Ordinário contra a sentença, em que se pode fazer o preparo até 5 dias após a interposição.

O art. 511, § 1º determina que o Ministério Público, a União, os Estados e Municípios e respectivas autarquias e aqueles que gozam de isenção legal, estão dispensados do preparo.

7.4. Da Regularidade Formal

⁷³ Art. 182, do CPC: É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias. Parágrafo único. Em caso de calamidade pública, poderá ser excedido o limite previsto neste artigo para a prorrogação de prazos.

A regularidade formal decorre da imposição legal da forma rígida ao ato de recorrer. De acordo com Araken de Assis há quatro requisitos genéricos de regularidade de forma:⁷⁴ a) petição escrita; b) identificação das partes; c) motivação; f) pedido de reforma ou de invalidação do pronunciamento recorrido; há ainda outros requisitos específicos, tais como assinatura do advogado, formação do instrumento com peças obrigatórias e legíveis etc.

Para alguns autores, no que se refere aos recursos extraordinários lato sensu, o prequestionamento é um requisito formal extrínseco. Segundo a douda lição de Nelson Nery, em seus comentários ao art. 541, CPC:

“o recorrente deve interpor o RE ou o REsp obedecendo os requisitos mencionados na CF e na norma ora analisada. Faltando um dos requisitos estabelecidos na CF e na norma sob comentário, o recurso não poderá ser conhecido”.⁷⁵

7.5. Da Legitimidade Recursal

A legitimidade recursal diz respeito às pessoas que têm o poder de provocar a revisão do ato jurisdicional que lhe foi desfavorável. Têm legitimidade o autor, o réu, o interveniente, o oponente, o nomeado ao processo, o chamado ou o litisdenunciado o assistente, o Ministério Público e o terceiro prejudicado.

A legitimidade do Ministério Público ocorre seja atuando como parte ou como interveniente custo legis.

Por fim, aquele que não participa como parte no processo, mas que é, de alguma forma, atingido pela eficácia da decisão, ou seja, o terceiro prejudicado, também pode

⁷⁴ ASSIS, Araken de. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 326.

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 911.

interpor recurso, desde que demonstre o seu interesse em recorrer daquela relação jurídica.⁷⁶

7.6. Interesse recursal

Para a admissão de um recurso, não basta que tenha apenas a legitimidade processual. Outro requisito necessário decorre da sucumbência. É crucial, portanto, que seja almejada uma utilidade prática com a revisão do julgado. Essa utilidade se dá com a intenção de ver a causa sendo reexaminada, a fim de se obter uma situação mais favorável do que aquela anteriormente proclamada. Não cabe a impugnação dos fundamentos da decisão, mas, apenas, da parte dispositiva, que é de onde nasce, de fato, o prejuízo e interesse àquele que quer recorrer.

7.7. A Inexistência de Fato Impeditivo ou Extintivo

Esses fatos têm a capacidade de obstar a admissibilidade do recurso. Há dois momentos em que pode ocorrer, gerando conseqüências diferenciadas no juízo de admissibilidade: após a interposição, mas antes do recebimento do recurso. Neste caso, o juízo a quo poderá denegá-lo, não sendo preciso a espera do juízo de admissibilidade superior; ou, então, após o recebimento do recurso, caberá somente ao juízo ad quem, devendo a instância inferior apenas proceder ao seu regular processamento.

A renúncia ao recurso, a desistência, aceitação da decisão e a preclusão consumativa são os pressupostos negativos relativos à admissibilidade do recurso.

O primeiro deles, a desistência do recurso, previsto no art. 501, do CPC, ocorre como uma renúncia unilateral efetuada após a interposição dele, a qualquer tempo, podendo ser feita, inclusive, em Tribuna. É possível, independente da aceitação da parte

⁷⁶ Art. 499, do CPC: O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1º - Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º - O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

contrária e de homologação judicial, produzindo efeitos imediatos. Para que o procurador da parte possa realizar tal ato, é necessário que a ele sejam delegados poderes especiais.

O art. 502, do CPC prevê a renúncia ao direito de recorrer. Devemos entender essa manifestação apenas como sendo um ato de desistência do recurso, mas não do direito material. Não depende de qualquer aquiescência da parte contrária ou de homologação do juiz. Não pode ocorrer antes que seja proferida a decisão judicial.

O art. 503, CPC se refere à aceitação da decisão. Em ocorrendo essa aprovação, que pode ser expressa ou tácita, será gerado uma conduta incompatível com o ato de recorrer. Vale dizer que apenas é possível a aceitação após o proferimento da decisão – cumprimento da sentença pela parte - até, no máximo, em um momento posterior à interposição do recurso, como por exemplo, na proposta de acordo entre as partes. Há neste caso, uma preclusão lógica.

No direito pátrio, ocorre ainda o fenômeno da preclusão consumativa, isto é, em sendo interposto um primeiro recurso da decisão, ele obsta que a parte apresente um segundo apelo, visto que a primeira interposição antecipa o termo final do prazo recursal. Não é possível que haja, nem mesmo, o aditamento das razões.

8. Recursos Ordinários e Recursos Extraordinários

Muitos doutrinadores brasileiros distinguem os recursos ordinários dos extraordinários.⁷⁷

⁷⁷ Segundo Barbora Moreira, no sistema jurídico brasileiro, essa classificação não faz qualquer sentido e devia, inclusive, ser arquivada, pois não há qualquer preocupação dogmática, a fim de estabelecer essa divisão. Para renomado doutrinador, essa é apenas reflexo de uma denominação dada sem maiores critérios de justificação. Diz ele: “As peculiaridades do chamado recurso extraordinário não bastam para servir de base a uma classificação científica ou praticamente valiosa. À semelhança dos outros, o recurso extraordinário *obsta*, quando admissível, ao trânsito em julgado da decisão, consoante resulta da disposição expressa do próprio art. 467. É desprovido de efeito suspensivo (arts. 497, 1ª parte, e 542, § 2º), mas essa característica também se depara, v.g., na apelação interponível contra qualquer das sentenças arroladas no art. 520, 2ª parte, nºs I a VI. Nem mesmo a circunstância de interpor-se para o Supremo Tribunal Federal singulariza o recurso extraordinário: feita abstração de recursos admissíveis contra acórdãos já proferidos por aquele órgão, era ainda para ele que se interpunham, em certos casos, no regime anterior, a apelação e o agravo de instrumento contra decisões de juízos inferiores, e hoje o recurso batizado de... *ordinário* pela própria Constituição (art. 102, nº II). Em esforçada tentativa de insuflar vida à classificação - nada

Nesse aspecto, adota-se o conceito de que os recursos ordinários buscam precipuamente a tutela do direito subjetivo das partes. Em regra, nesses recursos temos a permissividade de revisão da matéria fática e probatória, caracterizando uma tutela jurisdicional mais profunda, buscando, com a alegação das partes e a análise do direito, imprimir-se uma cognição mais exauriente e uma subsunção mais acurada possível da norma ao fato, gerando um maior grau de segurança e probabilidade de acerto da sentença. Além disso, é suficiente para que haja a sua admissibilidade, a caracterização da sucumbência ou injustiça do julgado.

Dentre esses recursos temos a apelação, o agravo, os embargos de declaração, os embargos infringentes e o recurso ordinário.

Já os recursos extraordinários, visam à proteção do direito objetivo. Não são instrumentos em que há uma busca pela verdade e pela justiça, frente à determinada situação concreta, visto que não se pode, através desses recursos, fazer a apreciação de fatos que envolvem determinada questão.⁷⁸ A justiça se restringe ao âmbito da interpretação da lei. Sendo assim, a função dos Tribunais de Cúpula é dar uma interpretação uniforme à legislação brasileira, visto que o Direito é uma ciência naturalmente mutável, e sua interpretação se coaduna com o momento histórico e cultural

merecedora de tamanho desvelo -, afirmou-se que os recursos ordinários “têm como objeto próximo a proteção do direito subjetivo”, enquanto os extraordinários “visam a proteger o direito objetivo (...) e só reflexamente, secundariamente, o direito da parte”.[C:\Documents and Settings\Administrador\Meus documentos\Documents and Settings\UsuarioLocal\SettingsTemp57" 1](#) Como todo critério *quantitativo*, isto é, baseado na predominância de tal ou qual aspecto, este de que agora se trata, conquanto interessante, parece-nos insuficiente para fundar distinção de valor substancial - isto sem falar na sua nenhuma utilidade prática, pois não se percebe como e por que permite ele “melhor compreensão de cada modalidade recursal”. Ademais, os recursos ditos “ordinários”, quando interpostos pelo Ministério Público na qualidade de *custos legis*, também visam precipuamente à proteção do direito *objetivo*, e nem por isso - conforme se reconhece - passam a integrar a outra “classe”. Ora, quando se diz que “o fato de poderem os recursos ordinários, excepcionalmente, (...) ser utilizados para a proteção do direito objetivo, não serve para transformá-los em extraordinários”, está-se negando ao próprio critério adotado idoneidade para guiar com segurança, *em qualquer caso*, os eventuais interessados em saber se um recurso pertence a esta ou àquela classe. Mas tal idoneidade é *essencial* a todo critério de classificação. Critério que falha, que admite “exceções”, que ora se aplica, ora não, ao nosso ver pouco se recomenda.

⁷⁸ STF – SUMULA Nº 279 – Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

STF - SÚMULA Nº 454 - Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

STJ - SÚMULA 5 – A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

STJ - SÚMULA 7 – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

por que passa o intérprete da lei. Ao lado disso, é absolutamente necessário que os Estados Federativos, tenham, ao menos, um órgão jurisdicional de cúpula, que tenha sua função voltada à interpretação e aplicação equânime do direito objetivo, a fim de preservar a integridade do direito nacional e assegurar a supremacia da Constituição, seguida pela das leis federais.

Segundo Luiz Orione Neto:

“Esse núcleo comum que aproxima e harmoniza esses recursos, permite neles surpreender certas características, que explicam o porquê de sua qualificação como “excepcionais”. De resto, compreende-se que apresentem vários pontos em comum, já que em última análise, o recurso especial é uma variante do extraordinário. São características comuns a esses recursos: a) o prévio esaurimento das instâncias ordinárias; b) não visam à correção da injustiça na decisão recorrida; c) não servem para a mera revisão da matéria de fato; d) apresentam um juízo de admissibilidade desdobrado; e) possuem fundamento de natureza constitucional; f) a execução que se faça na sua pendência é provisória.”⁷⁹

Por causa disso, objetivando dar uma maior segurança social, esses órgãos tendem a criar uma harmônica uniformização do direito, dando-lhe os contornos necessários para manter a hierarquia constitucional, assim como, guiar o entendimento das leis entre os tribunais. Pretende-se assim, impedir contradições jurídicas e resguardar a sua correta aplicação, não apenas frente a um único caso concreto, mas sobre as mais diversas situações ocorrentes no dia a dia, que exigem uma solução judicial. Por isso, é requerido para a análise desses recursos, que haja uma decisão irrecorrível, uma nitidez dos fatos e do direito que em foco. Serve essa exigência para impedir que esses Tribunais Superiores tenham que apreciar decisões de maneira concorrente com órgãos jurisdicionais inferiores, levando ao desvirtuamento de sua real função, podendo gerar um caos no sistema jurisdicional.

⁷⁹ Neto, Luiz Orione. Recurso Extraordinário. In Dos Recursos - Temas Obrigatórios e Atuais. Coord. Rodrigo Reis Mazzei .volume 2 – Ed. ICE. 2001. pág 528.

A decisão impugnada tem que conter os elementos probatórios e instrutórios que embasam a arguição do recorrente em relação ao direito que lhe está sendo negado. Portanto, esses recursos protegem o direito subjetivo, apenas de forma reflexa, já que as leis, os tratados federais e a constituição federal são o objeto imediato de sua tutela.

Por esse aspecto, diz-se que os recursos extraordinários exigem não só a sucumbência, mas pressupostos específicos para o seu cabimento, quanto ao objeto, requisitos, procedimento e competência para julgamento. Devido às suas peculiaridades que abarcam esses instrumentos e por manutenção jurisprudencial e sumular da exigência que outrora fora expressa em texto constitucional, o cabimento desses recursos somente ocorrerá em se configurando o prequestionamento. Então, é necessária a prévia submissão da matéria a ser impugnada por esses instrumentos de estrito direito, ao julgamento no âmbito das instâncias ordinárias, estando, portanto, constante no conteúdo do acórdão recorrido. E, ao invés de terem sua fundamentação livre ou ilimitada, são, na verdade, recursos de fundamentação vinculada ou ilimitada.

Têm eles a sua regulamentação de admissibilidade, mérito e provimento limitada pela nossa Carta maior e o seu procedimento abarcado pelos Regimentos Internos do STJ e STF, como também em suas súmulas, paralelamente à Lei nº 8.038/90 e ao Código de Processo Civil.

9. O Recurso Extraordinário

9.1. Evolução Histórica

Foi aduzido do sistema de dois países. Primeiramente, do direito norte americano, que previa, no Judiciary Act de 1789, o writ of error. Esse instituto dava competência à Suprema Corte para rever as decisões finais dos mais altos Tribunais dos Estados, em que se tratasse não só dos títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Carta Magna estadunidense, dos tratados e leis federais, como também os casos voltados à constitucionalidade de leis e à legitimidade de normas estaduais. Depois, do direito argentino que instituiu na sua constituição de 1860, através da regulamentação do art. 94 pela lei nº 48 de 25 de agosto de 1963, o recurso extraordinário, embasando-se no modelo

previsto nos Estados Unidos, instituindo o seu cabimento nas seguintes hipóteses: quando a questão discutida versasse sobre a validade de um tratado, de uma lei do Congresso ou de ato; quando, frente a um tratado ou lei do Congresso questionado, o julgamento fosse em benefício da validade do ato ou lei da autoridade provincial; ou quando uma lei, ato ou decreto dessa autoridade fosse objetado face à Constituição.⁸⁰

No Brasil, antes mesmo de ser promulgada a primeira Constituição Republicana de 1891, já era prevista na Constituição pelo Governo Provisório – que não veio sequer ter força normativa, as possibilidades de cabimento de recurso para a nossa Suprema Corte.

Ainda sem a denominação de recurso extraordinário, o Decreto 848/1890, que tratava sobre a organização da Justiça Federal, renovou essa previsão.

Após a Constituição de 1891⁸¹, que manteve esse recurso, sobreveio o primeiro Regimento do STF, recebendo, finalmente, a denominação atual. Entretanto, a reforma

⁸⁰ Ovídio Batista alude: “Esta descendência próxima de nosso recurso extraordinário omite a alusão à longa tradição do velho direito luso-brasileiro que conheceu instrumentos similares, dentre os quais o velho instituto dos “assentos” que, distinto do recurso extraordinário quanto à função constitucional, mesmo assim possuía, como este, a função de garantir a unidade do ordenamento jurídico e a uniformidade da interpretação das leis; sem contar o recurso de revista que ainda figurou na Constituição imperial e que, segundo José Afonso da Silva, se destinava, como o recurso extraordinário, à defesa da lei em tese (O recurso extraordinário no direito processual brasileiro, 1963, Rev. dos Tribs., p. 29). Além disso, nosso recurso extraordinário, como o writ of error do direito americano, são instrumentos jurídicos marcado pela modernidade, forjados, ambos, na cultura européia dos séculos XVII e XVIII, a expressarem a pesada influência do Iluminismo. Além disso, no caso brasileiro, o parentesco do recurso extraordinário com os juízos de cassação, nascidos da Revolução Francesa, não pode ser esquecido. Tanto o recurso extraordinário quanto o recurso constitucional americano têm suas origens nas filosofias racionalistas do século XVII. Basta ver o nome dado ao recurso do direito americano. O remédio é outorgado para proteger o direito contra o “erro” cometido pelos tribunais dos Estados, da mesma maneira como concebemos nossos recursos. Este modo de pensar o Direito tem suas raízes firmemente presas às filosofias racionalistas e, quanto a nosso recurso extraordinário, ao exagero com que praticamos a doutrina da separação de poderes, pressupondo, como um dado, o monopólio integral da produção do direito pelo Poder Legislativo. É por esta via, que se desvela seu parentesco com o juízo de cassação, que pressupõe, como nosso recurso extraordinário, a separação entre “direito” e “fato”. Tanto ele, quanto seu modelo americano, foram caldeados na mesma cultura do Iluminismo. Conseqüentemente, exibem ambos, com mais ou menos intensidade, as marcas dessa origem.” (<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos008.htm>, acessado em 28.09.2006)

⁸¹ Art. 59, § 1º, in verbis: Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a. quando se questionar sobre a validade, ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b. quando se contestar em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

constitucional de 1926 ainda não adotou essa denominação, passando, a partir da Constituição de 1934, ser empregado esse termo e a constar em todas as Constituições Federais Brasileiras.

O que se verifica em nossa história é que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1891 até a de 1967, não houve grandes alterações com relação ao conteúdo dos casos de cabimento do recurso extraordinário. Como ressalta Medina:

“[...] uma característica comum marcou o recurso extraordinário desde sua origem até os dias atuais: a existência de uma questão federal na decisão recorrida”.⁸²

Finalmente, na nossa atual Lei Maior, o recurso extraordinário encontra previsão legal no art. 102, III, que assim determina:

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

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

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.⁸³

A partir daí, ao contrário do que era regulado nas Constituições anteriores, o recurso extraordinário restringiu-se ao âmbito das questões Constitucionais, pois houve a criação do Superior Tribunal de Justiça, que ficou responsável por assegurar a harmônica aplicação das leis infraconstitucionais, como também, manter uniformidade de interpretação das leis entre os tribunais.

9.2. Características Especiais do Recurso Extraordinário

⁸² MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 88.

⁸³ Alínea *d* acrescentada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.04.

O Recurso extraordinário é o mecanismo desenvolvido pelo sistema jurídico brasileiro, a fim de que a Corte Suprema desenvolva a sua precípua função de guarda da Lei Maior, assegurando a sua validade e superioridade, assim como garantindo a tutela dos direitos dos jurisdicionados.

Sendo assim, visualizando-se uma afronta ao texto Constitucional, seja por decisões da justiça estadual ou federal, estará sendo aberta a possibilidade à interposição desse recurso.

Entretanto, para que esse instrumento seja conhecido, ao lado da ocorrência da violação ao texto constitucional, é necessário o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, com causas decididas em única ou última instância e o prequestionamento.

9.2.1. Causas decididas em única ou última instância

A própria denominação desse recurso já demonstra que ele tem características diferenciadas. Para que seja admitido, é necessário que todas as instâncias ordinárias ou a instância originária tenham sido esgotadas⁸⁴ e não haja possibilidade da interposição de mais nenhum recurso para elas, pois só dessa maneira, terá, de fato, sido consumada a violação à Constituição, visto que não há mais meios de se corrigir a decisão maculada.

Vale dizer também, que não cabe no sistema brasileiro a possibilidade de recurso per saltum⁸⁵, por exemplo, a utilização do recurso extraordinário anteriormente ao

⁸⁴ Súmula 281, do STF: É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

⁸⁵ Embora essa modalidade de processamento de recursos seja, ainda, inadmissível no ordenamento brasileiro. Há autores que defendem a sua incorporação. É o que vemos nessa passagem do texto do magistral Carreira Alvim: “O recurso per saltum existe para obviar um dos graves inconvenientes da multiplicidade de recursos e órgãos recursais --, de segunda, terceira e até quarta instâncias --, quando a questão discutida é exclusivamente de direito, e tem o prestígio da jurisprudência dominante nos tribunais superiores, embora não conte com o respaldo da adotada pelo tribunal de apelação.

Pelo sistema processual em vigor, pode-se chegar ao seguinte absurdo, que registra antecedentes concretos em diversos tribunais: a sentença de primeiro grau decide de acordo com a jurisprudência dominante no STJ ou STF; a parte inconformada apela para o tribunal de segundo grau, cuja jurisprudência é contrária à sentença, e também à dos tribunais superiores; o tribunal de segundo grau reforma a sentença de primeiro grau, afeiçoando-a à sua jurisprudência; nestas circunstâncias, a parte vencedora no primeiro, mas perdedora no segundo grau, tem que buscar, via recurso extraordinário ou especial, a reforma do acórdão nos tribunais superiores. E com um grande inconveniente, resultante do fato de esses recursos não estarem, no que tange à sua elaboração e interposição, ao alcance de todos os profissionais do foro: muitas vezes

esgotamento dos recursos ordinários, i. e., quando se utiliza um sem interpor outro cabível na esfera inferior que lhe seria cronologicamente.

Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

“A explicação dessa exigência está em que o STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, espraiando suas decisões por todo o território nacional. Em tais circunstâncias, compreende-se que as Cortes Superiores apenas devam pronunciar-se sobre questões federais (STJ) ou constitucionais (STF) (que podem ser até prejudiciais), numa lide que esteja totalmente dirimida nas instâncias inferiores. Se tais Tribunais dão a última palavra, de acordo com suas atribuições, compreende-se que o interesse do recorrente depende de que já tenham sido experimentadas todas as possibilidades de impugnação que antes se lhe abriram.”⁸⁶

Neste mesmo sentido posiciona-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inadmitindo recursos interpostos sem que sejam esgotadas as instâncias anteriores, preservando sua função de Corte Máxima, detentora da guarda da Constituição.⁸⁷

9.2.2 Prequestionamento

perde-se uma demanda, não porque não se tenha direito, mas porque o recurso especial ou extraordinário não foi adequadamente manejado. O recurso per saltum admite --, e essa é a sua principal característica --, saltar um grau de jurisdição, ou até mais de um, caso pretenda o recorrente buscar diretamente no Supremo Tribunal Federal o respaldo da sua jurisprudência, para uma sentença a ela afeiçãoada. Com isso elimina-se, no mínimo, uma apelação, um recurso especial, um recurso extraordinário, e, eventualmente, dois agravos de instrumento; e, em consequência, toda uma carga de trabalho que pesa sobre os desembargadores (ou juízes), presidente e vice-presidente dos tribunais de origem, ministros do STJ, e ministros do STF, para que se alcance um objetivo que parece muito simples: manter a sentença como está, ou seja, de conformidade com a orientação dominante no STF.” (Recurso Per Saltum – Sugestão para a Justiça do Terceiro Milênio - <http://www.ipej-rj.com.br/2006/artigos2.asp?id=4> - 11.10.2006)

⁸⁶ Mancuso, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 2 ed. , RT, São Paulo, 1991, p. 68.

⁸⁷ STF. Segunda Turma. AI-AgR 579034/RS. Relator Min. Eros Grau. Publicação: DJ 04/08/2006. Julgamento: 13/06/2006. EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DE ÚLTIMA OU ÚNICA INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA. SÚMULA N. 281 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A decisão capaz de viabilizar o recurso extraordinário é aquela proferida em única ou última instância. Incidência da Súmula n. 281 deste Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento.

Embora não seja uma palavra encontrada nos dicionários da língua portuguesa, no sentido mais simples possível, quer dizer “discutir antes”. A razão de ser do prequestionamento tem correlação direta com quesito anteriormente analisado. Sendo assim, se o Tribunal que proferiu a decisão recorrida não se manifestou a respeito de determinada matéria, significa que não houve uma causa decidida em única ou última instância e, portanto, não está presente o pressuposto constitucional que embasa interposição do recurso.

Além disso, um segundo aspecto é dar valor à função jurisdicional das instâncias inferiores. Afinal, se não houvesse a necessidade do prequestionamento, como a decisão final sempre seria dada pelas Cortes Supremas, elas seriam meras instâncias burocráticas, visto que a lide somente seria irrecorrível, depois de ter transitado nesses graus superiores.

9.2.2.1 Evolução

Esse instituto teve origem, no ordenamento brasileiro na Constituição de 1891, previsto em seu art. 59, inc. III, § 1º, a, que dispunha:

“Das sentenças das justiças dos Estados em última instância caberá recurso para o STF: a. quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela”.

No processo (ou na sentença recorrida) dever-se-ia, previamente, questionar (daí, prequestionamento) a validade de lei. Acaso a decisão seja favorável a esta, poderia, então, estar configurada a afronta ao texto Constitucional.

Em seguida, ainda nas Cartas de 1934 e 1937, havia a expressa previsão do instituto, cabendo o recurso extraordinário quando o *decisum* fosse contrário à lei federal sobre cuja aplicação se haja questionado.

Contudo, as Constituições seguintes passaram a omitir tal exigência em seu bojo e, com isso, doutrinariamente começaram a surgir controvérsias sobre a necessidade da sua configuração para que fosse admitido o recurso extremo.

Nas lições de José Miguel Garcia Medina, a partir da Lei Máxima de 1946, não trazia explicitamente a necessidade do prévio questionamento. Contudo, a jurisprudência daquele momento continuou a demandar que houvesse a anterior abordagem da questão pelas partes e, assim ilustra:

“Consoante expõe, o Min. Orosimbo Nonato salientou haver chegado a essa conclusão ‘atendendo a índole mesma desse recurso que exige o pronunciamento derradeiro sobre dada questão federal da Justiça dos Estados’ (DJ, de 21.12.1949, p. 4.401), e que, depois, o Min. Lafayette de Andrada igualmente se manifestara no Rec. Ext. n. 13.705: ‘Entendo que o recurso extraordinário com fundamento da letra ‘a’ do inciso III do art. 101 da Constituição exige sempre o prévio questionamento da lei. É certo que o texto atual não fala expressamente sobre esse ponto, mas é iniludível que a lei tenha sido objeto de exame, de discussão, - essa exigência está implícita’ (DJ de 11.04.1950, p. 1.162).”⁸⁸

Por outro lado, há autores que entendem continuar havendo na Constituição de 1946 a referida exigência. Nesse aspecto, trazemos a cola:

"No Brasil foi o mesmo instituído entre nós na Constituição, de 1891 (art. 59, III, a) e repetido na reforma de 1926 (art. 60, § 1º, a); passando para a de 1934 (art. 76, III, b); de 1937 (art. 101, III, b), e até a de 1946 (art. 101, III, b) não aparecendo, por certo, na Constituição de 1969 nem na atual.”⁸⁹

A Constituição Federal Brasileira de 1967, com a alteração da Emenda Constitucional 1/1969, não resolveu a controvérsia, mas, pelo contrário, suprimiu a expressão “questionar” também da hipótese respeitante à validade da lei federal, desaparecendo, pois, a tradição constitucional até então vigente que exigia, expressamente, o prequestionamento, razão pela qual muitos juristas passaram a aludir à inconstitucionalidade da Súmula 282, do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 294.

⁸⁹ BAPTISTA, Sônia Marcia Hase de Almeida. **Dos embargos de declaração**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1993, pp. 134 e 135.

A Constituição Federal de 1967 silenciou a respeito do verbo "questionar", o que fez com que a jurisprudência permanecesse exigindo o prequestionamento das partes, entendimento este cristalizado com a edição das súmulas 282 ⁽⁹³⁾ e 356 ⁽⁹⁴⁾ do STF. Quando em vigor o referido Texto Constitucional, deu-se muita importância à exigência de que os sujeitos parciais da relação processual tenham prequestionado determinado tema, o que legou a segundo plano a presença da questão federal ou constitucional na decisão recorrida.

Da mesma forma, a Constituição atual não menciona o termo "questionar".

9.2.2.2. Entendimentos Jurisprudenciais e Doutrinários

Independente da menção a essa expressão, o entendimento em relação ao tema é de que é necessário o posicionamento sobre questão constitucional ou federal na instância inferior. Caso contrário, não é possível a admissibilidade dos recursos excepcionais para o STJ e STF.

A respeito do tema, trazemos os ensinamentos de Eduardo Ribeiro de Oliveira:

“O uso daquele termo favorecia a interpretação de que exigível houvesse sido a matéria colocada pela parte, pois assim se poderia dizer que se questionara sobre a aplicação da lei. Doutrinadores dos mais respeitados, entretanto, escrevendo quando vigente aquela outra redação punham-se de acordo em que, decidida a causa, com base em fundamentação que as partes não houvessem tido em conta, o recurso seria admissível, se coexistissem os demais pressupostos, malgrado a ausência de prequestionamento anterior. Não há proveito em ampliar-se a discussão quanto às conseqüências que se haveriam de tirar daquela expressão, que não subsiste no direito vigente. Importante assinalar, entretanto, que a jurisprudência é absolutamente pacífica, com algumas vozes destoantes, também a doutrina se orienta no sentido de que permanece necessário o prequestionamento, malgrado a Constituição não mais conter o termo acima apontado, ausente também das leis processuais. Mister verificar qual seu fundamento e esse haveria de ser buscado na Constituição. Se nela não se contém, ter-se-ia de concluir pela injuridicidade da exigência, não havendo como considerá-lo

indispensável para o conhecimento do recurso. E não se terá dele outro conceito, a toda evidência, que o autorizado pelas disposições constitucionais.”⁹⁰

A dissonância jurisprudencial em relação a esse requisito, caracteriza-se ao observarmos o posicionamento das Cortes Máximas do país.⁹¹

Para o Superior Tribunal de Justiça, há o entendimento de que é possível o prequestionamento implícito, ou seja, quando no corpo do acórdão, embora não haja menção explícita à norma legal impugnada (número, letra, inciso), há claramente uma discussão e apreciação da tese jurídica objeto da impugnação. É o que vemos do acórdão abaixo:

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. SUFICIÊNCIA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VENDA PARA ENTREGA FUTURA. ATUALIZAÇÃO. VALOR DA MERCADORIA NA DATA DA SAÍDA EFETIVA. PRECEDENTE DO STF.

(...)

2. A jurisprudência da Corte tem admitido o prequestionamento implícito, de forma que, apesar de o dispositivo tido por violado não constar expressamente do acórdão recorrido, se a matéria controvertida foi debatida e apreciada no Tribunal recorrido à luz da legislação federal indicada, merece conhecimento o recurso especial.

(...)

5. Recurso especial parcialmente provido.”⁹²

⁹⁰ Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9756/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 246.

⁹¹ Samuel Monteiro, em sua obra, analisa a questão, fazendo um pesquisa jurisprudencial, mostrando-nos essa divergência em diversos momentos: a) “Diz-se prequestionada determinada matéria, quando o órgão prolator da decisão impugnada, haja adotado explicitamente tese a respeito e, portanto, emitido juízo”. (Min. Marco Aurélio, relator dos E. Decl. No Ag. em RR nº 227/84, plenário do TST, v.u., DJU-I de 6.6.86, p. 9.985, 1ª coluna, in médio); b) “Diz-se prequestionado determinado tema quando o órgão prolator da decisão impugnada haja adotado entendimento explícito sobre ele”. (Min. Marco Aurélio, relator do RE nº 125.248-RS, no STF, DJU-I de 16.10.90, p. 11.266); c) “O requisito do prequestionamento não pressupõe apenas que a matéria tenha sido mencionada na instância ordinária, mas que tenha sido discutida, tomando-se res controversa, res dúbia” (STF, RTJ 118/643) (Min. Carlos Velloso, relator do Ag. nº 131.156-RS, no STF, DJU-I de 22.10.90, p. 11.621); d) “Significa o debate (anterior) do tema da causa. Não é a indicação formal dos dispositivos de lei eventualmente aplicáveis à espécie”. (Min. Vicente Cernicchiaro, relator do Ag. nº 7.330-SP, no STJ, DJU-I de 1º.2.91, p. 451). (Recurso especial e extraordinário. São Paulo: Hemus, 1995. p. 39.)

Por outro lado, o STF defende ser necessário o prequestionamento explícito da questão constitucional controvertida. Neste sentido, trazemos à cola o seguinte acórdão:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Pquestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação.

2. 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.”⁹³

Desarmoniosa também, é a posição da doutrina nesse assunto.

Dessa celeuma extraem-se três correntes de entendimentos acerca da ocorrência do prequestionamento.

A primeira delas entende que para que haja o prequestionamento, basta apenas que as partes abordem a questão no curso do processo.

Um dos grandes adeptos dessa corrente é José Miguel Garcia Medina. Segundo ele o prequestionamento é uma atividade das partes, que busca a manifestação do julgador sobre a questão federal ou constitucional. Havendo, inclusive, de se considerar que para alguns, o objeto do recurso excepcional, deve estar presente no processo, desde o seu princípio, ou seja, na petição inicial. E assim explana:

⁹²STJ. Primeira Turma. REsp 652.504/RS. Rel. Min. Luiz Fux. Publicação: DJU 20.3.2006. Julgamento: 21.02.2006.

⁹³ STF. Primeira Turma. RE-AgR 372698 /AM. Min. Eros Grau. Publicação: DJU 24.03.2006. Julgamento: 21.02.2006.

“Em suma, pode-se conceituar prequestionamento como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada.”⁹⁴

E continua:

“(...) é regra que o órgão julgador *ad quem* somente poderá julgar dentro daquilo que tiver sido postulado nas razões de recurso. Daí decorre a necessidade da prévia postulação das partes, pelo menos em relação às matérias que não podem ser conhecidas *ex officio* pelo órgão do qual emana a decisão suscetível de ser alvo dos recursos extraordinário e especial.”⁹⁵

Essa foi, inclusive, a primeira noção que a expressão sugeria.

Com o passar do tempo, surgiu a segunda corrente, que se manteve como dominante. Ela defende que a matéria só estará prequestionada se a questão constar na decisão recorrida.

Isso porque, assim estará traçado o limite da matéria a ser analisada em sede de recurso, visto que apenas o conteúdo da decisão tomada pelas instâncias ordinárias é que poderá ser reexaminado pelo Tribunal Superior.

Nesse aspecto, trazemos a explanação de Bernardo de Souza Pimentel:

“O prequestionamento consiste na exigência de que o assunto tratado no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidido pela Corte recorrida. Com efeito, não basta a parte ter suscitado o tema, ainda que a exaustão. Se a matéria jurídica suscitada não foi decidida no julgado recorrido, não está satisfeita a exigência do prequestionamento. Mas é importante ter em mente que o cumprimento do

⁹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 329.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 193-194.

prequestionamento não está condicionado à menção expressa, no acórdão recorrido, do preceito tido por violado pelo recorrente. Como já ressaltado, o que importa para a satisfação do prequestionamento é ter sido a matéria jurídica alvo de discussão no recurso dirigido ao tribunal superior previamente solucionada no julgado recorrido.”⁹⁶

Sendo assim, nesta linha de raciocínio, o prequestionamento estaria presente na própria decisão recorrida, sem que seja necessária a anterior arguição das partes no âmbito das instâncias ordinárias.

Há, ainda, uma terceira corrente, com poucos adeptos, que demandam, para considerar um dos pontos do recurso prequestionado, que se somem os dois aspectos, quais sejam: que a matéria seja debatida pela parte durante a tramitação da demanda e que conste na decisão objetada.

Essa é a posição de Athos Gusmão Carneiro:

[...] para que uma determinada questão seja considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma federal onde a mesma questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido decidida, e decidida explicitamente (ainda que não imprescindível a expressa menção ao artigo de lei).⁹⁷

Por fim, há aqueles que defendem não ser necessário o prequestionamento, já que a nossa atual constituição não o prevê, não pode, portanto, ser demandado por regimento ou súmula, visto que tal exigência seria inconstitucional.

José Afonso da Silva, escrevendo a respeito da Constituição de 1967, entendia que a falta de regramento constitucional deste instituto o tornava inexigível.⁹⁸

⁹⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3ª. Ed. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004, pags. 599-600.

⁹⁷ Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 107.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário*. São Paulo: RT, 1963, p. 198.

Galeno Lacerda, em sua obra, referindo-se à atual Constituição Federal, mantém a defesa da prescindibilidade do prequestionamento e narra:

“Pouco importa que o CPC e os regimentos internos admitam o poder de sumular, de editar súmulas, dos tribunais. Esse poder pressupõe, evidentemente, que as súmulas elaboradas obedeçam à Constituição e às leis. No momento em que isto não ocorrer, ou não mais ocorrer, cabe ao respectivo tribunal revogar ou, simplesmente, deixar de aplicar ou de exigir o cumprimento do preceito da súmula, já então, desatualizada. É seu dever elementar, por imperativo constitucional.”⁹⁹

Tendo em vista a enorme divergência acerca do que se deve entender como prequestionamento, sugere a professora Teresa Arruda Alvim Wambier:

“O que se entende conveniente é que, como se trata de uma zona cinzenta, haja certa dose de tolerância de um órgão com relação àquilo que ao outro parece como sendo prequestionamento.

Sugere-se, portanto, que, à falta de unanimidade a respeito do que seja efetivamente o prequestionamento, um órgão aceite o entendimento de outro, e considere ter havido prequestionamento, se o que ocorreu, no caso, foi o que outro órgão teria considerado como prequestionamento.

Essa sugestão, no fundo, consiste em que haja fungibilidade de “entendimentos”, para que a parte não acabe por ficar sujeita a uma espécie de “loteria” ou tenha de se inteirar do entendimento pessoal de cada um dos Ministros dos Tribunais Superiores.”¹⁰⁰

9.2.2.3 Objeto

Esse instituto tem por objeto a questão constitucional ou a federal. Portanto, o que, de fato, interessa a respeito de prequestionamento é visualizar na decisão recorrida o trato da matéria relativo à ocorrência de violação ou não dessas normas, a fim de que seja possível o cabimento do recurso para as Cortes Superiores.

⁹⁹ LACERDA, Galeno. Críticas ao prequestionamento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 17, n. 758, p. 68- 81, dez. 1998, p. 80.

¹⁰⁰ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 220.

Essa exigência provém da impossibilidade de supressão de instâncias no sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, se os Tribunais Máximos decidissem matéria não tratada na decisão recorrida, estariam exercendo indevidamente a função dos tribunais inferiores.

9.2.2.4 Embargos declaratórios prequestionadores

Devido ao que já foi exposto, para termos presente o prequestionamento, é necessária a manifestação do Tribunal inferior a respeito da questão federal e/ou constitucional.

Ocorre que, muitas vezes, o recorrente se vê frustrado, pois, apesar de trazer a discussão à baila, com o objetivo de ver o ponto analisado e presente na decisão, isso não acontece, ainda tenha oposto embargos de declaração frente a flagrante omissão.

Por causa disso, ele fica impedido de se utilizar, desde já, dos recursos excepcionais, pois, como a questão não foi decidida, eles seriam inadmitidos. Como isso caracteriza violação ao direito, no que se refere aos art. 535 e seguintes do CPC¹⁰¹ e, também, do art. 93, inc. IX¹⁰², da C.F., solucionou-se esse problema com a criação dos embargos declaratórios com finalidade especificamente prequestionadora.

Ressalta-se que o objetivo desses embargos, não é trazer à tona questões federais ou constitucionais a serem apreciadas pelo STJ ou pelo STF que, em momento algum, foram previamente expostas no processo. Portanto, aquilo que tem sido taxado de questionamento tardio, não é aceito. Isso é evidente, visto que a função dos embargos de declaração é sanar obscuridade, contradição ou omissão presentes na decisão.¹⁰³ Não

¹⁰¹ **Art. 535** - Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

¹⁰² **Art. 93** - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁰³ Sobre essa questão ver a excelente e elucidativa lição trazida no seguinte acórdão: STJ. Primeira Turma. REsp 744584 / RJ. Rel. Min. Luiz Fux. Publicação: DJU 28.11.2005 p. 228. Julgamento: 08/11/2005

havendo anterior menção à questão, obviamente, os embargos devem ser inadmitidos, assim como não há que se falar em prequestionamento implícito.

A possibilidade da oposição dos embargos prequestionadores, confirma os argumentos adotados pela segunda corrente que acima explanamos. Com a edição das súmulas 282, o STF expressa a necessidade de haver na decisão recorrida, a menção à questão constitucional.

Aliado a isso, a Súmula 356¹⁰⁴ reforça essa exigência, admitindo a interposição dos embargos prequestionadores, a fim de que a omissão seja sanada e, na decisão recorrida, haja pronunciamento a respeito da constitucionalidade da matéria que será objeto da impugnação extraordinária.

Caso o Tribunal, ainda que depois da interposição dos embargos prequestionadores, continue a não se manifestar sobre o ponto que requereu a parte, estará configurada uma nova ilegalidade, que é uma violação ao art. 535, II, do CPC, ou seja, quando o órgão julgador, é solicitado para emitir pronunciamento acerca dos pontos

¹⁰⁴ Vale mencionar, que a sumula 356 foi editada após a Constituição de 1967, para aclarar a necessidade do prequestionamento, visto que o texto da Carta Maior não trazia em seu bojo, expressamente, a necessidade da sua configuração. A princípio, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era de que estaria prequestionada a matéria, desde que houvesse a oposição de embargos declaratórios ao julgado do tribunal..

Sobre esse tema discorre José Theophilo Fleury, afirmando: "Diversos eram os julgados existentes em que se entendia suficiente, para fins de prequestionamento – nos caos em que o Tribunal a quo não se ocupa das questões federais e/ou constitucionais invocadas, prévia e oportunamente, pelas partes -, a simples oposição de embargos de declaração, nos termos da Súmula 356, não importando, pois, o acolhimento ou não destes embargos, para fins de apreciar as questões omissas no acórdão recorrido, sendo, pois, os embargos suficientes para configurar o prequestionamento dos dispositivos legais e/ou constitucionais tidos por afrontados. [...] Prevalecia até então, no STF, o entendimento de que, uma vez opostos os embargos, ter-se-ia por ventilada no acórdão recorrido a questão jurídica independente da solução dada". (Fleury, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário súmula 356 x súmula 211 do STJ? *IN: Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9756/98*. 1ª Edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.)

A esse entendimento deu-se, entre os doutrinadores, o chamamento de prequestionamento ficto, pois, apesar de não haver uma decisão das instâncias ordinárias acerca da questão, a oposição dos embargos sanava essa debilidade e se configurava o prequestionamento para que fosse admissível o recurso.

tidos como omissos, contraditórios ou obscuros e relevantes ao desate da causa, não enfrenta a questão oportunamente argüida pela parte.¹⁰⁵

Nas palavras da professora Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Assim, sendo caso de interposição de embargos, não basta ou não deve ser considerado bastante ou suficiente a interposição de embargos de declaração, ainda que rejeitados, no juízo de admissibilidade ou mérito. Este há de ser, portanto, o primeiro dos fundamentos do recurso extraordinário ou especial: não foram admitidos ou foram tidos como improcedentes embargos de declaração que eram admissíveis e aos quais dever-se-ia necessariamente ter dado provimento.”¹⁰⁶

Esse recurso não tem natureza protelatória. É o que se entende do verbete nº 98 do STJ:

“Súmula 98: Embargos de declaração com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.”

Consideramos, entretanto, que não é apenas o fato da parte explanar na sua peça recursal, que os embargos têm o objetivo de prequestionamento, que a isentará de uma aferição do julgador a respeito da veracidade dessa finalidade. Portanto, se o julgador entender que a matéria já estava prequestionada ou, até mesmo, não haja questões para se prequestionar, deverá ele, fundamentar sua decisão no sentido de aplicar a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC, devido à configuração da função protelatória desse recurso.¹⁰⁷

¹⁰⁵ A respeito desse tema, ver o julgamento do STJ. REsp. 675.003 / RS. Rel. Min. Luiz Fux. Publicação: DJ 05.05.2005. Julgamento: 18.04.2005

¹⁰⁶ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, págs. 215-217.

¹⁰⁷ STJ. Terceira Turma. REsp 233618 / PI. Relator Min. Eduardo Ribeiro. Publicação: DJ 08.03.2000 p. 111. Julgamento: DJ 08.03.2000 p. 111. Ementa: Embargos de declaração. Multa. Prequestionamento. A multa prevista no art. 538, parágrafo único do CPC só deve ser aplicada quando se evidencia que os embargos de declaração visam a retardar o processo. Prequestionamento. Falta. Inviabilidade do especial.

Quanto à concordância dos Tribunais Superiores sobre o tema, temos que apenas em um único ponto há acordo, qual seja, a necessidade da oposição de embargos declaratórios no juízo ou tribunal ordinário, para que ocorra a manifestação expressa sobre a questão federal ou constitucional na decisão.

Por outro lado, entende o STJ que, embora a parte tenha se valido do recurso para suprir essa deficiência da sentença, se o órgão a quo continua a não se manifestar sobre a questão federal, não se configurará o prequestionamento.

É exatamente o que determina a súmula 211, STJ:

“Súmula 211: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”

Conclui-se daí, é necessário, que o embargante interponha recurso especial alegando infringência ao art. 535, CPC, para que seja anulado o acórdão decorrente dos embargos e, depois, os autos sejam devolvidos ao Tribunal a quo, para que ele reveja sua decisão, agora, prequestionando a questão federal, gerando a admissibilidade do recurso especial.

É exatamente o posicionamento abordado no acórdão abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OMISSÃO CONFIGURADA (PASSAGEIROS - EMPRESA DE ÔNIBUS - TARIFA – AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA - TAXA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA PACTUADAS). RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC CONFIGURADA.

1. Há violação ao art. 535, II, do CPC quando o Órgão julgador, instado a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros e relevantes ao desate da causa, não enfrenta a questão oportunamente suscitada pela parte.
2. In casu, a despeito da oposição de embargos de declaração, objetivando sanar a omissão no que diz respeito à taxa de juros e a correção monetária avençadas no Contrato de Prestação de Serviços para Operação no Sistema de Transporte Coletivo de

Passageiro, ficou-se silente, em manifesta violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

3. O retorno dos autos, é mister, porquanto não pode o E. STJ pela vez primeira analisar a suposta violação de dispositivos infraconstitucionais que não foram enfrentados em última instância local. Esta, aliás, a ratio da Súmula 211 do STJ, que dispõe:

"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo."

3. Agravo Regimental desprovido."¹⁰⁸

O STF entende de maneira bem diferente, pois se a parte opuser os embargos declaratórios prequestionadores, mas a Corte de Origem se mantiver omissa, não haverá prejuízo ao cabimento do recurso extraordinário.

É o que se extrai da súmula 356, *in verbis*:

"Súmula 356: O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

Confirmado pelo acórdão:

"Recurso extraordinário: prequestionamento: Súmula 356. O que, a teor da Súm. 356, reputa-se 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."¹⁰⁹

Esse posicionamento discrepante entre as Cortes Supremas do país é absurdo. Inconcebível é o fato de que Tribunais reguladores da uniformização do direito nacional, não consigam chegar a um denominador comum, a fim demonstrar os reais requisitos de

¹⁰⁸ STJ. Primeira Turma. AgRg no REsp 776752 / SP. Rel. Min. Luiz Fux. Publicação: DJ 30.10.2006 p. 251. Julgamento: 05/10/2006

¹⁰⁹ STF. Primeira Turma. RE 349.160. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Publicação: DJU 14.03.03. Julgamento: 11.02.2003

cabimento desses importantes meios de impugnação e gerar uma segurança jurídica para os operadores do direito.

Ao nosso entender, por diversos fatores o entendimento do STF é o mais condizente. Primeiro porque ele é o responsável pela guarda e interpretação da Constituição e, considerando que os recursos excepcionais estão nela previstos, esse Tribunal é que deveria dar o real entendimento dos requisitos para o seu cabimento.

Além disso, a posição do STF vai ao encontro da economia processual, sendo extremamente razoável, por não exigir a devolução do processo para o tribunal de origem, demandando novo julgamento da causa. Afinal, se o objetivo é a célere e eficaz prestação jurisdicional, sem prejuízo para as partes, não faz sentido essa imposição. Primeiro porque, a parte adversa poderá realizar o contraditório durante o tramite dos recursos extremos e, também, os embargos declaratórios não trazem aspecto novo ao processo. Quando a esse recurso é dado efeito infringente¹¹⁰, em regra, isso é posto ao conhecimento do embargado para que apresente as suas contra-razões.^{111 112} Segundo porque, não há a ocorrência de recurso per saltum, já que o Tribunal de origem, além de ter julgado a causa, voltou a se manifestar, após a interposição dos embargos.

Por fim, cabe-nos destacar, que há casos em que pode florescer, do acórdão do Tribunal, o vício que dá ensejo ao recurso extraordinário ou especial.

Observa José Rogério Cruz e Tucci:

¹¹⁰ Em geral a doutrina tem sido coesa em admitir os efeitos infringentes ou modificativos dos embargos de declaração. Contudo, o debate se dá a respeito das ocasiões em que isso pode ocorrer. Tem-se acordado que em se configurando erro material, eliminação de omissão e resolução de contradição, há a possibilidade desse recurso, em seu efeito atípico, modificar o julgado. Por outro lado, em havendo unicamente um esclarecimento da obscuridade, isso não é admitido.

¹¹¹ Sobre a necessidade da preservação do devido processo legal e do contraditório, Candido Rangel Dinamarco salienta: "A modificação dos julgados, em casos assim, é absolutamente ilegítima quando feita sem a parte embargada em contraditório nesses casos é de rigor constitucional e viola a garantia do contraditório o julgamento feito sem oportunidade para a resposta do embargado". (Dinamarco, Cândido. A Reforma do Código de Processo Civil. 2a. ed. São Paulo: ERT, 1995, p. 186.)

¹¹² Esse também tem sido o entendimento jurisprudencial. A exemplo disso, trazemos esse acórdão do STF a respeito do tema: Embargos de declaração, efeito modificativo e contraditório (CF, art. 5º, LV). Firme o entendimento do Tribunal que a garantia constitucional do contraditório exige que à parte contrária se assegure a possibilidade de manifestar-se sobre embargos de declaração que pretendam alterar decisão que lhe tenha sido favorável: precedentes. (STF. RE 384031/AL. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Publicação: DJU 04.06.2004, p. 47. Julgamento: 06.04.2004.)

“Aduza-se que em algumas hipóteses, não muito freqüentes, é verdade, a causa de pedir do recurso extraordinário ou especial irrompe do próprio julgamento. Tal situação, na maioria das vezes, decorre de *error in procedendo*, que, inclusive, pode tornar impossível (imagine-se, por exemplo, a falta de intimação para o julgamento do advogado de uma das partes) ou até dispensável a oposição de embargos de declaração para o fim de obter-se a manifestação expressa do tribunal a quo no acórdão a ser atacado pela via excepcional.

Nesses casos, quando então, em última análise o vício deflui do próprio julgado, prescinde-se do prequestionamento, como tem entendido o Superior Tribunal de Justiça. Extraí-se, com efeito, do seguinte precedente: “Se a contrariedade à lei federal importa em nulidade formal do próprio acórdão, não há cogitar de embargos declaratórios para prequestionamento, nem argumentar com suposta aquiescência tácita do sucumbente” (REsp. 11.035-SC, 4ª. T., 31-09-2, rel. Athos Gusmão Carneiro).”¹¹³

Concordamos com o autor, pois, apesar de ter sido colacionado apenas um entendimento jurisprudencial do STJ, o mesmo deve se ocorrer, se o vício surgido do acórdão for relativo a matéria de competência do STF. Essas Cortes não podem se eximir de apreciar questões que se correlacionem a ofensa de lei federal ou da Carta Maior, simplesmente porque não houve prequestionamento da matéria em casos absolutamente excepcionais como esse. Afinal, seria absurdo se exigir que as partes possuíssem dons especiais ou fossem iluminadas pela inspiração divina, a fim de profetizar situações que poderiam acontecer e ocasionariam esse gravame. E com esse prenúncio, desde já, traze-las como discussão no curso do processo em tramite pelas instâncias ordinárias.

9.2.2.5 Prequestionamento e questões de ordem pública

Questões de ordem pública, como abordamos em momento anterior em nosso trabalho, são matérias que tem uma peculiaridade especial, pois correlacionam-se com o interesse protegido da sociedade e do Estado. Portanto, são altamente importantes e estão num patamar de indisponibilidade, frente aos sujeitos que compõem uma relação jurídica.

¹¹³ Cruz e Tucci, José Rogério. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2. ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, págs. 266-267.

Por causa disso, os juízes e tribunais devem, de ofício, deliberar sobre essas matérias, independente da arguição das partes, antes mesmo se pronunciar a respeito da questão de fundo (mérito da causa). Portanto, deve o juiz decidir as questões atinentes à formação e ao desenvolvimento válido da relação jurídica processual (pressupostos processuais), bem como a exercício regular da ação (condições da ação).¹¹⁴

Essas matérias não precluem, por isso, podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição¹¹⁵ e mesmo que o juiz declare haver naquele processo a presença de todos os pressupostos processuais e condições da ação, poderá alterar a sua decisão, independente da ocorrência de fatos novos ou impugnação da parte.

Ocorre que, apesar de ser tão clara a importância desses preceitos de ordem pública para o sistema jurídico, surge uma controvérsia no campo processual: podem essas questões configurarem uma exceção à exigência do prequestionamento para o cabimento dos recursos extraordinários (lato sensu)?

Abordar alguns aspectos, ainda que superficialmente da teoria das nulidades¹¹⁶, faz-se essencial para a análise desse tema. Essa teoria no direito material é diferente do processual. Neste há uma busca pela preservação da instrumentalidade e finalidade das formas¹¹⁷, sendo assim, nem sempre um defeito do ato processual será absolutamente

¹¹⁴ No CPC, temos o disposto, art. 301, § 4º: "com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo". Esse artigo, em seu corpo, expressa as preliminares de contestação, entre elas a falta de pressuposto processual ou de condição da ação.

¹¹⁵ De acordo com o professor Arruda Alvim: "a dicção *em qualquer tempo e grau de jurisdição* (CPC, art. 267, § 3º) só pode referir-se à inoccorrência de preclusão também para o segundo grau" (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999, v. I., p. 322)

¹¹⁶ Para a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, há dois tipos de nulidades, quais sejam, o das nulidades de forma e o das nulidades de fundo. As nulidades de forma, não previstas em lei como sendo absolutas, serão relativas, enquanto as previstas expressamente como absolutas, assim o serão, visto que há presunção absoluta de prejuízo por força da lei que às instituiu. Já as nulidades de fundo afloram dos vícios relativos às condições da ação, aos pressupostos processuais positivos de existência e de validade, e aos pressupostos processuais negativos. Por isso, são nulidades absolutas. E vai além, em seu brilhante livro, afirmando que as nulidades relativas só podem ser argüidas pelas partes e estão sujeitas à preclusão, enquanto as nulidades absolutas são conhecíveis de ofício e a requerimento da parte, não estando submetidas à preclusão. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004- Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Túlio Liebman – vol. 16, p. 197-201)

¹¹⁷ Segundo o magistério de Ovídio Batista: "O sistema das nulidades dos atos processuais está dominado por um conjunto de princípios específicos e peculiares ao direito processual, de cuja observância resulta um certo relativismo de todas as regras sob as quais se pretenda classificar os defeitos dos atos processuais e

irremediável. Devido a isso, ainda que o ato jurídico carregue em seu conteúdo um defeito gravíssimo, se já tiver provocado efeitos no mundo social, só poderá ser desfeito mediante decisão judicial.

De acordo com essa teoria, o primeiro defeito do ato jurídico é a inexistência, ou seja, aquele que por ter um vício tão berrante em sua formação, sequer deve ser considerado um ato, pois não são reconhecidos pelo nosso sistema. Ele é um nada, um não-ato e por isso, logicamente, não há sequer a necessidade de manifestação do judiciário a respeito do dele. Como exemplo desse ato, temos o art. 37, § único, do Código de Processo Civil ao estabelecer que os atos praticados por advogados sem instrumento de mandato, deverão ser ratificados pela oportuna exibição do instrumento, sob pena de serem havidos por inexistentes.

Em seguida, temos os atos nulos, que são maculados por vícios insanáveis e não tem o condão de produzir efeito válido entre as partes, pois afrontam gritantemente aquilo que é determinado em lei. A nulidade, por ser grave, deve ser apreciada pelo Judiciário, independente de manifestação das partes a respeito da questão.

Já o ato anulável é aquele que somente poderá ser reconhecido pelo juiz mediante provocação da parte – na primeira oportunidade em que puder se manifestar no processo – não responsável pela sua existência. Além disso, a parte que alega deve se sentir prejudicada com a não extirpação da nulidade.

Nessa abordagem, vem-nos em mente, o porquê da necessidade de prequestionamento de um ato maculado por nulidade absoluta, que gere, de fato, prejuízo as partes (pois, neste caso, seria afastada a teoria do reaproveitamento pela instrumentalidade do processo) e que se tenha afronta clara a norma cogente, imperativa do ordenamento jurídico brasileiro. Lembrando também, que o ato nulo contamina os atos que lhe sucedem e dele dependem.

Frente a esse tema trazemos a posição pacífica do STJ:

suas conseqüências.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*, 5.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. I, p. 216).

“PROCESSUAL CIVIL. EFEITO TRANSLATIVO. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

1. Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento.

2. Constata-se a ausência de prequestionamento no tocante à suposta ilegitimidade passiva da União para figurar no feito.

3. É possível conhecer de questões de ordem pública não prequestionadas se o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, o que não ocorreu na espécie.

4. Recurso especial não conhecido.”¹¹⁸

O mesmo é o entendimento do STF:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Ao contrário do que sustenta o agravante, os embargos de declaração, para fins de prequestionamento, servem para suprir omissão do acórdão recorrido em relação à matéria suscitada no recurso cabível ou nas contra-razões e não para inovar matéria constitucional não debatida nos autos.

2. Ausente o prequestionamento do art. 129, III, da Constituição, dado como contrariado. Não prescinde desse requisito, inerente ao cabimento do recurso de natureza extraordinária, a circunstância de poder a ilegitimidade ativa ad causam ser analisada em qualquer grau de jurisdição.

3. Agravo regimental improvido.”¹¹⁹

¹¹⁸ STJ. Resp n. 685.126/SP, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 25.4.2006. Embasando esse entendimento, temos ainda: REsp n.496.197/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 9.5.2005; REsp 696.302/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 13.3.2006.”

¹¹⁹ STF. Segunda Turma. RE-AgR 434420 / DF. Rel. Min. Ellen Gracie. Publicação: DJ 05-08-2005 pag 105. Julgamento: 14/06/2005. Também nesses sentidos os acórdãos: Segunda Turma. AI-AgR 505029 / MS. Rel. Min. Carlos Velloso. Publicação: DJ 06.05.2005 pag. 29. Julgamento: 12/04/2005; Segunda Turma. AI-AgR 505042 / MS. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Publicação: DJ 01-04-2005 pag. 55. Julgamento: 01.03.2005

A conclusão que se tira do entendimento equânime de ambas as Cortes é que, como a afronta à ordem pública propulsora do conhecimento ex officio do órgão julgador, encontra-se num patamar infraconstitucional e a exigência do prequestionamento, como requisito para o cabimento dos recursos extremos, decorre da interpretação dos artigos da Constituição Federal que os prevêem, há uma sobreposição desta exigência àquela.

Entretanto, para os tribunais inferiores, frente a essas questões de ordem pública, não há necessidade de que o recorrente tenha postulado anteriormente, a fim de que haja decisão sobre a matéria, pois os julgadores têm o dever de se manifestar sobre a questão, gerando a possibilidade do cabimento do recurso especial ou extraordinário.

Disso decorre o entendimento de alguns que os embargos declaratórios prequestionadores cabem para suprir a omissão do julgado, que deveria trazer uma decisão sobre a questão de ordem pública.

Para outros, entretanto, se a parte não argüiu em suas contra razões, a matéria de ordem pública, ou seja, se ela não prequestionou, não se caracterizará a omissão do decisor e os embargos não serviriam para prequestionar a matéria, que não foi anteriormente suscitada no processo, a exceção dos casos de prequestionamento implícito¹²⁰.

A nosso entender, em sendo matéria de ordem pública, o Tribunal tem OBRIGAÇÃO de ofício. Portanto, independe de manifestação das partes. Sendo assim, um acórdão que não trata da questão, é defeituoso, incompleto, omisso. Por isso, a parte pode se valer dos embargos declaratórios para pedir o posicionamento do órgão deliberante sobre a questão e assim, configurar o prequestionamento, gerando o cabimento dos recursos para as Cortes Superiores.

¹²⁰ Segundo as lições de Bruno Matos e Silva: “É chamado de prequestionamento implícito o que reputa uma questão implicitamente apreciada, em razão de expressa apreciação de questão outra, que daquela é decorrente. Um exemplo de prequestionamento implícito consiste na questão da competência do Juiz: se ele julga a questão de mérito, implicitamente reconhece sua competência”. (SILVA, Bruno Matos e. Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10).

Por fim, sobre o tema o STJ considera que há infringência ao art. 535 do CPC, quando a matéria for de ordem pública e a parte apenas nos embargos a suscitou, mas o Tribunal se eximiu do posicionamento. Isso ocorre devido a relevância do tema.¹²¹

9.3. Arguição de Relevância e Repercussão Geral

A arguição de relevância não é um instituto novo do nosso sistema jurídico. Ela, primeiramente, surgiu no Direito Brasileiro através da Emenda Regimental n. 3, de 12/06/1975, aprovada pelo STF, que veio a vigorar a partir de 1º/08/75.

Essa emenda proveniente do STF fundou-se na permissividade trazida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que no seu art. 119, parágrafo único, inciso III, preconizava:

“As causas a que se refere o item III, alíneas” a “e” d “deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário”.

Curiosamente, essa Emenda Regimental, concedia poderes excessivos ao Supremo Tribunal Federal, pois, através do seu Regimento Interno¹²², poderia delimitar o cabimento do recurso extraordinário, quando baseado nas alíneas supracitadas, ao argumento de haver relevância da questão.

¹²¹ Trazemos abaixo defensor dessa posição:

"PROCESSO CIVIL. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA SUSCITADA EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL ESTADUAL: IMPRESCINDIBILIDADE, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

I - Ainda que suscitadas tão-somente em embargos de declaração, deve o tribunal estadual pronunciar-se sobre as questões de ordem pública, apreciáveis de ofício.

II - Precedentes do STF e STJ: RE nº 111.787/GO-EDcl e REsp nº 120.240/SP.

III - Recurso especial conhecido e provido para cassar o acórdão recorrido".

(STJ. Segunda Turma. REsp. nº 154.121/PB. Rel. Min. Adhemar Maciel. Publicação: DJU 20.04.1998. Julgamento: 10.03.1998)

¹²² O art. 327, parágrafo 1º, RISTF, que não foi recepcionado pela nossa Constituição atual, mas tinha força de lei durante a vigência da C.F. de 1967 - conceituava questão federal relevante da seguinte forma: “Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.”

Em seguida, na Reforma do Poder Judiciário, através Emenda Constitucional 7, de 13 de abril de 1977, a argüição de relevância foi, de fato, introduzida na Constituição de 1967, *in verbis*:

“Art. 119. (...)

“§ 1º As causas a que se fere o item III, alíneas *a* e *d* , deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

(...)

§ 3º O regimento interno estabelecerá:

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal.”

Devido à função diferenciada do STF de guardião da Constituição Federal e, na época, também da uniformidade de aplicação das leis federais, justificou-se a criação deste requisito. Advogava-se a idéia de ser a Corte Augusta uma instância que, apenas em segundo plano, visava fazer justiça nos casos concretos. Sua missão era zelar pela correta aplicação do direito objetivo.

Com isso, veio a normatização do Supremo, através do art. 325 do RISTF, determinando que nas hipóteses das alíneas “a” e “d” do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal, caberia o apelo para a Corte Máxima. Em seu rol, dentre outros motivos, estabelecia também, ser admissível o recurso extraordinário “em todos os demais feitos, quando reconhecida à relevância da questão federal”.

Entretanto, em 1988, a argüição de relevância não foi recepcionada pela Constituição. Como ela foi criada durante o regime militar, argumentava-se o instituto carregava, em seu conteúdo, aspectos dessa época ditatorial, afinal, sofria inclusive da falta de uma definição mais precisa. Ao lado disso, como a maioria dos Ministros componentes do Supremo, haviam sido indicados naquele período, aflorou o medo de existirem decisões baseadas na ideologia autoritária militar. O que confrontaria com a busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Essa mesma Carta Política trouxe novas regras a respeito do poder legiferante da Corte Máxima, estipulando em seu art. 96, inciso I, letra a, que os Tribunais podem somente:

“elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e de garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.”

A partir daí, perdeu o STF, o poder de estabelecer os casos de cabimento do recurso constitucional, dispondo apenas de autonomia sobre a distribuição da sua competência e organização interna.

Contudo, o passar do tempo demonstrou, que mesmo com o desmembramento por adjudicação da competência ao STJ, cujo objetivo foi de diminuir o número de demandas e desafogar o STF, não se obteve o resultado esperado. Ao contrário, a crise se propagou, o número de processos não parou de crescer e o problema contaminou, inclusive, Superior Tribunal de Justiça.

Nesse contexto, sobreveio a Reforma Constitucional trazida pela Emenda 45/2004, ao argumento de tentar imprimir uma maior efetividade à produção das decisões definitivas, evitar o desgastante prolongamento da resolução das controvérsias, devido ao grande número de processos que acabam caindo na vala do STF¹²³ e dar melhor qualidade às decisões, à medida que se reduz o número de litígios a serem julgados, foi, em nosso ordenamento jurídico, inserida a repercussão geral. Ela não é totalmente uma novidade, devido à preexistência da arguição de relevância. Entretanto, são institutos que

¹²³ De acordo com o ilustre mestre Calmon de Passos, até mesmo antes da CF de 1988: “A crise do STF se traduz, como vimos, em duas conseqüências bem determináveis. A primeira delas, o acúmulo de processos sem decisão nesse órgão, visto como o número dos que anualmente nele têm ingresso excede, de muito, o dos que nele conseguem ser julgados. A segunda conseqüência se traduz na perda de substância dos julgados de nossa mais alta Corte de Justiça. Eles, que deveriam ser os norteadores de toda a atividade jurisdicional do País, apresentam-se, em sua esmagadora maioria, como frutos modestos, às vezes nada convincentes, por força da pressão intolerável do volume de trabalho exigido dos senhores ministros.” (PASSOS, J.J. Calmon de. Da arguição de relevância no recurso extraordinário, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: 1977, V. 259, p. 12.)

carregam conteúdos diferentes.¹²⁴ O parágrafo 3º ao artigo 102 da Constituição de 1988, expressamente dispõe:

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

Esse instituto cria para a admissibilidade da impugnação constitucional, a necessidade de ser demonstrado mais um requisito, ou seja, só será analisado o recurso se a matéria que ele aborda for taxada como sendo de repercussão geral. Sendo que, para que ele seja repugnado, é exigida a manifestação de dois terços dos membros do STF, o que caracteriza o quorum qualificado. Disso entende-se que a relevância do tema argüido, que só virá a ser inadmitido por maioria especial e dos onze Ministros que compõem o STF, oito deles teriam que declarar a não existência de repercussão geral em determinada questão. Isso significa que a Turma pode conhecer do recurso por se reputar geral a questão. Valendo ressaltar que, nos termos da Lei nº 11.418¹²⁵, ela somente poderá fazê-lo se houver a decisão em prol da existência da repercussão por, no mínimo quatro votos

¹²⁴ Lênio Streck traz lições que nos pontuam as diferenças: A “regulamentação” feita pelo Pretório Excelso de então seguiu fielmente a idéia central do governo militar, incluindo até “os aspectos morais” e os “políticos” (o que seriam os tais “aspectos morais” nunca foi esclarecido!). Por isso, qualquer interpretação acerca do significado de “repercussão geral” deve fugir de eventuais comparações com o conteúdo (não-recepcionado) dos arts. 327 a 329 do regimento interno do STF e da jurisprudência (igualmente não recepcionadas) praticada pelo Tribunal até 1988. A Constituição do Brasil, fruto do processo constituinte de 1986-88, mais do que um corte simbólico, estabeleceu explicitamente um novo paradigma de direito e de Estado. Não se pode olhar o novo – por mais discutível que seja esse novo – com os olhos do velho, que, com toda a certeza, não recomenda em nada para a melhoria do processo democrático e o acesso à justiça. Ou seja, a argüição de relevância do regime militar deve ser lida como um instrumento para o controle dos tribunais e do legislativo. Já a exigência da comprovação da “repercussão geral das questões constitucionais” – repita-se, por mais discutível que seja a sua compatibilidade com a Constituição – deve ser lida como um instrumento para aprimorar o processo democrático, tanto é que o constituinte derivado estabeleceu a presunção da existência dessa repercussão geral, exigindo o qualificado quorum de 8 votos (sic) para a recusa do recurso extraordinário e não para sua admissão! Este deve ser o belvedere do qual o novel instituto deve ser olhado e não o velho instituto da argüição de relevância. (STRECK, Lenio Luiz – A “repercussão geral das questões constitucionais” e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as “causas irrelevantes”, *Comentários à reforma do Poder Judiciário*, coord.: Walter de Moura Agra, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 135-136)

¹²⁵ Em 19.12.2006 foi sancionado o projeto de lei 6.648/06, que regulamenta o parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição Federal. Com a sanção presidencial, foram acrescentados os artigos 543-A e 543-B, e seus parágrafos, ao Código de Processo Civil, regulamentando assim o dispositivo constitucional inscrito no parágrafo 3º do artigo 102 da CF/1988.

é que ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. Entretanto, a não admissibilidade do recurso, somente poderá ser feita, mediante a decisão do quorum especial.¹²⁶

Nesse sentido, desse dispositivo acrescentado no art. 102, nota-se que a Constituição exige o voto de 8 ministros, ou seja, 2/3 dos membros da Corte, pois, a idéia do constituinte derivado foi aproximar nosso sistema do americano, onde se tem 9 ministros na Corte Suprema e prevalece a "Rule of Four", onde bastam 4 ministros para acolher writ of certiorari (logo, a contrario sensu, são necessários 6 votos para rejeitar o instrumento). Matematicamente, 6 Ministros equivalem a 2/3 de 9. Da mesma forma ocorre na Argentina, em que há o requisito da transcedência.

Ao nosso ver, apesar das grandes discussões doutrinárias¹²⁷ a respeito de quem seria a competência para julgar a repercussão geral, acertada foi a decisão do legislador de atribuí-la ao Plenário, visto que, como se trata de uma regra excepcional para a admissibilidade do recurso especial, não há um interesse de olhar essa a regra de modo ampliativo.

Apesar da edição da lei, não houve a solução do seguinte problema: o que, afinal, é repercussão geral? A expressão carrega em seu conteúdo uma grande vagueza.

¹²⁶ Ressalte-se que, ao contrário do que ocorria na arguição de relevância - que a decisão do Conselho do Supremo sobre a questão era secreta, dispensava motivação e a publicidade dizia respeito apenas ao resultado do julgamento, se rejeitada ou provida, a repercussão geral terá sua votação embasada no art. 93, inciso IX, CF, que determina: "IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação". Portanto, a decisão deverá ser motivada, a fim de não contrariar o que preceitua nossa Carta Política.

¹²⁷ Determinava o Mestre Arruda Alvim que existe uma semelhança de meios numéricos para decidir sobre a admissão ou recusa da repercussão geral e ele conclui que a palavra tribunal, refere-se ao todo do Supremo e não apenas a uma das suas Turmas.(ALVIM, Arruda. A Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.) Já Sérgio Bermudes defendia: "Entenda-se por *tribunal*, não o plenário da Corte, mas o órgão competente para o julgamento do recurso (no STF, uma das duas turmas, onde o terço, por aproximação, será de três ministros, ressalvados os casos de remessa de recurso ao plenário). Se este é o órgão competente para julgar o recurso, será dele a competência para julgar o juízo de admissibilidade. Note-se que o §3º não usou da linguagem do art. 97, onde a referencia ao órgão especial leva à conclusão de que a declaração de inconstitucionalidade dependerá do voto da maioria dos membros da Corte, se nela não houver órgão especial" (BERMUDES, Sérgio. A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional Nº 45. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 57)

A nova lei prevê no art. 543-A que:

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Ao nosso ver, não há realmente como a lei estabelecer o exato limite do conceito, pois isso prejudicaria a sua serventia.¹²⁸ Como já declaravam Marinoni e Arenhart os reais contornos dessa lei vindoura, haveria de ser dado pela interpretação que o Supremo imprimir ao texto, frente ao gradual surgimento dos casos concretos.¹²⁹ Assim como, na aplicação do direito comparado.

Por outro lado, antes mesmo da edição do novo diploma, alguns doutrinadores, já tentavam conduzir a interpretação da expressão.

Acreditamos que faltou na lei, uma determinação mais precisa de hipóteses afirmativas da configuração do instituto, como forma de exemplificação, até para criar parâmetros de como devem ser tratados os casos, a fim de evitar uma absoluta discricionariedade do Supremo. Dessa forma, seriam traçados parâmetros para a Corte, embora a norma se mantivesse aberta, para que ela pudesse razoavelmente analisar outras questões subjetivas que mereçam um pronunciamento, devido à relevância que tem para a sociedade.

No entendimento dos ilustres mestres Teresa Wambier, Luiz Wambier e José Miguel Garcia Medina, para que seja configurada a repercussão geral, deve-se organizar da seguinte forma:

¹²⁸ Ensina-nos o grande mestre Barbosa Moreira: "nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in *Temas de direito processual*, 2ª série. São Paulo, Saraiva: 1988. p. 64.)

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 58.

Ocorrerá a repercussão geral jurídica, que é a definição primordial do nosso direito, em casos em que “aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente”. Já a repercussão geral política, quando “de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais”. Teremos a repercussão geral social: quando a lide versasse sobre problemas relacionados “à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações”. Por fim, a repercussão geral econômica, “quando se discutisse, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais.”¹³⁰

Tão logo surgiu a idéia de se introduzir a repercussão geral em nosso ordenamento, inúmeros doutrinadores se posicionaram afim defender ou se opor ao instituto. Para alguns, como o professor Cássio Scarpinella Bueno¹³¹, em uma entrevista concedida à Carta Forense sobre os Efeitos da Reforma do Judiciário no Processo Civil, na Edição - 9/2005, declarou:

“Trata-se, quero crer, de iniciativa inafastável para legitimar o uso deste verdadeiro filtro no julgamento do recurso extraordinário. De qualquer sorte, é importante que não tratemos o instituto da “repercussão geral” como se ele fosse algo pernicioso para o jurisdicionado, como se ele tivesse sido estabelecido para que ninguém mais tenha acesso ao Supremo Tribunal Federal por intermédio dos recursos extraordinários. Trata-se de instituto que terá condições de acentuar, com precisão e objetividade, as condições concretas em que se faz imprescindível a manifestação

¹³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005.

¹³¹ Os professores Ives Gandra da Silva Martins e Arnold Wald também se posicionam a favor, dizendo que: “Um outro aspecto positivo consiste em permitir aos tribunais superiores conhecer, ou não, dos recursos de acordo com a sua relevância social, política ou econômica, em vez de serem obrigados a decidir todas as questões, mesmo quando, na realidade, não têm nenhuma importância. No regime federativo, os tribunais superiores não se destinam a corrigir todas as eventuais falhas dos tribunais estaduais ou regionais, cabendo-lhes a função de salvaguardar a aplicação do Texto Constitucional, uniformizar a jurisprudência e intervir nos casos de decisões aberrantes ou iníquas. Não se justiça, pois, que pequenas diferenças de despesas de condomínio ou conflitos de vizinhança residencial venham a ocupar o tempo dos nossos magistrados do mais alto nível. Não se trata de criar um poder discricionário e muito menos arbitrário, mas de garantir a rapidez e coerência no conhecimento e na análise dos recursos. É um verdadeiro imperativo a fim de que os Tribunais Superiores tenham o tempo suficiente para examinar em profundidade e com a velocidade necessária as grandes questões jurídicas”. (WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. “A reforma judiciária e o STJ”. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 10 abr. 2002, p. A3)

daquele Tribunal e os casos em que os Tribunais de segundo grau de jurisdição, mesmo em questões constitucionais, mostram-se bastantes. Isto é, em minha opinião, fundamental para o fortalecimento das instituições judiciárias brasileiras e para uma maior racionalização de suas tarefas. Mas para que cheguemos neste patamar, é fundamental que se observe a necessária participação direta da comunidade jurídica na definição do que é e do que não é repercussão geral.”¹³²

Já o presidente nacional da OAB, Roberto Busato, posiciona-se contra a idéia e diz:

"A OAB se posiciona contra o retorno, ainda que dissimulado sob novas denominações, do fracassado instituto da argüição de relevância que, na prática, gerou a inexistência da própria prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal", disse ele. "Trata-se da solução de matar o doente, ao invés de acabar com a doença. Em 1977, foi editado o chamado "Pacote de Abril", e no bojo da reformulação constitucional, foi criado esse instituto que, com o tempo, se mostrou ineficiente e centralizador".¹³³

Segundo ele, é um instrumento antidemocrático, pois o instituto carrega semelhanças com a Argüição de Relevância, que foi, muitos anos utilizada em nosso ordenamento jurídico pelo Supremo, mas não foi consagrada, por ter sido considerado muito restritiva. E continua afirmando que a argüição impediu que os jurisdicionados conseguissem ter seus recursos apreciados pela Corte Máxima.

A nosso ver, a Constituição de 1988 buscou uma ordem institucional e federativa distinta da anterior. Em seu parágrafo primeiro, já deixa claro a sua idéia matriz de que o poder é proveniente do povo, voltando-se, portanto, principalmente, para a legitimação da democracia. Assim, busca assegurar as garantias individuais, coletivas e sociais, como também, os princípios fundamentais, tornando-os efetivos.

A fim de se preservar essa Constituição, que consagra princípios tão fundamentais ao nosso cotidiano, previu-se a exclusiva jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, acrescentando-a da análise da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da

¹³² Entrevista presente no site:

<http://www.cartaforense.com.br/v1/index.php?id=entrevistas&identrevista=13>. Acesso em 13.11.2006

¹³³ Declaração dada no site da OAB em <http://www.oab-ba.com.br/noticias/conselho-federal/2006/06/busato-repercussao-geral-dificulta-acesso-povo-justica.asp>. Acesso 13.11.2006

arguição de descumprimento de preceito fundamental e, em 17 de março de 1993, através da Emenda Constitucional nº 3, da ação declaratória de constitucionalidade. Por esses meios visa-se a fiscalização da constitucionalidade, para que a nossa Carta Maior não perca sua razão de ser e continue sendo a linha mestra do nosso sistema jurídico.

Em razão desse entendimento, surge a repercussão geral como mais um requisito específico, para a admissibilidade dos recursos em nossa Corte Constitucional, visto que ela se destina à tutela do direito objetivo. Por isso, deverá o recorrente demonstrar a relevância da matéria aduzida por ele, que não poderá ser negada, sem que haja decisão devidamente fundamentada e vinculada, para que seja afastada a discricionariedade.

Por fim, quem sabe, após começar a ser aplicado o instituto em exame, o Supremo Tribunal Federal adote uma posição menos defensiva e rigorosa, frente a outros requisitos formais de cabimento do recurso extraordinário, tal qual o prequestionamento. Pois, apesar de ser natural que sejam feitas algumas exigências, em razão, inclusive, do objetivo próprio desse instrumento, esperamos que as partes não se sintam surpreendidas com determinados entendimentos ou exigências imprevisíveis. Sendo assim, como o Tribunal poderá selecionar apreciar ou não uma questão, de acordo com o novo critério, torcemos para que ele opte exclusivamente por priorizar a admissibilidade, focando na verdadeira relevância das questões de mérito.

9.4. Recurso Extraordinário, Questões de Fato e de Direito

Quando tratamos dos recursos extremos para as Cortes Máximas do país, é necessário se abordar, nesses instrumentos, o veto ao reexame das questões de fato.

Os recursos especial e extraordinário voltam-se, exclusivamente, a revisar a causa em aspectos restritos, que incidem num novo exame da decisão afrontosa da lei federal ou da Constituição do nosso país.

Nesse aspecto duas súmulas, em especial, tratam dessa tendência em relação às provas, ou ainda, sobre as questões de fato que norteiam o julgamento do processo.¹³⁴

Como já mencionamos anteriormente, ainda que o Supremo Tribunal Federal seja um órgão do Poder Judiciário, sua função diz respeito ao seu comprometimento de manter a interpretação Constitucional uniforme.¹³⁵ Por isso, de acordo com o artigo 102, seu objetivo é impedir que as decisões dos tribunais ordinários contrariem algum dispositivo da Constituição; ou declarem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; como também, impedir que esses tribunais julguem válida uma lei ou ato de governo local, contestados em face da Constituição Federal; e, por fim, julguem válida lei local contestada em face de lei federal. Portanto, qualquer que seja o litígio, ele deve se guiar pelos preceitos constitucionais, a fim resolvê-lo.

Nesse mesmo sentido, temos a súmula 286 que impede o RE de divergência surgida no âmbito do Supremo, dizendo:

“Súmula 286: Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do Plenário do Supremo tribunal federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

¹³⁴ STJ, Súmula 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 1º, 6º E 8º. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DO VERBETE Nº 7 DA SÚMULA DO STJ. 1. A aferição da existência de direito líquido e certo demanda indispensável a reapreciação do conjunto probatório existente no processo, o que é vedado em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula n.º 07/STJ: “A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.” 2. Agravo regimental improvido. (STJ. Quarta Turma. AgRg no Ag 714316/RS Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Publicação: DJU 13.11.2006 p. 267. Julgamento: 17/10/2006)

STF, Súmula 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” EMENTA: 1. Servidor público: irredutibilidade de vencimentos. Dada a garantia de irredutibilidade, da alteração do regime legal de cálculo ou reajuste de vencimentos ou vantagens funcionais jamais poderá ocorrer a diminuição do quanto já percebido conforme o regime anterior, não obstante a ausência de direito adquirido à sua preservação: precedentes. 2. Recurso extraordinário: descabimento: é da jurisprudência do Supremo Tribunal que, no recurso extraordinário, é vedado o reexame dos fatos da causa, que devem ser considerados “na versão do acórdão recorrido” (Súmula 279). (STF. Primeira Turma. RE-AgR 343005 / CE – CEARÁ. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. Publicação: DJ 10.11.2006 p. 53. Julgamento: 17.10.2006)

¹³⁵ Flávio Cheim pontua: “O direito, por sua vez, diante dessa inescandível circunstância, procura criar meios para reprimi-la, face à necessidade de se conferir um só entendimento a respeito de um mesmo texto legal e alcançar, com isto, o fim último do direito: a segurança jurídica”. (JORGE, Flávio Cheim. Recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: RT, 2001. p.377.)

Há no direito uma discussão a respeito do conceito de questão de direito e questão de fato. Esse problema não é somente teórico. Trata-se de uma questão das mais complexas – senão impossível – distinguir questão de fato de questão de direito, pois não existe questão só de fato ou unicamente de direito. Na verdade, a questão será predominantemente de fato ou de direito. É um aspecto que, na verdade, muitas vezes, impede o acesso às instâncias superiores, pois essa distinção é utilizada, como fundamento para a não admissão do recurso extraordinário. Isso leva ao não conhecimento, pela Corte Augusta, da questão de fundo ventilada no caso posto. Entretanto, para a maioria dos autores, não há possibilidade de se distinguir absolutamente uma da outra.

A professora Teresa Wambier nos ensina que:

“No plano ontológico, devem-se admitir (tanto quanto no plano técnico-processual) graus de predominância do aspecto jurídico da questão. Ter-se-á, por exemplo, uma questão quase que exclusivamente jurídica, se o foco de atenção do raciocínio do juiz estiver situado em como deve ser entendido o texto normativo, já que estariam “resolvidos” os aspectos fáticos (= que fatos ocorreram e como ocorreram) e o mecanismo de subsunção. Estas primeiras etapas do raciocínio do aplicador da lei terão sido superadas e, agora, sua atenção se centra na exata compreensão do mandamento legal.”¹³⁶

Encontra-se, no direito, uma grande dificuldade caracterizar fatos que sejam juridicamente puros, isso porque, o que normalmente ocorre, é uma qualificação desses fatos, de acordo com as normas que regem o ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, afirma a autora que devem admitidos graus de predominância dos aspectos jurídicos da questão.¹³⁷

¹³⁶ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 156.

¹³⁷ De acordo com a doutrina da eminente professora Teresa Arruda Alvim Wambier é correto afirmar que tanto no plano ontológico, quanto no plano técnico processual deve-se admitir graus de predominância de questões fáticas sobre as jurídicas e vice-versa. O aspecto predominantemente de direito, existirá quando o foco de atenção do julgador estiver situado no texto normativo, ficando em segundo plano a questão fática. Na medida em que este foco de atenção se dirige, gradualmente, aos acontecimentos fáticos em que se

A questão de fato diz respeito à ocorrência de determinado evento, que é trazido ao processo, através das partes, como meio de prova, para demonstrar sua incontestável configuração histórica em determinado espaço e tempo. Devido a isso, a prova tem o objetivo de reconstituição do fato.

Já a questão de direito ocorre quando os magistrados tentam, através das normas jurídicas, qualificar o evento ocorrido, dando o entendimento, que acreditam ser o mais cabível para resolver o fato ou fatos ensejadores do litígio. É, neste momento que há a subsunção, ou seja, o encaixe da norma no fato.

No nosso Direito, assume-se que a questão de fato deve ser elemento de exame dos Tribunais Ordinários.

Entretanto, se o defeito da decisão provém do erro do Tribunal ao selecionar a norma correta aplicável para a qualificação do fato ocorrido, estamos diante de uma afronta à lei, que pode ser federal ou até mesmo, componente da nossa Carta Política.

Sobre esse assunto, a professora Teresa Arruda Alvim Wambier, aduz magistralmente:

“Não se nega que o encaixe dos fatos sob a norma seja, em si mesmo, matéria essencialmente jurídica e que, se este processo de qualificação se dá de modo equivocado, tudo que se lhe segue equivocado será. Em outros termos, se a função do recurso especial e do recurso extraordinário é fundamentalmente a de flagrar e a de corrigir, respectivamente, ilegalidades e inconstitucionalidades, todos os casos em que os fatos foram qualificados erradamente, tendo-se-lhes aplicado norma diferente daquela

baseia o processo estaremos diante de uma questão predominantemente de fato. Quando o foco de atenção do julgador está exatamente no momento de incidência da norma sobre o fato, a controvérsia fica ainda mais complexa. Isso porque, nesta hipótese se levado em consideração o critério ontológico, estar-se-á diante de uma questão de direito, ao passo que se considerado o critério técnico processual (este sim útil para a solução acerca da possibilidade de reexame em sede de recursos excepcionais), estar-se-á, de rigor, diante de uma questão fática. (Wambier, Teresa Arruda Alvim. Controle das Decisões Judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória, pág. 158/159.)

que, na verdade, deveria ser aplicada, deveriam ser reavaliados pelos tribunais superiores no bojo desses recursos.”¹³⁸

Devido a esse grande dilema que temos de se classificar as questões como jurídicas ou fáticas, muitos recursos são interpostos, a fim de que os Tribunais Superiores decidam do que realmente se trata. Isso leva gera para o operador do direito uma grande insegurança, pois como não há uma linha de raciocínio pacificamente formada a esse respeito, ele fica a mercê das decisões dessas Cortes que, caso entendam que seja questão de direito, reexaminarão a decisão. Caso contrário, não o farão.

Por fim, acreditamos serem o STJ e o STF responsáveis por ditar os contornos a serem seguidos por todos os outros órgãos do país, especialmente, em casos que se apresentam novos em nosso sistema. Em decorrência disso, é necessário haver o sopesamento entre a relevância do assunto em voga e o apego ao formalismo exacerbado processual. Se o assunto sobrepuja o interesse das partes, atingindo toda a nação, vale minorar esse apego, a fim de que se cumpram os objetivos fulcrais desses recursos que são: a uniformização do direito e da jurisprudência, assim como assegurar a supremacia da ordem pública nacional.

9.5. Artigo 102, III, alínea a: contrariedade a dispositivo da Constituição.

O artigo 102, inciso III, alínea “a” trata dos recursos extraordinários ajuizados contra decisões que contrariam a Constituição.

Essa contrariedade se configura quando o acórdão recorrido interpreta um princípio ou norma constitucional de maneira divergente deixando de aplicá-la ou aplicando-a de forma errônea, chocando com o seu real sentido, ou seja, ocorre uma interpretação equivocada por parte do órgão prolator da decisão, a respeito do conteúdo ou significado do disposto na legislação, levando a choque com os preceitos constitucionais.

A maior parte da doutrina entende que, no juízo de admissibilidade referente ao cabimento do recurso extraordinário pela alínea “a”, inciso III, do art. 102, deverá ser observado apenas uma possibilidade de violação ao texto Constitucional, visto que,

¹³⁸ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 162.

quem, de fato, analisará o mérito da divergência, julgando se, de fato, há ofensa à Constituição, dando plena solução à questão, será o STF (órgão investido de competência para isso). Portanto, cabe ao tribunal “a quo” verificar apenas se há possibilidade de violação.

Todavia, apesar desse entendimento, que nos afigura ser o mais correto, é comum os Tribunais Superiores, confundirem os juízos de admissibilidade e de mérito, ao declararem não conhecer o recurso tendo em vista não haver violação ao dispositivo legal ou constitucional questionado.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir o conhecimento e não provimento do recurso extraordinário, modificando jurisprudência antiga nesse sentido.¹³⁹

Vale ressaltar que, negar conhecimento se correlaciona com a inadmissibilidade do recurso. Por outro lado, verificar se ocorreu ofensa à norma constitucional diz respeito ao mérito do recurso.

Barbosa Moreira, em seu espetacular artigo sobre o tema, nos ensina:

“Conforme ressaí do disposto nos arts. 560 e 561 do Código de Processo Civil, no julgamento de qualquer recurso há de observar-se a ordem lógica: o juízo de admissibilidade, preliminar ao de mérito, deve por força precedê-lo; (...) Quer isso dizer que somente se (e depois que) o tribunal resolve conhecer do recurso é que pode passar a averiguar se o recorrente tem ou não razão na crítica feita à decisão recorrida, ou seja, se o recurso é fundado ou infundado (para dar-lhe ou negar-lhe provimento, respectivamente). Caso o tribunal entenda que não deve conhecer do recurso, sua atividade cognitiva esgota-se na correspondente declaração. Não se concebe que em tal

¹³⁹ Segundo Wagner Amorim Madoz ainda é uma posição minoritária, mas o Plenário do STF, a partir do julgamento de uma série de recursos especiais (n. 298.694/SP, 298.695, 300002), de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, tem mudado seu entendimento, inclusive, fazendo expressa alusão a doutrina consagrada por Barbosa Moreira. (Madoz, Wagner Amorim. Recurso Extraordinário pela alínea A. *in* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis. Série 9. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 630).

acórdão figure pronunciamento algum referente à substância da impugnação – ou, noutras palavras, ao acerto (ou desacerto) da decisão recorrida.”¹⁴⁰

Concordamos com o grande mestre Barbosa Moreira. Sendo assim, para se separar o juízo de admissibilidade do juízo de mérito nos recursos de fundamentação vinculada, atribui-se, à atividade cognitiva do magistrado graus de profundidade distintos.

Por isso, havendo a análise da ocorrência de violação aos princípios ou normas constitucionais argüida pela parte, ter-se-á um exame do mérito do recurso excepcional. O juízo positivo de admissibilidade deve se restringir à alegação de ofensa à nossa Carta Política.

Em outras palavras, para a admissibilidade do recurso, deve o recorrente demonstrar apenas uma verossímil alegação de violação e, numa cognição sumária, o Tribunal verificar o cabimento dessa alegação. Admitindo o recurso, numa cognição exauriente, decide-se se houve (ou não) a ofensa à Constituição.

Acreditamos que, por se tratar de decisão que surge do Plenário do STF, haverá uma maior atenção e rigor para se separar os juízos de admissibilidade e o de mérito, ruindo o antigo entendimento.

Há, em nosso sistema, devido ao excesso de formalismo¹⁴¹ criado para a admissibilidade do recurso extraordinário, divergência jurisprudencial acerca da espécie de afronta que possibilita o seu conhecimento.

¹⁴⁰ Barbosa Moreira, José Carlos. Que Significa “Não Conhecer” de um Recurso?. Revista Forense – Vol. 333, pág. 83. Doutrina.

¹⁴¹ Nesse sentido a Súmula 400 do STF, redigida na vigência da Constituição de 1967 e hoje não mais aplicada (visto que o objetivo dos precípuos dos Tribunais superiores é dar uniformidade à aplicação das normas jurídicas), dispunha não caber recurso extraordinário contra decisão que deu interpretação razoável, a lei ainda que não seja a melhor. Esse enunciado tinha o objetivo de restringir o número de recursos a serem julgados pelo STF. Rodolfo de Camargo Mancuso declara que ela uma inegável tentativa de redução do número importante de recursos extraordinários que chegam ao STF, visto que como a lei exigia a contrariedade a literal disposição de lei, uma interpretação razoável, é certamente, menos que isso e, portanto, não é argumento suficiente a embasar o cabimento do Recurso Extraordinário, de acordo com a

Para alguns, e esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, somente a ofensa direta enseja o cabimento desse recurso. Para outros, ainda que indireta a violação, deve ser analisado o mérito da questão.

Temos ofensa indireta ou reflexa da Constituição quando é necessária a prévia interpretação da norma infraconstitucional pela decisão impugnada, para depois perquirir se houve ofensa à Carta Maior.

Acontece que, quando o acórdão do tribunal *a quo* é impugnado por ofender, de acordo com o entender da parte recorrente, não só a lei federal, mas também a Constituição, é cabível, simultaneamente, ambos os recursos excepcionais. Todavia, há o encaminhamento do processo ao STJ, a fim de, primeiramente, seja julgado o Resp.¹⁴²

Em seguida, após o julgamento do recurso especial, os autos devem ser encaminhados para o STF, caso não esteja prejudicado o recurso extraordinário.

Entretanto, se o relator reconhecer que a questão constitucional é prejudicial ao julgamento do recurso especial, sobrestará o julgamento do Resp e remeterá o processo ao STF.¹⁴³

Recebendo os autos, o relator do recurso extraordinário poderá concordar com a prejudicialidade e julgá-lo, ou discordar e devolver, por despacho irrecorrível, o processo ao STJ para julgamento do recurso especial.¹⁴⁴

Constituição revogada. (Mancuso, Rodolfo Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 123.)

¹⁴² **Art. 543** - Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça:

§ 1º - Concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado.

¹⁴³ Art. 543 – (...)

§ 2º - Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.

¹⁴⁴ Art. 543 – (..)

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, se o relator do recurso extraordinário, em decisão irrecorrível, não o considerar prejudicial, devolverá os autos ao Supremo Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial

Normalmente, ocorre o julgamento do recurso especial antes do recurso extraordinário, porque pode não remanescer o interesse recursal, se, por exemplo, o especial foi provido, com a solução da causa em favor do recorrente.

Neste sentido, a ofensa indireta ocorre quando a decisão do Tribunal ofende não apenas a Constituição, mas também, a lei federal e, por isso, deve ser, primeiro, interposto e julgado o recurso especial, para depois, se necessário – subsistência do interesse de recorrer - haver a impugnação por recurso extraordinário.

Esse é a tese defendida pelo STF, que se pode confirmar no acórdão abaixo:

“1. RECURSO Extraordinário. Inadmissibilidade. Exaurimento. Instâncias ordinárias. Súmula 281. Decisão agravada. Reconsideração. Provado o exaurimento das instâncias ordinárias, deve ser apreciado o recurso. 2. RECURSO Extraordinário. Inadmissibilidade. Ato administrativo. Ilegalidade na outorga de permissão. Autotutela. Desconstituição ex officio. Ofensa indireta à Constituição. Agravo regimental não provido. É pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República..”¹⁴⁵

Indo na contramão desse entendimento reiterado do STF, temos esse acórdão do STJ:

“Processual civil. Ação rescisória. Recurso especial. Alegação de violação do art. 6. da LICC: Inadmissibilidade, tendo em vista o cunho constitucional da matéria. Reiteração da questão federal objeto do processo originário: impossibilidade. Precedentes do STJ. Recurso não conhecido.

¹⁴⁵ STF. Segunda Turma. AI-AgR 582832 / RJ. Min. Rel. Cezar Peluso. Julgamento: 15.08.2006 Publicação: 08.09.2006 pag. 47

I - se a matéria tratada na legislação federal e também de natureza Constitucional, o recurso próprio para alegar contrariedade à regra inserta em ambos os dispositivos (infraconstitucional e constitucional) e o extraordinário, e não o especial.

II - a alegação de desrespeito a direito adquirido e a ato jurídico perfeito deve ser formulada em recurso extraordinário, pois o inciso XXXVI do art. 5. da CF/88 reproduziu o disposto no art. 6. da LICC, o que revela a natureza constitucional da questão. Do contrario, ou seja, se o STJ emitisse juízo sobre as supostas violações do art. 6. da LICC, esta corte se tornaria apenas mais um degrau rumo ao STF, deixando de ser uma instancia excepcional, pois os acórdãos proferidos pelo STJ seriam constantemente impugnados através de recurso extraordinário.

III - não é possível rediscutir a questão federal originária em recurso especial interposto contra acórdão proferido em ação rescisória. Se assim fosse, estar-se-ia oportunizando ao inconformado ver apreciada a questão federal que foi ou poderia ter sido objeto de recurso especial contra o acórdão proferido na ação originária. Tratando-se de ação rescisória, o recurso especial só pode versar sobre a ofensa direta - e não indireta, ou seja, que depende da interpretação do preceito legal tido por literalmente violado - ou a divergência jurisprudencial acerca da interpretação dos dispositivos que regulam o instituto da rescisória, bem como o processamento e o julgamento da ação.

IV - precedentes do STJ: REsp num. 29.999/RS, REsp num. 36.628/GO REsp num. 39.669/SP e Ag. num. 1555.555/RJ - AgRg.

V - recurso especial não conhecido.”¹⁴⁶

Observa-se desses acórdãos que, enquanto o STF exige que haja ofensa direta, pela decisão recorrida, à norma constitucional, não podendo essa vulneração verificar-se, por via oblíqua, ou em decorrência de violação a norma infraconstitucional, o STJ vai de encontro a esse entendimento alegando que, se o dispositivo de lei federal, encontrar-se previsto também na Carta Federal, a competência para solução do caso é da Corte Máxima do País.

¹⁴⁶ STJ. Segunda Turma, REsp 7526 / SP. Rel. Min. Adhemar Maciel. Julgamento: 19.02.1998 DJ: 06.04.1998 p. 70

A respeito desse tema, a professora Teresa Arruda Alvim Wambier pontua:

“...a doutrina está hoje de acordo no sentido de que existe marcante tendência a que os valores encampados pelas sociedades contemporâneas devam passar cada vez mais a integrar os textos das Constituições, sob forma de princípios. Ironicamente, todavia, se a lei ordinária passa a encampar o mesmo princípio, “colorindo-o” conforme as circunstâncias (pensa-se, no exemplo do princípio da ampla defesa – Constituição Federal – e do princípio do contraditório, na sua dimensão processual civil), deixa de ser da alçada do Supremo Tribunal Federal corrigir a decisão que o desrespeite!”¹⁴⁷

Pensamos como a autora, pois, o compêndio dos valores mais importantes da ordem jurídica estão abrangidos pelos princípios constitucionais. Portanto, não há lei ou ato jurídico que subsista, quando em afronta a essas linhas mestras formadoras da Carta Maior, que dão os contornos de todo o sistema jurídico.

Entretanto, algumas normas necessitam ser repetidas em leis inferiores, devido à especialidade que dela deflui. Por isso, não deve ser de competência da Corte que serve para guarda da Constituição e exerce o controle de constitucionalidade de leis e atos infraconstitucionais em sede de controle concreto de constitucionalidade, via recurso extraordinário e de forma abstrata, via ações diretas de constitucionalidade (Adin, ADC, ADPF), julgar esses casos específicos, que devem, a nosso ver, ficar a cargo dos Tribunais mais voltados à especialidade da matéria.

Apesar desse posicionamento, não podemos nos omitir de considerar a proibição consubstanciada no art. 105, III, da CF.¹⁴⁸

Isso difere os casos de cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário, visto que o primeiro só cabe contra decisão de Tribunais, mas o segundo cabe contra

¹⁴⁷ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 171.

¹⁴⁸ Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

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

qualquer decisão de única ou última instância, o que leva ao STF admitir o cabimento do recurso excepcional em matéria dos juizados especiais.

Por esse aspecto, acreditamos ser necessária uma flexibilização na exigência de afronta direta à Constituição para a admissibilidade do recurso extraordinário. Afinal, como a própria Carta Maior exige que as decisões para serem reexaminadas pelo STJ precisam provir de Tribunais, julgamentos derivados, por exemplo, dos juizados especiais não poderão passar pelo crivo dele. Nestes casos, não pode o STF se eximir de julgar uma questão que afronte princípios constitucionais, visto que o único recurso excepcional cabível para a re-análise do direito objetivo é o extraordinário. Afinal, isso geraria uma instabilidade do ordenamento jurídico, visto que normas de máxima relevância para o seu funcionamento, deixariam de estar asseguradas, porque as maiores Cortes do país se esquivam de preservá-las (cada qual com os seus argumentos diferenciados e controversos, como vimos nos acórdãos acima).

Sendo assim, entendemos que em casos como esses, deve o STF reapreciar a questão, abrindo uma brecha na sua rígida interpretação de necessidade de violação direta para o cabimento do recurso constitucional.

9.6. Artigo 102, III, alínea b: Decisão que declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Essa segunda hipótese de cabimento do recurso extraordinário se refere a duas possibilidades: incompatibilidade entre a lei federal e a Constituição ou do tratado e da Constituição. Neste caso, o Supremo deve se pronunciar, a fim de declarar a inconstitucionalidade da norma que viola a Carta Maior, devendo, em seguida, requerer que o Senado Federal reaja, a fim de retirar a norma do sistema jurídico; ou, no segundo caso, um juízo do Tribunal a quo, que decide não aplicar a lei ou tratado que vão ao encontro da Lei Máxima, gerando a inconstitucionalidade da decisão, devendo ela ser reformada pelo Supremo.

Em decorrência desse dispositivo, ressalta o questionamento sobre a diferença entre tratados e leis federais.

Os tratados de direitos humanos, após a EC 45¹⁴⁹, foram incorporados ao ordenamento jurídico como normas constitucionais. Já os outros tratados não comungam do tratamento diferenciado dado aos de proteção dos direitos humanos não sendo alcançados pela previsão do parágrafo 2º do artigo 5º. Conforme o artigo 102, III, "b", da Carta Magna, os tratados comuns têm hierarquia infraconstitucional.¹⁵⁰

A professora Flávia Piovesan aduz:

"Enfatize-se que, se à luz da Carta de 1988, os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, "b", do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm hierarquia de norma constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns".¹⁵¹

Acreditamos, portanto que, apesar de não haver diferença hierárquica entre o tratado e lei federal, levando a um tratamento equânime entre eles, no que diz respeito ao cabimento do recurso extraordinário, há um procedimento especial para que os tratados sejam incorporados ao ordenamento jurídico. Essa distinção poderia gerar grandes discussões a respeito do cabimento do recurso extremo, levando ao indeferimento de recursos pelo STF, visto que era possível haver dúvidas a respeito do seu cabimento. Sendo assim, o legislador constitucional resolveu incorporar ao texto a palavra tratado, a fim de não haver maiores problemas a respeito da matéria.

¹⁴⁹ De acordo com a EC 45 de 08 de dezembro de 2004 os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, caso aprovados em cada casa do congresso nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁵⁰ O Supremo Tribunal Federal defende a idéia de que, em havendo conflito entre leis ordinárias internas e tratadas internacionais, haverá uma prevalência cronológica da lei posterior sobre a anterior; ou, ainda, a lei especial terá preponderância sobre a geral, naquilo em que for incompatível. Então, para a Suprema Corte, um tratado internacional poderá ser revogado por lei ordinária, sem necessariamente ser denunciado perante os outros Estados Soberanos. Essa matéria foi discutida pelo Pleno do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977.

¹⁵¹ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: Associação Juízes para a Democracia – publicação especial em comemoração aos 10 anos de fundação. Direitos Humanos – Visões Contemporâneas. São Paulo, 2001, pp. 44.

Além do mais, como a uniformidade da Constituição se sobrepõe aos tratados, cabe o Supremo zelar por sua preservação, podendo declarar, inclusive, a inconstitucionalidade de uma dessas normas.

É o posicionamento tomado na Ação Direta de Inconstitucionalidade:

“A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política”.¹⁵²

9.7. Artigo 102, III, alínea “c” e “d”: Decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; Decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A Emenda Constitucional 45, trouxe ao art. 102 uma inovação. Introduziu a alínea “d” ao inciso III.

Dessa forma, aumentou a competência do STF, estabelecendo não apenas o cabimento de recurso extraordinário, frente à decisão que lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal, mas também, agora, abarcando a possibilidade de impugnação nos casos de julgamento que valida lei local contestada em face de lei federal. Dessa forma, ressalta-se que a competência permanece do STJ, quando a contrariedade for de ato local em face de lei federal.

Iremos estudar em conjunto essas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário por se referirem a afronta constitucional ou federal, mas ambas por lei ou ato locais.

Parece-nos que governo local refere-se a uma autoridade do poder público estadual ou municipal, pertencente ao Legislativo, Executivo ou Judiciário, ou seja, abrange os atos praticados por agentes públicos que detém certa parcela de poder.

¹⁵² STF, ADIn 1.480-3 Rel. Min. Celso de Mello. DJU 2.9.96, p. 25.794

Entretanto, no que se refere ao poder Judiciário, não são englobados os atos praticados no exercício da função unicamente jurisdicional, visto que, a impugnação desses atos é feita mediante recurso para o órgão competente, a fim de re-analisar a causa. Somente após o esgotamento das instâncias recursais é que se pode abrir a possibilidade de, em determinados casos, recorrer-se para o STF.

Nesse sentido se expressa José Cretella Jr.:

“A expressão governo local tem sentido estrito, parecendo à primeira vista, referir-se a Governante, a Chefe do Poder Executivo, quando, na verdade, o espírito do legislador constituinte pretende referir-se ao poder público local, podendo ser ato editado por autoridade de qualquer dos três Poderes, ou de qualquer órgão que tenha ação nas áreas governamentais.”¹⁵³

O recurso é cabível face à decisão que qualifica como válida a lei ou o ato de governo local contestado frente à Carta Magna ou, ainda, a lei local que vai de encontro à lei federal.

Por outro lado, se a legislação municipal violar apenas norma que compõe a Constituição do Estado, o órgão competente para reavaliar a decisão dos juízos de primeiro grau será o Tribunal de Justiça do Estado.¹⁵⁴

9.8. Recurso Extraordinário e Análise de Prova

No direito processual, temos o princípio da imediatidade ou da identidade física do juiz, ou seja, aquele que colhe as provas produzidas no processo é o mesmo que prolata a sua sentença.

Sem dúvidas, os juízes de primeiro grau são os que têm maior discernimento para falar dos fatos alegados no processo, visto que têm acesso integral, a todas as provas necessárias à formação da sua convicção. Eles têm amplos poderes para pedir, inclusive,

¹⁵³ Cretella Júnior, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Ed. Forense Universitária. Rio de Janeiro. 2ª ed. v. 6, p. 3105.

¹⁵⁴ Súmula 280 do STF: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

a produção de provas, a fim de complementar o quadro necessário para que forme o seu convencimento.¹⁵⁵

Ressalte-se que não gera qualquer comprometimento à imparcialidade do juiz a posse desses poderes instrutórios, pois através deles, deve o magistrado imprimir a busca da verdade real, não ocorrendo qualquer afronta ao Princípio Dispositivo das partes.

Já os Tribunais, embora, não se beneficiem pelo princípio supramencionado, têm a chance de re-analisar a matéria no âmbito vertical (rever a profundidade das questões discutidas), no âmbito horizontal (a abrangência delas) e inclusive, examinar aspectos que transpõem os pontos refutados pelo recorrente.¹⁵⁶

Portanto, reexaminam as provas já produzidas e, no âmbito da apelação, redecidem a matéria de fato que foi impugnada pelo recurso.

Em relação aos Tribunais Superiores, há uma grande discussão a respeito da possibilidade de reexame dos autos para o julgamento de mérito dos recursos excepcionais.

Primeiro porque, observamos que as Cortes Máximas buscam, cada vez mais, reduzir o numero de processos que chegam à sua apreciação, reduzindo o volume de recursos, objetivando, não a solução mais justa entre as partes, e sim, somente, a uniformização do direito pátrio.

¹⁵⁵ Art. 130 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹⁵⁶ Já vimos, quando tratamos dos efeitos dos recursos, que o efeito translativo pode ocorrer quando o ordenamento jurídico permite que o órgão julgador se posicione acerca de matéria que não foi trazida a discussão pelo recurso. Na verdade, o Tribunal tem o dever de fazê-lo de ofício. É o que ocorre, por exemplo, com as questões de ordem pública. Os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery declaram: “Mesmo que a sentença não tenha apreciado todas as questões suscitadas e discutidas pelas partes, interessados e MP no processo, o recurso de apelação transfere o exame destas questões ao tribunal. Não por força do efeito devolutivo, que exige comportamento ativo do recorrente (princípio dispositivo), mas em virtude do *efeito translativo* do recurso. Quando o juiz acolhe a preliminar de prescrição, argüida pelo réu na contestação, deixa de examinar as demais questões discutidas pelas partes. Havendo apelação, o exame destas outras questões não decididas pelo juiz fica transferido para o tribunal, que sobre elas pode pronunciar-se. (NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Nota 4 ao artigo 516)

Depois, autoriza-se os recursos excepcionais para a reavaliação da prova. Todavia, frente às sumulas 279 do STF e 7 do STJ, há uma grande discussão a respeito do significado da expressão reavaliação, o que gera grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Entende-se por reavaliação da prova a atividade dos órgãos julgadores que visam averiguar se foi correta a atribuição de um determinado valor/peso à prova produzida, ou seja, em se tratando de recurso extraordinário busca-se uma afronta entre a análise do meio de prova contido na decisão e a Constituição Federal.¹⁵⁷

Segundo o professor Marinoni,

“O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a *formação de nova convicção sobre os fatos*. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. (...) Note-se que o que se veda, mediante a proibição do reexame de provas, é a possibilidade de se analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar a sua convicção sobre os fatos. Assim, por exemplo, é proibido voltar a analisar as provas que convenceram o tribunal de origem sobre a presença de culpa.”¹⁵⁸

Dessa forma, entendem os Tribunais que, devem as matérias que relativas a provas, serem sanadas enquanto o processo tramita nas instâncias ordinárias. Para isso existe a fase instrutória do processo, ou seja, objetiva-se dirimir qualquer controvérsia a respeito dos fatos que envolvem a questão. No mais tardar, em restando algum ponto a ser rediscutido sobre esse aspecto, na tentativa de procurar a solução mais justa entre as partes, deve-se levar ao Tribunal de segunda instância para que reexamine no julgamento da apelação.

¹⁵⁷ Assevera José Afonso da Silva: “O exame da prova pode dar escapada ao recurso extraordinário, quando o juiz delira das diretrizes da lei quanto à eficácia, em tese de determinada prova. Porque, neste caso, a questão é mais simplesmente iuris..” (Silva, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo, ed. RT, 1963, p. 153, 1963

¹⁵⁸ Pesquisa ao site <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/26.pdf> , em 28 de novembro de 2006.

Portanto, ao final desse trajeto, preclui-se o prazo para sanar eventual injustiça a respeito de matérias fáticas.

Os Tribunais Superiores podem, apenas, reexaminar acuradamente os autos, objetivando a reavaliação¹⁵⁹ da prova, podendo até levar a uma re-qualificação fatos descritos na decisão recorrida.

O STF propugna esse entendimento:

"Empréstimo agrícola. Requisitos do artigo 47 do ADCT. Para se saber se o fato alegado é, ou não, verdadeiro, será preciso, sem dúvida, reexaminar a prova produzida pela instituição credora a que cabe o ônus dessa produção (art. 47, § 3º, II, do ADCT). E para isso não se presta o recurso extraordinário (Súmula n. 279). A valorização da prova consiste em se examinar o valor jurídico atribuído a uma prova (como, por exemplo, não se admitir prova que a lei admite), e não em se reexaminar a prova produzida para verificar se ela foi corretamente interpretada, hipótese essa que é de reexame de prova, para o qual não é cabível o recurso extraordinário (Súmula n. 279). Ademais, no atual sistema constitucional, em que o recurso extraordinário se adstringe ao exame da violação direta à Constituição, a análise de questão relativa, efetivamente, à valorização

¹⁵⁹ No AgRg no REsp 810316/SP, STJ, vemos o seguinte relatório do Ministro Hélio Guaglia Barbosa: "Em verdade, para a solução da polêmica existente, necessária nova valoração da prova constante dos autos, como permitido por esta Corte Superior de Justiça, em situações particulares, como se dá no caso em tela. A propósito, a fim de que não parem dúvidas sobre o tema, o d. Ministro Athos Gusmão Carneiro, em sua insuperável obra Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno, pondera: "Todavia, como está em voto lapidar do Min. Franciulli Netto (2ª Turma do STJ, Resp n. 171.219, ac. 12.03.2002, RSTJ - 159/230), existem hipóteses em que a seleção da situação de fato atinge uma tal profundidade que, ao final, de sua análise, também já se realizou a apreciação jurídica. E refere o magistério de Barbosa Moreira: " quando se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito. Basta ver que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determinam o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la. Admitir a abrangência quando o fato não se encaixa na moldura conceptual é aplicar erroneamente a norma, como seria aplicá-la erroneamente não admitir a abrangência quando o fato se encaixasse na moldura conceptual. Em ambos os casos, viola-se a lei, tanto ao aplicá-la à hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quanto ao deixar de aplicá-la à hipótese nele contida. (Temas de Direito Processual - Segunda Série, Saraiva, 1980, p. 235)" (Carneiro, Athos Gusmão, Recurso especial, agravos e agravo interno, Rio de Janeiro, Forense, 2003, e. 3ª, p.28)." (STJ. AgRg no REsp 810316/SP. T6. Julgamento: 21.03.2006. DJ 20.11.2006 p. 367)

de prova não cabe no âmbito dele, por se tratar de matéria infraconstitucional. Agravo regimental a que se nega provimento.”¹⁶⁰

Por outro lado, há aqueles que entendem que a vedação de reexame de provas se limita ao juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários. Então, avançada essa fase, pode o tribunal ao re-julgar a causa rever os autos e reexaminar as provas produzidas.

Pensamos que esses Tribunais podem apenas re-valorar a prova. O reexame não fica sujeito ao juízo de admissibilidade.¹⁶¹ Sendo assim, eles devem observar se houve a correta aplicação da norma jurídica, dando o valor que esta determina, face ao caso concreto. Não podem reexaminar os autos do processo, devendo o julgamento se dar a partir dos aspectos fáticos abordados pelo acórdão. Havendo frustração nesse processo de subsunção, haverá violação aos arts. 131 e 333 do CPC, incorrendo-se o órgão julgador em *error in iudicando*, gerando a possibilidade de recurso para as Cortes Superiores.

Ariadne Maués Trindade discorre, com precisão, a respeito da matéria:

“Assim, a questão predominantemente de direito para o critério processual da transcendência¹⁶², consistente na verificação da contrariedade ao disposto nos artigos 131 do Código de Processo Civil e, igualmente, devemos incluir, ao art. 157 do Código de Processo Penal e diplomas assemelhados, dependerá da verificação indiscutível de que a decisão se encontra fora da margem de liberdade conferida ao juiz dos fatos para determinar a valoração da prova, tanto no que tange a normas de direito probatório, quanto ao que concerne à lógica da decisão e a valores incorporados pelo sistema.”¹⁶³

¹⁶⁰ STF, 1ª T., AGRAG n. 153.836/MA, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, de 16.12.94, p. 34.893

¹⁶¹ A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier argumenta: “... É EVIDENTE QUE AS DIRETRIZES NO SENTIDO DE OS TRIBUNAIS SUPERIORES NÃO PODEREM CONHECER DE PROVAS não DIZ RESPEITO SÓ AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. Pura e simplesmente porque esta é a regra geral para o juízo de admissibilidade de todo e qualquer recurso! Em caso algum se reexaminam PROVAS para verificar se o recurso é admissível! Logo, a orientação no sentido de não se reverem provas só pode dizer respeito ao juízo de mérito.” (Pág. 230)

¹⁶² Afirma a autora que: “A transcendência se constitui no caráter paradigmático exemplificador, que pode ter o resultado de uma questão. Dito de outro modo, uma questão que tenha caráter paradigmático é aquela que pode servir de exemplo para outros julgamentos.”

¹⁶³ Trindade, Ariadne Maués. Da Distinção entre Questão de Fato e Questão de Direito para Fins de Cabimento dos Recursos Extraordinário e Especial. Dissertação de Mestrado – PUC/SP. 2003, pág. 174.

Não se pode esquecer, que as Cortes responsáveis por guiar o ordenamento jurídico para a solução mais adequada de casos paradigmáticos, não podem se eximir de se pronunciar em momentos tão singulares como esses, simplesmente porque, para a decisão da lide, necessita-se de uma análise de fatos e provas. Portanto, em se tratando de um processo, que traga uma questão emblemática para o Direito brasileiro, acreditamos existir um dever desses Tribunais de apreciar in totum a questão, a fim de levar, aos outros órgãos jurisdicionais, uma lição sobre os contornos do nosso sistema jurídico.

Por fim, o STJ, com a sua visão mais progressista têm considerado ser possível a análise de provas em alguns casos peculiares, não só pela importância do assunto tratado, mas também em prol da economia processual, visto que, o indeferimento de tal exame, abriria ensejo ao cabimento de ação rescisória.

É justamente esse posicionamento que observamos na seguinte decisão:

“Processual Civil e Civil. Ação de investigação de paternidade. Laudo de exame de DNA que exclui a paternidade do recorrente. Exame concluído após a interposição do recurso especial. Resultado que deve ser considerado, a despeito de já encerrada a fase probatória. Busca da verdade real.

I. A jurisprudência desta Corte orientou-se no sentido de que o magistrado deve perseguir, especialmente nas ações que tenham por objeto direito indisponível, como nas ações de estado, o estabelecimento da verdade real.

II. Diante disso, deve ser considerado o laudo de exame de DNA que exclui a paternidade do recorrente, a despeito de ter sido produzido apenas após a interposição do recurso especial, quando já encerrada, portanto, a fase probatória.

III. De outro lado, demonstrou-se ter o requerente sido reconhecido pelo pai, o que gerou, inclusive, alteração nos seus registros de nascimento. Não há se falar, assim, em prejuízos para o menor.

IV. Processo julgado extinto (CPC, art. 267, VI), prejudicado o recurso especial.”¹⁶⁴

Interessante a transcrição de trecho do voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

¹⁶⁴ STJ. REsp 348007 / GO. Terceira Turma. Min. Rel. Antonio de Pádua Ribeiro. Jul: 19/05/2005. DJ: 01.08.2005 p. 437

“Ademais, já assentou a jurisprudência desta Corte que o laudo de exame de DNA, mesmo quando obtido após a improcedência da ação de investigação de paternidade, é documento idôneo para ensejar ação rescisória (confira-se: RESP 189306/MG; Ministro BARROS MONTEIRO, Relator(a) p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA; DJ de 14.10.2002, p. 231). Seguindo-se tal entendimento, cabível a sua consideração mesmo após interposto o recurso especial e encerrada a fase probatória.”

10. A Função do Supremo Tribunal Federal no Direito Interno e no Direito Internacional

Relembremos que, órgão de Cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, o Pretório Excelso é a mais alta instância existente em nosso ordenamento. Tem a função de guarda da Constituição da República Federativa Brasileira, evitando sua violação ou ameaça.

Toda a sua competência é definida nos arts. 102 e 103 da Carta Magna. Objetiva-se, neste sentido, guiar para uma aplicação imparcial da lei, garantindo a igualdade jurídica e zelando pela norma constitucional.

Há, no Brasil, um modelo híbrido de controle da constitucionalidade. O STF se aproxima da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando adota o controle difuso e do modelo da Europa Continental no que tange ao controle concentrado.

Ao lado disso, temos a sua competência originária e a recursal. A primeira referindo-se a ações que lhe cabem julgar e processar originariamente; e a segunda quando ele recebe recurso das instâncias inferiores em questões constitucionais, dando a última palavra naquele processo, por ser o Órgão Apical do Poder Judiciário.

Como já mencionado anteriormente, um dos recursos a serem dirigidos para o STF é o extraordinário. Ao julgar esse recurso a Corte Máxima visa à uniformização do direito objetivo nacional, sem muito se atentar para direito subjetivo que especificamente deu origem àquele processo.

A professora Teresa Arruda Alvim aduz que:

“Diz-se, na doutrina, que a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários tem por base o critério consistente em que, por meio dos recursos ordinários, se busca a correção da decisão tendo como objetivo a ofensa ao direito subjetivo da parte, enquanto por meio dos recursos extraordinários o objetivo seria alterar-se a decisão que ofendesse direito objetivo. Não é fácil compreender-se esta distinção, até porque ela suscita a seguinte questão: qual a utilidade do direito objetivo, se não a de garantir direitos subjetivos? A única explicação para o sentido desta distinção é a seguinte: o direito objetivo é composto das soluções normativas previstas em tese, ao passo que o direito subjetivo é a solução normativa incorporada à situação circunstancializada de algum sujeito de direitos. O que se pode, então, entender é que a ofensa ao direito objetivo é mais perniciosa porque POTENCIALMENTE implica ou pode implicar uma pluralização das ofensas a direitos subjetivos que seriam decorrentes da regra violada, cuja eficácia fica já em tese comprometida.”¹⁶⁵

Portanto, concluímos que o objetivo desse órgão máximo do Judiciário não é a análise de fatos controvertidos explicitados no processo, nem se pautar pela justiça ou injustiça da decisão dos Tribunais inferiores e, muito menos, a análise de provas (a exceção de situações excepcionais retro analisadas). Sua função é a de guardar o direito objetivo explicitado na Constituição Federal e que foi afrontado pelo julgamento proferido pelo órgão a quo.

Por outro lado, no que se refere ao direito internacional, a nosso ver, objetivo do STF é o de entrar em cena quando o interesse nacional estiver envolvido na situação, incitando, neste caso, uma análise pormenorizada frente à relevância da questão.

Diferentemente de visar à padronização da jurisprudência, como ocorre no direito interno - a fim de gerar uma maior estabilidade na sociedade, que passa a melhor conhecer os seus direitos, por ficar clara a interpretação que está sendo dada às normas Constitucionais; assim como reduzir o número de demandas a serem postas em análise pelo Poder Judiciário, visto que há mais esclarecimento sobre a possibilidade de se obter a tutela requerida - no que tange ao direito internacional, a função do STF é a de preservar a soberania, a ordem pública e os bons costumes do sistema brasileiro em face

¹⁶⁵ Controle das Decisões Judiciais, p. 168.

de decisões proferidas nas ações provenientes de outros países. A guarda da Constituição Federal nos parece ser o que há de mais importante para o ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando que a homologação da sentença ou laudo arbitral estrangeiro e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias foram tratados como assuntos de menor importância e, portanto, retirados da competência da Suprema Corte e delegados ao Superior Tribunal de Justiça, com o fito de se restringir as atribuições da Corte Constitucional aos assuntos de maior relevo, parece-nos absurda a mudança de competência trazida pela Emenda Constitucional 45.

Além do mais, abre-se a possibilidade de as partes continuarem a acessar o Pretório Excelso com arguições decorrentes de processos relativos à homologação de sentença estrangeira, desde que do julgamento do Superior Tribunal de Justiça surja afronta à Constituição Federativa Nacional.

Vamos expor a seguir a análise de permissivos principiológicos e normativos que abrem a possibilidade para o cabimento do recurso extraordinário frente à homologação de sentença estrangeira.

11. Do cabimento de recurso extraordinário frente à homologação de sentença estrangeira

Após a mudança da competência para a homologação de sentenças para o STJ, abriu-se a possibilidade de se requerer a reanálise da questão pelo STF, através do recurso extraordinário, desde que se configurem as hipóteses do art. 102, III, a ou b, quais sejam: contrariar dispositivo desta Constituição e declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Como ainda não temos casos concretos para fundamentar o nosso estudo, vamos criar situações ou nos basear em jurisprudência análoga, a fim de embasar as nossas conclusões.

11.1. Decisão que contraria dispositivo da Constituição

Primeiramente, vamos analisar a seguinte jurisprudência:

“Ementa: SENTENÇA ESTRANGEIRA PROFERIDA PELA JUSTIÇA ESPANHOLA. DIVÓRCIO. GUARDA DE FILHOS MENORES. CITAÇÃO POR EDITAL PUBLICADO SOMENTE NA ESPANHA QUE NÃO PRODUZ EFEITOS NO BRASIL. 1. Se a parte contra quem se deseja efetivar o ato de citação reside no Brasil, não pode o edital para a consumação do procedimento, publicado apenas na Espanha, produzir efeitos em nosso País, sob pena de configurar-se violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 2. Não preenchido o pressuposto de citação válida, a sentença proferida por autoridade judicial estrangeira não tem validade jurídica no Brasil, nos termos do artigo 217, II, do RISTF. 3. Não está sujeita à homologação pelo Supremo Tribunal Federal a sentença estrangeira que tem como objeto pedido idêntico em tramitação perante órgão do Poder Judiciário no Brasil, sob pena de ofensa aos princípios inerentes à própria soberania nacional (CPC, artigo 90; RISTF, artigo 216). 4. Retorno de crianças ao domicílio de um dos cônjuges fora do Brasil. O pedido de homologação de sentença estrangeira, pela suas características e peculiaridades, não é sede adequada para o exame de circunstâncias subjetivas ligadas ao mérito da controvérsia sobre guarda de menores. Convenção de Haia. Inaplicabilidade. Homologação indeferida. (STF. SEC 6729 EP - Espanha. Tribunal Pleno. Rel. Min Maurício Corrêa. Julgamento: 15/04/2002. DJU: 07/06/2002)

11.1.1 Ausência de citação no processo

A citação no direito é um ato de suma importância, pois, chama a parte contrária a juízo, a fim de se defender e, além disso, ela influi na validade dos atos processuais que lhe seguirem, visto que a sua falta contamina por nulidade todos os atos posteriores a tal omissão.

O processo que corre sem citação da parte ré, assim como de qualquer litisconsorte, configura negação dos direitos à garantia do contraditório e à ampla defesa, princípios fundamentais do devido processo legal. Portanto, a citação válida da parte é indispensável à formação da angularidade processual, da relação jurídico-processual em

si. Não preenchido este pressuposto processual, não se estabelece o contraditório e os atos processuais praticados, a despeito de existirem no universo fático, não produzem efeitos jurídicos.

A nulidade da citação pode ser argüida a qualquer tempo pelo réu. O ilustre Egas Dirceu Moniz de Aragão ilustra:

“Esse vício é dos mais sérios e acarreta graves conseqüências. Pode ser argüido durante todo o curso da causa, a qualquer tempo em que o réu, nela e pela primeira vez, intervenha e enquanto lhe for possível interpor algum recurso, se já proferida a sentença, mesmo o extraordinário, que, neste caso, não fica sujeito ao requisito do prequestionamento, inexigível de quem, por defeito de citação, nada pudera, até então, questionar. E mesmo contra a sentença passada em julgado ainda é possível alegá-lo, como se observa nos arts. 485, V, e 741, I, que autorizam, este, embargos à execução de sentença proferida em processo de conhecimento para o qual o executado não fora ou fora nulamente citado, correndo-lhe o feito à revelia, e esse a rescisão de sentença proferida, por violar literal disposição de lei. Neste último caso, a alegação preclui em dois anos do trânsito em julgado; no outro, poderá ser feita a qualquer momento em que seja promovida a execução, ainda que após esses dois anos.”¹⁶⁶

Portanto, faltando a citação, fica evidente que, no processo de homologação, não houve a garantia para o requerido exercer o direito de defesa, independente de estar, esse procedimento, vinculado a uma contenciosidade limitada.

Em um caso como esse, parece-nos que caberá recurso extraordinário fundamentado em ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, por não se consubstanciar o respeito ao contraditório regular e a ampla defesa.

Defendemos anteriormente, que o STF não pode se refutar de admitir um recurso extraordinário, alegando haver ofensa indireta à Constituição em alguns casos especiais.

¹⁶⁶ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.: II – Arts 154 a 269. p. 160.

No procedimento de homologação de sentença estrangeira, em que a competência originária da matéria é do STJ, havendo nulidade do procedimento por falta de citação da parte, haverá ofensa pela Corte Guardiã da lei federal à Constituição Federal e, portanto, será aberta a possibilidade de interposição do recurso constitucional.

Não se pode esquecer que a Constituição prevê em seu artigo 5º, os princípios que norteiam o processo civil brasileiro e coloca entre as garantias e direitos individuais a isonomia, ampla defesa, contraditório como fundamentos basilares do nosso ordenamento jurídico. Princípios esses de suma importância que, de acordo com o art. 60, § 4º, inc. IV, sequer poderão ser objeto de deliberação em uma proposta de emenda tendente a abolí-los.

Nesse sentido, entende o Ministro Marco Aurélio, defendendo que o STF tem a obrigação de exercer a guarda precípua da Constituição, dando uma interpretação não tão restritiva a esse conceito de ofensa indireta, como vemos nesse acórdão:

“DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese no sentido de que a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. EMBARGOS DECLARATÓRIOS - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Os declaratórios longe ficam de configurar crítica ao órgão investido do ofício judicante. Ao reverso, contribuem para o

aprimoramento da prestação jurisdicional, devendo ser tomados com alto espírito de compreensão.”¹⁶⁷

Portanto, imaginemos, por exemplo, a hipótese de ser instaurado um procedimento de homologação de sentença estrangeira, em que é feita a válida citação da parte contrária e ela contesta o feito, alegando haver um litisconsorte unitário passivo a ser citado para se juntar a ela no processo, configurando o prequestionamento¹⁶⁸ da questão. Devido à contestação, o processo é remetido para a Corte Especial e ela indefere o pedido formulado na contestação, por acreditar que a parte não tem razão. Neste caso, tanto pode o requerido, quanto o litisconsorte¹⁶⁹ entrar com recurso extraordinário, impugnando a sentença proferida na homologação, a fim de que o STF se manifeste sobre a questão, com base violação ao contraditório, a isonomia das partes, a ampla defesa e, finalmente, ao princípio do devido processo legal, por falta de uma triangularização perfeita da relação jurídica objeto do debate.

¹⁶⁷ STF. Segunda Turma. RE. 154159. Rel. Min Marco Aurélio. Julgamento: 10.06.1996. DJ: 08.11.1996.

¹⁶⁸ Grande debate há sobre a necessidade de o terceiro prequestionar ou não a questão objeto do recurso, a fim de que ele seja admitido. O Professor Fredie Didier em sua obra *Recurso de Terceiro* alude que: “Se a decisão apreciou a questão – expressa ou implicitamente – poderá o terceiro ingressar com recurso extraordinário, se não o fez e a questão fora levantada anteriormente, ou é questão de ordem pública (de que serve de exemplo a não-citação de litisconsorte necessário), poderá provocar o órgão julgador a manifestar-se por embargos de declaração, de modo a que possa interpor o recurso excepcional. E aqui se mostra claramente o quão equivocada é a concepção de prequestionamento como ato prévio da parte; se assim o fosse, jamais o terceiro poderia interpor esses recursos, por não ter “prequestionado”, pela simples circunstância de que, até aquele momento, não participava do feito. Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Min. Eduardo Ribeiro, no recurso mencionado: “Em relação ao prequestionamento, ou se adota uma postura lógica, coerente, o que requer que seja exigido em todos os casos, ou se admite que se trata de um requisito dispensável e, por conseguinte, não haverá razão para tê-lo como necessário em qualquer hipótese. A razão de ser de não se prescindir de que a matéria haja sido prequestionada reside em que não é possível violar a lei, ou configurar-se o dissídio, em relação a tema não examinado. Daí, como se tem dito, tratar-se de algo muito próprio do recurso extraordinário, tomada a expressão em sentido amplo. Se se pudesse conhecer do especial, em algum caso, ainda que o tema não tivesse sido considerado pela decisão recorrida, há que se aceitar, forçosamente, ser despidiêda a exigência, também para os outros.” (Didier Júnior, Fredie. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. E ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002., págs. 80-81)

¹⁶⁹ Sobre esse tema, trazemos o voto do Ministro Moreira Alves no RE nº 86.382 (GO): “No que concerne ao segundo recurso extraordinário (o de fls. 269/274), interposto por terceiros prejudicados, sob o fundamento de que, sendo eles litisconsortes necessários, o processo é nulo por falta de sua citação, também não pode ser conhecido. Com efeito, embora se admita recurso extraordinário de terceiro prejudicado, mister que a questão nela atacada tenha sido ventilada no acórdão recorrido, para que haja o indispensável prequestionamento (súmulas 282 e 356). O que não é possível, tendo em vista os limites estreitos do recurso extraordinário, é admitir essa modalidade de recurso para examinar-se, em primeira mão, a existência, ou não, de litisconsórcio necessário, para o efeito de decretação da nulidade do processo por falta de citação. Aliás, não havendo esses recorrentes integrados à relação processual, a decisão nela proferida é ineficaz com relação a eles” (STF. 2ª Turma. Julgamento: 01.06.79. DJ: 14.-9.1979 p. 06844.)

11.1.2. Demonstração da repercussão geral do caso

Devido a grande abstratividade que circunda o tema, parece-nos interessante fazer um paralelo com a jurisprudência do STF, à época do instituto da arguição de relevância, a fim de tentar traçar uma linha de raciocínio frente ao caso, na determinação do que deverá ser considerado como tema de repercussão geral para a nossa Corte Constitucional.

O professor Sérgio Bermudes, em sua obra, elucida a questão com posicionamentos dos Ministros do Superior Tribunal Federal, a respeito do tema.

Para o Ministro Djaci Falcão, o fator que o levava a acolher a arguição de relevância:

“Considera-se aí o interesse público de maior monta, a justificar um novo exame da questão, e não o interesse exclusivo das partes, de repercussão limitada. Há de se ponderar o interesse público da questão suscitada, na sua profundidade e na sua extensão.(...)”.¹⁷⁰

Nesse mesmo sentido o Ministro Evandro Lins e Silva afirma que:

“o interesse puramente privado, a mera disputa de bens materiais não se enquadra, em princípio, no requisito inovador. A relevância tem outro alcance e visa à tutela de bens jurídicos de outro porte e significado, abrangendo interesses superiores da Nação, questões de estado civil, direitos fundamentais do homem. Essa é uma visão de quem olha o horizonte do problema e não as suas cercanias. (...)”¹⁷¹

¹⁷⁰ Bermudes, Sérgio. Arguição de relevância da questão federal. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva. 1978. v. 7, p. 438.

¹⁷¹ Bermudes, Sérgio. Arguição de relevância da questão federal. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva. 1978. v. 7, p. 438-439.

Reportando-nos ao caso em análise, devemos considerar que a citação é o ato mais importante do processo. Sem ela, haverá não só a nulidade do ato decisório, mas também de todos aqueles que lhe forem posteriores.

Tão grave é a não configuração da citação nos moldes do que é exigido pela lei brasileira, que até mesmo o pedido de homologação de sentença estrangeira é indeferido, caso não se configure a perfeita citação da parte adversa no processo originário, proveniente do exterior.¹⁷²

O Ministro Luiz Fux, em um brilhante acórdão sobre o tema, nos enriquece com seus ensinamentos:

“PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA JUDICIAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. RÉU DOMICILIADO NO BRASIL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. CARTA ROGATÓRIA. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. A citação da pessoa jurídica nacional, domiciliada no Brasil, opera-se via rogatória.
2. Submetendo as partes a convocação do demandado conforme a Convenção Interamericana, promulgada pelo Decreto Legislativo 93/95, que impõe equivalência formal da citação, impunha-se a carta rogatória no afã de se considerar válida a vocatio in iudicium da pessoa jurídica brasileira e, a fortiori, a subsequente decretação da revelia.
3. Deveras, a homologação da Sentença Estrangeira pressupõe a obediência ao contraditório consubstanciado na convocação inequívoca realizada alhures. In casu, o processo correu à revelia, e não há a prova inequívoca da convocação, restando cediço na Corte que a citação por rogatória deve deixar estreme de dúvidas que a comunicação chegou ao seu destino.

¹⁷² A professora Nádia de Araújo ressalta que “A ausência de citação válida, promovida na forma da lei brasileira, tem diso um dos maiores obstáculos à aceitação de sentenças estrangeiras. O STF desenvolveu extensa prática de só considerar a citação efetuada através de carta rogatória, não aceitando as promovidas por via postal ou por outros métodos. Entendeu que à inobservância à esta forma implicava contrariedade à ordem pública brasileira, pois esta seria a única maneira pela qual haveria segurança jurídica para o réu aqui domiciliado. Sua posição não é de mera formalidade, pois, se a parte comparecer espontaneamente ao juízo estrangeiro, está suprida a questão.” (ARAÚJO, Nádia de, *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, 2ª edição, Ed. Renovar, 2004, p. 276.)

4. É cediço que o trânsito em julgado da sentença alienígena não pode, no Brasil, ter maior força que a sentença nacional trânsita, sendo certo que no nosso ordenamento, a ausência de citação contamina todo o processo de cognição, ainda que vício aferível, apenas, quando da execução (art. 741 do CPC).

5. A jurisprudência consolidada nesta Corte é no sentido de que a homologação de sentença estrangeira reclama prova de citação válida da parte requerida, seja no território prolator da decisão homologanda, seja no Brasil, mediante carta rogatória, consoante a ratio essendi do artigo 217, II, do RISTF.

6. Deveras, é assente na Suprema Corte que: "A citação de pessoa domiciliada no Brasil há de fazer-se mediante carta rogatória, não prevalecendo, ante o princípio direcionado ao real conhecimento da ação proposta, intimação realizada no estrangeiro. Inexistente a citação, descabe homologar a sentença.(...)" (SEC 7696/HL, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 12.11.2004).

7. Precedentes jurisprudenciais do STF: SEC 6684/EU, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.08.2004; SEC 7570/EU, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 30.04.2004; e SEC 7459/PT, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ de 30.04.2004.

8. In casu, a empresa devedora, desde a celebração do contrato, era domiciliada no Brasil, razão pela qual sua citação, no processo de cobrança, deveria ter sido realizada mediante carta rogatória e não como o foi, ora sem obediência da mediação citatória, por isso que o próprio advogado da requerente afirmou ter entregue a citação a funcionária sem poderes para esse fim, ora por via postal, em pessoa também carente de autorização para recepção de ato sobremodo relevante.

9. A inserção do país como Estado Signatário da Convenção Internacional que legitima a homologação de sentenças e laudos não autoriza que alhures se proceda irritualmente e sem obediência ao due process of law.

10. Outrossim, mantém-se hígida a anterior irresignação do parquet, assim sintetizada: "... a ausência de três requisitos indispensáveis inviabilizam a homologação pretendida: não há prova do trânsito em julgado e autenticação consular de documento estrangeiro juntado aos autos e mostra-se inválida a citação da empresa requerida, sediada no Brasil. As duas primeiras omissões seriam supráveis. Não há, no entanto, como convalidar a citação.

No caso vertente, lê-se a fls. 155 - tradução (cláusula 24) que as partes acordaram em solver, pela Justiça dos Estados Unidos da América, no Estado de Missouri, as questões que se apresentassem na execução do contrato mercantil que as vinculava. Eleito, pois, o

foro norte-americano para dirimir as controvérsias por ventura existentes, àquele não se poderia evadir a empresa, desde que regularmente citadas, o que não ocorreu no presente caso e observe-se, também, que sentença homologanda não resultou de juízo arbitral.

A decisão, que julgou procedente o pedido, diz que a ré foi citada diretamente das mãos do advogado da requerente (fls. 159 - tradução) não tendo a ação sido contestada.

Sem desrespeito à Corte Distrital dos Estados Unidos, Distrito Leste do Missouri, Divisão Leste, demonstrada não está nos autos a regular citação da requerida para o processo de que emanou a sentença que se pretende homologar. (...) Com efeito, esta Procuradoria-Geral da República, em várias manifestações sobre a matéria, tem deixado consignado que somente a indiferença a uma citação consubstanciada no trânsito regular de cartas rogatórias pode ocasionar a legítima decretação de revelia de uma pessoa jurídica sediada no Brasil, e obrigada, por contrato, a aceitar a jurisdição estrangeira. (...)”

11. Pedido de homologação indeferido à luz dos artigos 15, alínea "b", da LICC, c/c 214 e 215, do CC, 217, II, do RISTF, e 5º, II, da Resolução STJ nº 9/2005 (Precedentes da Corte Especial: SEC 473/EX, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 14.08.2006; AgRg na SEC 568/EX, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 01.08.2006; SEC 867/EX, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 24.04.2006; e SEC 919/EX, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 28.11.2005).”¹⁷³

Pelos aspectos abordados, observamos que a ausência de citação é elemento suficientemente relevante para o preenchimento do requisito da repercussão geral, pois é dever do Supremo Tribunal Federal garantir os princípios constitucionais do processo, devendo assim, na hipótese trazida à análise, admitir o recurso extraordinário.

11.1.3. A antítese da questão

Quanto à ausência de citação, alguns defendem que ela se configura como vício processual e, portanto, gera uma ofensa apenas indireta à Constituição.

Nesse sentido o STF decide:

¹⁷³ STJ. SEC 842/EX. Corte Especial. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 20.09.2006. DJU: DJ 04.12.2006 p. 248

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. I. - Acórdão que decidiu pela insubsistência das arguições de ausência de citação no processo de conhecimento e de ilegitimidade passiva: questões de índole processual. Ofensa direta à Constituição Federal: inocorrência: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. II. - Agravo não provido.”¹⁷⁴

Esse entendimento jurisprudencial tem se refletido na doutrina brasileira.

Rodolfo de Camargo Mancuso alega que:

“Antes convém deixar claro um relevante aspecto: a ‘contrariedade’, quando se dê em face da CF, desafiando recurso extraordinário, fica restrita aos casos que a ofensa é ‘direta e frontal’ (RTJ 107/661); ‘direta e não por via reflexa’ (RTJ 105/704), ou seja, quando é o ‘próprio’ texto constitucional que resultou ferido, sem ‘Lei Federal’ de permeio (ainda que acaso também tenha sido violada)”.¹⁷⁵

Mantovani Colares Cavalcante, afirma que:

“Imagine-se realmente, a quantidade de causas que poderiam ser atacadas mediante recurso extraordinário, sob o pretexto de violação do princípio da isonomia, do devido processo legal, da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, etc. Na verdade, quando o princípio está explicitado em legislação infraconstitucional, é preciso demonstrar a ofensa à determinada lei, ensejando por isso, o manejo do recurso especial para que se verifique se o acórdão recorrido contrariou determinada lei, que é uma decorrência de qualquer um desses princípios constitucionais.

Por isso se diz que, para fins de cabimento de recurso extraordinário, a ofensa à Constituição não pode ser obliqua, indireta, reflexa, ou seja, não é devido o uso do mencionado recurso, quando o julgamento se limitou a examinar a questão sob o ângulo do direito infraconstitucional, tendo em vista que esse enfoque se mostrava suficiente

¹⁷⁴ STF. Segunda Turma. RE-AgR 428410 / RR – RORAIMA. Rel. Min. Carlos Velloso. Julg: 16/11/2004 DJ: 10-12-2004 PP-00049

¹⁷⁵ Mancuso, Rodolfo Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial, p. 151

para dirimir o litígio, e nesse exame pode ter sido afrontado o direito federal, ensejando a interposição de recurso especial”¹⁷⁶

Devido a esse entendimento, nessa situação apresentada, para muitos autores não seria possível interpor recurso extraordinário da decisão do STJ, visto que a ausência de citação no processo de homologação seria caracterizada como uma ofensa reflexa. Restando, portanto, para a parte prejudicada, a ação rescisória.

Como já demonstramos anteriormente, não nos afiliamos a essa posição. Afinal, muitas têm sido as decisões contraditórias do Supremo Tribunal Federal.

Fábio José Moreira dos Santos faz um estudo, demonstrando que em diversos acórdãos do STF, há divergência de interpretação dos casos de ofensa direta e ofensa indireta. Cita acórdão em que há clara contradição do STF, tais quais: RE 106.122 – GO, do Ministro Sydney Sanches, que confronta com o acórdão 202.268-3 RJ proferido pelo Ministro Octavio Gallotti, dentre outros e segue dizendo:

“Fundamental, nessa oportunidade da presente discussão, é a observação de que todos os julgados supra – *configuradores da exceção substancial ao óbice* – não rejeitam a interpretação que o texto da Constituição, como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário, deve ser direta e frontal, mas, o que resulta na mesma consequência, *dão tratamento de ofensa direta (admitindo o apelo), a casos tecnicamente idênticos às demais hipóteses que foram taxadas (pelo mesmo STF) de caracterizadores de ofensa indireta*. Subverteu-se, conseqüentemente, naqueles acórdãos, o contraconceito antes construído.

Não se constata, na confrontação dos acórdãos acima comentados, diferenças que, *isoladamente*, justifiquem antagonismos sob qualquer ponto de vista. As diversas soluções desnorteiam quem busca nelas um sentido ou interpretação puramente baseadas na técnica jurídica.”¹⁷⁷

¹⁷⁶ Cavalcante, Mantovanni Colares. Recurso Especial e Extraordinário. São Paulo, Dialética, 2003, pág. 80.

¹⁷⁷ Santos, Fábio José Moreira dos. A Ofensa Direta e Frontal à Constituição Federal como Pressuposto de Cabimento do Recurso Extraordinário Segundo a Jurisprudência do STF. In Aspectos Polêmicos e Atuais

Leonardo Castanho Mendes também entende que denegar o cabimento de recurso, que seria um meio mais econômico, para defender o cabimento de rescisória, seria algo pragmático:

“(...) o “argumento da ação rescisória como última ratio” consiste em afirmar-se que eventuais dúvidas quanto ao cabimento de certos recursos ou quanto à extensão possível de seu julgamento hão de resolver-se sempre em favor do seu cabimento ou da maior extensão de sua devolutividade sempre que o que se visa a alterar, na decisão, por intermédio do recurso, seja um desses vícios que, maculando o ato decisório, fosse de molde a justificar a propositura da ação rescisória ou, mais ainda, autorizassem o manejo da ação declaratória de inexistência da decisão (querela nulitatis).

Cuida-se de um argumento reconhecidamente pragmático. Por ele, tem-se como certo que não representaria medida econômica, processualmente falando, o negar-se a possibilidade de reforma da decisão, mediante o manejo de recurso, quando a mesma alteração fosse depois possível, após o trânsito em julgado, na via da rescisória ou da ação declaratória de inexistência. Ou seja, se a decisão, de toda maneira, poderá ser modificada, que o seja, ao menos, pelo meio menos custoso e mais rápido possível, que, no caso, é o recurso.”¹⁷⁸

Portanto, concordamos o autor, pois se é possível se manejar o recurso extraordinário, visto que, como defendemos, há afronta a Constituição, surgida de um julgado do tribunal que guarda as leis infraconstitucionais - apesar de alguns poderem alegar que é caso de ação rescisória - para nós, o meio mais adequado e econômico de modificar o vício da falta de citação é pelo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal mediante o recurso para ele dirigido.

11.2. Decisão que declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal

dos Recursos e outros meios de impugnação das decisões judiciais / coordenação Nelson Néri Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 191. (série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 6).

¹⁷⁸ Mendes, Leonardo Castanho. O Recurso Especial e o Controle Difuso de Constitucionalidade. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, págs. 214-215.

E M E N T A: MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGAÇÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL - concluídos pelo Estado brasileiro. Precedente: ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. - Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no

âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de jure constituendo. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral.

PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL). - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

Precedentes. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e

obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). - O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual, tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina. - Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.”¹⁷⁹

11.2.1 Os tratados no ordenamento Jurídico Brasileiro

Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro são negociados através de ações do Poder Executivo. Isso porque o nosso sistema de governo é presidencialista e a um único governante, qual seja, o Presidente da República, somam-se as funções de chefe de governo e chefe de estado e é ele que representa o país na comunidade internacional.

¹⁷⁹ STF. Tribunal Pleno. CR-AgR 8279 / AT - ARGENTINA. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 17.06.1998 DJ: 10.08.2000 p. 06.

Podem também, essas negociações, referentes a se estabelecer acordos e tratados de direito internacional, se dar através do órgão voltado às relações exteriores, o Itamaraty. Então, caso o Presidente não possa fazê-lo, há a designação de um plenipotenciário.¹⁸⁰

Após fixada as negociações do tratado, caminha-se para o momento de celebrá-lo.

Após a celebração do tratado, finaliza-se o aspecto internacional de sua elaboração, com a troca de tais instrumentos, no caso dos tratados bilaterais ou mediante o depósito do instrumento em determinado país, ocorrendo aí o comprometimento internacional do Brasil, face ao conteúdo negociado.

Em seguida, vem a inserção desse instrumento no direito interno.

Daí surge a grande discussão entre monistas e dualistas.

Analisando perfunctoriamente, para os monistas há apenas uma única ordem jurídica. Ela que cria as normas nacionais e internacionais. Como os Estados têm a sua soberania, eles se obrigam na esfera internacional através do reconhecimento que lhes é dado, vinculando os indivíduos que lhes são subordinados.

A teoria monista se divide em três correntes:

Aqueles que crêem numa supremacia do direito internacional ao interno, chamado de monismo com primazia do direito internacional ou radical extremado. Teoria criada por Kelsen, dispõe que, embora as pessoas se agrupem em sociedades menores, suas interações têm relação direta com o ordenamento internacional e não há matéria que não possa ser regulamentada apenas pelo direito nacional.

Aqueles que visualizam uma supremacia do direito interno sobre o internacional, denominado de monismo com primazia do direito interno. Teoria capitaneada por Hegel,

¹⁸⁰ Segundo o Houaiss, plenipotenciário é: adjetivo: que tem plenos poderes; substantivo masculino: agente diplomático investido de plenos poderes, em relação a uma missão especial.

entende que o Estado é considerado como tendo uma soberania absoluta e tudo provém da sua vontade.

Aqueles que equiparam essas normas – monismo moderado – considerando que para se resolver os conflitos entre elas, usam-se critérios, como o que propugna que a lei posterior revoga a anterior.

Já os dualistas reconhecem a existência de dois ordenamentos distintos, o ordenamento de direito internacional e o de direito interno. Este é produto da vontade soberana do Estado. Aquele somente fará parte desse direito interno, na medida que o Estado opte por incorporá-lo ao seu ordenamento nacional.

Quanto a posição brasileira sobre o tema, a professora Nadia de Araujo ressalta que:

“A situação foi esclarecida pelo posicionamento adotado pelo STF em dois leading cases: a ADIN 1.480 e a CR 8.279. Em ambas as oportunidades o STF se pronunciou de forma uníssona, direta e precisa sobre o tema do monismo e do dualismo, acabando com as dúvidas existentes. Por serem idênticas as fundamentações dessas decisões quanto ao conflito de tratado e lei interna, o destaque provém da Carta Rogatória 8.279, ao classificar o sistema brasileiro como dualismo moderado. Há momentos para as questões da incorporação do tratado, que se dá em primeiro lugar, e para a hierarquia dos tratados no ordenamento interno, que ocorre em seguida.”¹⁸¹

Portanto, seguindo-se a fase de incorporação do tratado, vem o momento da apreciação pelo Congresso Nacional. Este, em suas duas Casas, Câmara dos Deputados e Senado Federal, examinará o tratado para aprová-lo ou não.¹⁸² A tramitação se dá em Casas separadas. Primeiro, o tratado é examinado na Câmara dos Deputados, depois, pelo

¹⁸¹ ARAÚJO, Nadia de, *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, 2ª edição, Ed. Renovar, 2004, p. 152.

¹⁸² O decreto legislativo se distingue da lei, porque é um ato de exclusiva competência do Congresso Nacional, sem a participação do Executivo. Quando há a participação do Poder Executivo, que é na confecção da lei, há a questão da sanção ou do veto, que é a aprovação ou não do Presidente da República frente àquele ato. No tratado, há a ação do Poder Executivo, apenas no primeiro momento, que é o da celebração do instrumento na linha internacional. Num segundo momento, ingressa o Poder Legislativo, que diz respeito à aprovação do tratado via o decreto legislativo.

Senado. Com a aprovação pelas duas casas, se dá a feitura do decreto legislativo que é a condição para que, no direito interno, ingresse o conteúdo do tratado.

Após essa fase, ocorre a promulgação do Tratado pelo Presidente da República¹⁸³, através de um decreto. Esse decreto, quando publicado, faz com que o tratado se torne de direito interno, colocando-o no mesmo nível das leis ordinárias.

Por fim, vem a ratificação internacional, que corresponde conclusão do tratado e a publicidade de direito internacional. Se o tratado for bilateral, ocorre a troca de instrumentos ou a carta de ratificação. Caso multilateral, ou seja, coletivo, há um depósito desse ato de ratificação, junto às Nações Unidas. Completando-se ai, todo o ciclo dos tratados.

Por outro lado, a revogação do tratado, quando não há norma expressa a respeito, ocorre através da denúncia pelo poder executivo ao órgão internacional, comunicando o rompimento do tratado.

Disso surge uma grande discussão, a respeito de estar correta ou não essa forma de denúncia, visto que para a ratificação do Tratado há a participação do Congresso Nacional, mas para a ruptura desse pacto internacional, há somente a manifestação da vontade discricionária do Presidente da República.

Nesse aspecto, está transitando no STF uma Ação Direta de Inconstitucionalidade a proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT), objetivando ser declarado inconstitucional o Decreto presidencial nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Essa Convenção 158 foi aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 68/92 e, em seguida, promulgada pelo Presidente da República, através do Decreto nº 1.855/96. Alega-se nessa ação, ser inconstitucional a possibilidade da

¹⁸³ Vale ressaltar que o Presidente da República não está obrigado a promulgar o tratado. Embora ele tenha celebrado o tratado e este instrumento tenha, em seguida, sido aprovado pelo Congresso Nacional, o Presidente pode deixar de promulgar-lo, não havendo forma de compeli-lo a isso.

denúncia dos tratados internacionais serem feitas, sem a participação e consentimento prévio do Poder Legislativo, defendendo a afronta ao art. 49, inc. I, da Constituição Federal que espessa:

“Art. 49 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”

Os Ministros Maurício Corrêa e Carlos Ayres Britto julgaram a ação procedente, em parte. O primeiro, em seu voto sobre o tema, expressa que quando há a denúncia, há o rompimento do tratado na esfera internacional. Contudo, não o revoga como norma de direito interno, visto que se tornou lei. Sendo assim, a denúncia unilateral do tratado tem eficácia apenas para que se configure ruptura da relação internacional. Todavia, para que haja o seu desaparecimento no ordenamento interno, há também a necessidade de manifestação do Congresso Nacional.¹⁸⁴

Por outro lado, o Ministro Nelson Jobim, aduz que:

“divergiu do voto do relator para julgar improcedente o pedido formulado, por entender que o Chefe do Poder Executivo, em razão de representar a União na ordem internacional, pode, por ato isolado e sem anuência do Congresso Nacional, denunciar tratados, convenções e atos internacionais. Ressaltou estar englobada, no ato de aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, a aceitação tácita da possibilidade de o Poder Executivo denunciar, salientando que, na espécie, a denúncia se fez, inclusive, com base na expressa previsão do art. 17 da própria Convenção. Esclareceu que compete privativamente ao Presidente da República, nos termos do art. 84, VIII, da CF, celebrar os tratados, convenções e atos internacionais, ou seja, assumir obrigações internacionais e que, embora caiba ao Congresso Nacional a aprovação dos mesmos (CF, art. 84, in fine e art. 49, I), por meio de decreto, sua função, nessa matéria, é de natureza negativa, eis que não detém o poder para negociar termos e cláusulas ou assinar, mas apenas evitar a aplicação interna de tais normas. Ademais, o decreto legislativo não tem o condão de, por si só, incorporar o tratado internacional no direito interno, o qual depende da ratificação posterior do Presidente da República. Com base nisso, afirmou que o princípio da

¹⁸⁴ cf., *Informativo do STF* n° 323, de outubro de 2003.

harmonia entre os Poderes Executivo e Legislativo, nesse caso, confere predominância ao Chefe do Poder Executivo, porquanto somente a ele compete o juízo político de conveniência e oportunidade na admissão do tratado internacional no âmbito interno.”¹⁸⁵

Finalmente, após essa decisão do Supremo, o embate doutrinário, mais do que octogenário¹⁸⁶, sobre o tema será sobrepujado, resolvendo-se, por fim, se é um ato puramente do Presidente ou não, o necessário para se denunciar tratados internacionais.

Rememorando o que já abordamos sobre o nível hierárquico dos tratados no ordenamento brasileiro, a E.C. 45 adicionou o § 3º ao art. 5º da Constituição, expressamente dizendo:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Sendo assim, embora essa já fosse a posição adotada por grande parte da doutrina brasileira, devido à interpretação dada ao § 2º do art. 5º.¹⁸⁷ Solucionou-se de vez, o problema.

¹⁸⁵ cf., *Informativo do STF* n° 421, de março de 2006.

¹⁸⁶ Este problema veio à tona, pela primeira vez entre nós, em 1926, quando, nos últimos meses do governo Artur Bernardes, ficou decidido que o país se desligaria da Sociedade (ou Liga) das Nações. Clóvis Beviláqua, à época, Consultor Jurídico do Itamaraty, chamado a se pronunciar, em minucioso parecer de 5 de julho de 1926, entendeu ser possível ao Poder Executivo denunciar tratados sem o assentimento do Parlamento, ainda que da vontade deste último tenha aquele necessitado quando da ratificação do acordo. Desde então, em decorrência desta tese altamente favorável ao Poder Executivo e lastimável à consagração da democracia, o poder de denunciar tratados passou a pertencer com exclusividade ao Presidente da República. O grande Pontes de Miranda, negando validade à lição de Beviláqua, lecionara então no sentido de ser "subversivo dos princípios constitucionais" a denúncia de tratados sem autorização do Congresso Nacional, de forma que o Presidente da República, do mesmo modo que faz na ratificação, deveria "apresentar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo *ad referendum* do Poder Legislativo. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. STF, Poder Legislativo e denúncia de tratados internacionais. *Jornal Correio Braziliense*, caderno "Direito & Justiça" de 30.10.2006, p. 3.)

¹⁸⁷ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O professor Valério Mazuolli, em seu artigo, Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos Humanos, expõe exatamente qual a diferença havida a partir do acréscimo do § 3º ao art. 5º da Constituição. Ressalta que, embora o ordenamento jurídico brasileiro já aceitasse os tratados de direitos humanos como normas materialmente Constitucionais, agora, se eles forem votados e aprovados pelo quórum estabelecido no § 3º, ganham status de Emenda Constitucional, tornando-se oficialmente, normas formais constitucionais. E a diferença desse status, segundo pondera o autor é que:

“1º) Eles passarão a *reformular* a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional. Ou seja, uma vez aprovado certo tratado pelo *quorum* previsto pelo § 3º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante, o que não ocorre pela sistemática do § 2º do art. 5º, em que os tratados de direitos humanos (que têm *nível* de normas constitucionais, sem contudo serem *equivalentes* às emendas constitucionais) serão aplicados atendendo ao *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* (expressamente consagrado pelo art. 4º, inc. II, da Carta de 1988, segundo o qual o Brasil deve se reger nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.). Agora, uma vez aprovados pelo *quorum* que estabelece o § 3º do art. 5º da Constituição, os tratados de direitos humanos ratificados *integrarão formalmente* a Constituição, uma vez que serão equivalentes às emendas constitucionais. Contudo, frise-se que essa integração *formal* dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro não abala a integração *material* que esses mesmos instrumentos já apresentam desde a sua ratificação e entrada em vigor no Brasil.

2º) Eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento a esta regra (o que não é possível fazer tendo os tratados apenas *status* de norma constitucional). Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo presidente da República unilateralmente (como é a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), e nem sequer por meio de projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas

constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) *cláusulas pétreas* do texto constitucional.”¹⁸⁸

Portanto, os tratados que versam sobre direitos humanos entram no ordenamento brasileiro num patamar de normas materialmente Constitucionais, mas, se votados pelo Congresso em quorum de maioria qualificada, passam a integrar o ordenamento brasileiro como uma Emenda Constitucional.

Já os demais tratados, ao se incorporarem ao direito interno, não prevalecem sobre a Constituição e, por isso, se sujeitam ao exame típico de constitucionalidade, seja através de controle difuso ou concentrado.

Nesse sentido a interessante ADIn-MC 1480/DF:

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA

¹⁸⁸ Site http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_63.pdf, acesso em 01.02.2007.

APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em

consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*¹⁸⁹, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("*lex posterior derogat priori*") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.

¹⁸⁹ Nos países de língua inglesa, é utilizada a expressão *treaty-making power* para designar o conjunto de poderes para a celebração dos tratados.

O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.

Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10).”¹⁹⁰

Por fim, temos os tratados que dizem respeito a matérias tributárias.

¹⁹⁰ STF. Tribunal Pleno. ADI-MC 1480 / DF. Rel Min. Celso de Mello. Julgamento: 04.09.1997 DJ: 18.05.2001.

A hierarquia desses tratados de direito tributário no ordenamento jurídico brasileiro gera uma infundável controvérsia doutrinária e jurisprudencial, em que ainda não se chegou a um denominador comum. Apesar da relevância do tema, devido ao objeto de nosso estudo, não nos cabe um estudo aprofundado sobre o assunto.

Para nós é importante ressaltar que os tratados têm duas searas de eficácia: na ordem interna, quando incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação do decreto presidencial e; na ordem internacional, quando o Presidente da República assina o instrumento de acordo com outros Estados.

11.2.2. Controle de Constitucionalidade no Sistema Brasileiro

Depois de inserido no ordenamento jurídico brasileiro, o tratado se insere como norma infraconstitucional e por isso, se submete ao controle de constitucionalidade, assim como qualquer outra norma infraconstitucional de nosso sistema.

No Brasil, a Constituição Federal é a lei que condiciona todo o sistema jurídico. O controle da constitucionalidade se faz de duas formas. Através do método concentrado ou abstrato e de forma concreta ou difusa.

Leonardo Castanho Mendes define o que significa a inconstitucionalidade de uma norma:

“A inconstitucionalidade é a antinomia que resulta da contradição entre uma norma pertencente a determinado subsistema normativo (o subsistema constitucional), que é superiormente avaliado, e outro subsistema normativo (o subsistema infraconstitucional), que é inferiormente avaliado.

A inconstitucionalidade é a relação de antinomia jurídica estabelecida entre normas do subsistema constitucional e do subsistema infraconstitucional, não que pressuposta também a relação de hierarquia entre esses subsistemas, de forma que se

inviabilize o cumprimento simultâneo das normas componentes de ambos os subsistemas.”¹⁹¹

Como no Brasil, há uma total relação hierárquica entre normas. A Constituição Federal se sobrepõe a todas as outras espécies. Com o fito de manter uma relação harmônica no sistema jurídico, faz-se o controle da constitucionalidade das normas, para que haja uma coerência do nosso ordenamento.

O controle concentrado é feito unicamente pelo Supremo Tribunal Federal e tem por meta manter a supremacia Constitucional e a concordância do sistema normativo, independe de qualquer litígio concreto ou pretensão resistida, porque não há busca de proteção de direitos subjetivos. Seu fulcro é a unicidade do sistema objetivo. Portanto, as demais leis subjugadas à Constituição devem estar formal e materialmente em conformidade com aquilo que é prescrito por ela.

Ressalta Leonardo Castanho Mendes:

“O objetivo do controle abstrato esgota-se na manutenção da supremacia do ordenamento constitucional, não sendo preciso, ao contrário do que ocorre no concreto, que, em decorrência dessa manutenção, se venha a entregar, a uma das partes em litígio, o bem que essa supremacia lhe estaria a garantir, porque o bem buscado, no caso, é a própria manutenção da supremacia constitucional. Essa característica muito peculiar do processo de controle abstrato tem relevantes reflexos em inúmeros aspectos propriamente processuais, notadamente o da legitimidade para a sua instauração, a forma de composição do órgão que o exercita e os efeitos das decisões nele proferidas.”¹⁹²

Esse rol de legitimados está prescrito taxativamente no art. 103 da Constituição Federal.¹⁹³

¹⁹¹ Mendes, Leonardo Castanho. O Recurso Especial e o Controle Difuso de Constitucionalidade. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 27.

¹⁹² Idem, p. 30.

¹⁹³ **Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho

Entretanto, alguns desses legitimados, dentre eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos que possuam representação no Congresso Nacional dispõem de legitimação ativa universal ou legitimação transcendental, pois se entende que esses entes públicos, têm interesse de manter a higidez Constitucional, devido a própria função que ocupam no país. Não necessitam demonstrar uma relação de prejudicialidade entre a lei que querem ver declarada abstratamente inconstitucional e a instituição que representa.

Já a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, necessitam comprovar o seu interesse específico na discussão, de acordo com a correlação entre o objeto da ação e as funções desempenhadas pela entidade ou órgão, que a pretende propor. Por serem legitimados ativos especiais, devem demonstrar essa relação de prejudicialidade que é a pertinência temática.

Já no controle difuso há o exercício desse controle e fiscalização da constitucionalidade das normas por todo juiz ou tribunal no exercício de sua função jurisdicional frente a um caso concreto. Essa discussão se dará quando for relevante a análise da constitucionalidade para a solução do caso concreto.

Leonardo Castanho Mendes preleciona:

“Chama-se controle concreto aquele que é realizado como pressuposto do julgamento de um determinado caso pelo Poder Judiciário, enquanto o controle é conhecido como abstrato quando o exame da constitucionalidade independe da configuração de qualquer litígio entre interesses concretos de partes envolvidas no processo. A diferença está em que, no concreto, a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, ou a afirmação dessa inconstitucionalidade, constitui questão prejudicial no julgamento de um caso submetido à apreciação do Poder Judiciário, de forma que não

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

é possível julgar o caso sem antes averiguar-se a compatibilidade desse ato normativo, em que se apóia a pretensão de uma das partes, com o parâmetro constitucional. A parte a quem aproveite a declaração da inconstitucionalidade não tem, evidentemente, qualquer interesse subjetivo na defesa da integridade do ordenamento constitucional, em si mesmo considerado. O seu interesse é a obtenção do bem da vida que disputa com a parte contrária, numa situação em que a entrega desse bem pressupõe, como prejudicial, a consideração da inconstitucionalidade de um determinado ato.”¹⁹⁴

No STJ, é plenamente possível que seja feito o controle da constitucionalidade difuso, assim como em qualquer outra instância do judiciário.

Esse é o entendimento desposado pelo STF:

“RECURSO ESPECIAL - JULGAMENTO DE MÉRITO - CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. O Superior Tribunal de Justiça, uma vez ultrapassada a barreira de conhecimento do recurso especial, julga a lide, cabendo-lhe, como ocorre em relação a todo e qualquer órgão investido do ofício judicante, o controle difuso de constitucionalidade.”¹⁹⁵

O STJ se manifesta no mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - IMPOSTO DE RENDA - OMISSÃO DE RECEITA - EFEITO INFRINGENTE - RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO - SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO.

1. O âmbito de atuação do STJ e do STF no julgamento dos recursos especiais e extraordinários é absolutamente autônomo, circunscrevendo-se o primeiro à interpretação do direito infraconstitucional e o segundo à interpretação do direito constitucional, o que não impede que o STJ exerça o controle difuso de constitucionalidade (art. 11, IX do RISTJ).

2. Há relação de prejudicialidade entre o recurso especial e o extraordinário quando o julgamento do primeiro pode cair no vazio a depender do resultado do julgamento do

¹⁹⁴ Mendes, Leonardo Castanho. O Recurso Especial e o Controle Difuso de Constitucionalidade. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

¹⁹⁵ STF. Segunda Turma. AI-AgR - DF 217753. Min. Rel. Marco Aurélio. Julg.: 01/12/1998. DJ: 23-04-1999 PP-00006

segundo. Daí a previsão legislativa de que o julgamento do extraordinário anteceda o julgamento do especial (art. 543, § 2º do CPC), o que deve se verificar caso a caso.

3. Ultrapassado o juízo de admissibilidade do recurso especial, o STJ deve interpretar sistematicamente a norma infraconstitucional, inclusive a partir da Constituição Federal, que é a base de todo o sistema jurídico, o que difere da hipótese de analisar, em sede de recurso especial, infringência a dispositivo constitucional, o que implicaria em usurpação da competência da Suprema Corte.

4. Conhecido o especial e julgado o mérito do recurso, a decisão substitui o acórdão recorrido na parte impugnada (art. 512 do CPC - efeito substitutivo), restando para o STF a análise da lide no âmbito constitucional.

5. Se a violação à Carta Magna ocorrer com o julgamento do recurso especial, em tese, é possível a interposição de recurso extraordinário.

6. Inexistente qualquer hipótese do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração com nítido caráter infringente.

7. Embargos de declaração rejeitados.”¹⁹⁶

Somente há impossibilidade de controle difuso de constitucionalidade pelo STJ, quando o acórdão recorrido não analisou previamente a questão, pois assim, configura-se caso de cabimento de recurso extraordinário para a Corte Suprema.

Esse entendimento já foi há muito tempo sustentado pelo STF:

“E M E N T A - Recurso extraordinário: interposição de decisão do STJ em recurso especial: inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa. 1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitira recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. 2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de

¹⁹⁶ STJ. Segunda Turma. EDcl no REsp 396796 / RS. Ministra ELIANA CALMON. Julg.: 10.02.2004. DJ 17.05.2004 p. 170

todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado aquela Corte, em recurso especial, e rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa. 3. Ademais, na hipótese, que é a do caso - em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa e não foi impugnada mediante recurso extraordinário, antes que a preclusão da matéria, e a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial.”¹⁹⁷

Após ser declarada, pelo controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou tratado, caberá recurso extraordinário para o STF e ele reanalisará a decisão recorrida, confirmando-a ou não.

O professor Fredie Didier, em seu livro, analisa a questão e ressalta:

“Não pode o STJ examinar a questão constitucional se ela já estiver preclusa, em razão da não impugnação pelo recurso correto na instância ordinária (o acórdão se fundamentava em fundamentos legal e constitucional e a parte vencida não interpôs o recurso extraordinário). A situação muda de figura se não houve o interesse de interposição do extraordinário, contra o acórdão proferido na instância ordinária: a parte venceu, mas a sua alegação de inconstitucionalidade da lei foi repelida.

Nesta situação, duas são as soluções alvitradas, pois do contrário, a parte ver-se-ia privada do acesso ao Supremo Tribunal (...), a fim de discutir a constitucionalidade de lei federal, o que não é aceitável (...): a) no julgamento do recurso especial poderia o STJ examinar a questão federal, de ofício ou por provocação da parte vencedora nas contrarrazões do recurso especial interposto pela parte vencida; e contra esse julgamento caberá recurso extraordinário, posição que nos parece mais correta, tendo em vista a aplicação do enunciado n. 456 da súmula do STF, já examinado; b) interposição, de logo, de

¹⁹⁷ STF. Tribunal Pleno. AI-AgR 145589 / RJ. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. Julg: 02.09.1993. DJ: 24.06.1994 p.16652.

recurso extraordinário condicionado à procedência do julgamento do recurso especial interposto pela outra parte.”¹⁹⁸

Atualmente, há uma tendência de abstração do controle difuso da constitucionalidade, isso porque se tem enxergado que a função do Supremo Tribunal Federal com o recurso extraordinário é a de prestar uma atividade jurisdicional que resguarde a ordem constitucional objetiva.

Observamos isso, em decisão proferida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no acórdão RE 298.694, que passa a se admitir o julgamento do recurso extraordinário, ainda que com fundamento diverso daquele estampado no acórdão recorrido:

“EMENTA: I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova.”¹⁹⁹

¹⁹⁸ Didier Jr., Fredie e Cunha, Leonardo José Carneiro. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação das Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 3ª. Edição, Ed. Podium, 2006, págs. 259-260.

¹⁹⁹ STF. Tribunal Pleno. RE 298.694. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. Jug: 06/08/2003. DJ: 23-04-2004 PP-00009

Sendo assim, observa-se uma tendência a se flexibilizar alguns requisitos do recurso extraordinário, a fim de que ele não se circunscreva apenas ao debate trazido pelo processo, mas possa ir além, analisando de forma abstrata a constitucionalidade da norma questionada.

Devido à competência do STJ de fazer o controle difuso de constitucionalidade, imaginamos uma possibilidade de o Brasil ter feito um pacto com outro país, e o juiz dessa outra jurisdição profere uma sentença baseada nesse tratado firmado com o Brasil. Todavia, como no caso demonstrado pela Adin acima colacionada, houve um vício formal ou material na inserção desse tratado em nosso ordenamento jurídico.

Mediante o pedido de homologação dessa sentença estrangeira, pode a parte contrária, alegar a inconstitucionalidade dessa decisão, por ter se baseado em tratado que não fora corretamente firmado pelo Brasil, afrontando a Constituição Federal, assim como a ordem pública brasileira. A Corte Especial do STJ, indeferindo esse pedido, abre a possibilidade para a parte entrar com recurso extraordinário, a fim de que essa possível inconstitucionalidade do instrumento normativo seja avaliada pela Corte Constitucional.

11.2.3. Repercussão Geral do Caso

O controle de constitucionalidade deve se percebido como um sistema de defesa que objetiva manter o equilíbrio do organismo estatal.

O Estado é uma estrutura altamente complexa, que para ser gerida, necessita de um conjunto de regras organizadas, com o propósito de reger o seu funcionamento. O ápice desse sistema, encontra-se concentrado na Constituição Federal.

Composto por vários órgãos, cada um com sua função específica, todos devem obediência estrita à Carta Constitucional. Ela é o centro de decisão do Estado, seu pressuposto de existência e de validade.

Sendo assim, nota-se que o controle de constitucionalidade, funciona como a grande proteção do organismo Estatal. Ele responde pela manutenção do seu equilíbrio desse e se projeta através de mecanismos diversos, de sistemas diversos.

Alexandre de Moraes descreve que:

O Controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.²⁰⁰

Por isso, ainda quando há um perigo de inclusão no sistema de uma futura lei, que está tramitando nas Casas Legislativas como projeto, formando-se para obter a sua aprovação, ou seja, há um sistema de defesa profilático, aonde se detecta essa potencial inconstitucionalidade ou incongruência com os ditames do Texto Constitucional.

Esses instrumentos preventivos que atuam durante a tramitação do projeto de lei nas Casas Legislativas, procurando evitar e prevenir um desequilíbrio, agem através de órgãos como as comissões permanentes de Constituição e Justiça ou através do próprio plenário mediante as suas votações ou pelo veto do Presidente da República,²⁰¹ que pode ser fundado numa inconstitucionalidade percebida por ele e não detectada nas Casas Legislativas. Portanto, dessa forma, busca-se evitar que o projeto de lei material ou formalmente inconstitucional se transforme em lei, a regular relações jurídicas, contrariando as ordens da Constituição. Essa é a razão pela qual, doutrinariamente, assume-se a postura que toda lei, quando emerge no ordenamento jurídico, é presumidamente constitucional. Uma presunção que não é caso a caso, mas, genérica de que se reveste toda lei: a compatibilidade com a Constituição.

²⁰⁰ Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. – 6. ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 22/99. – São Paulo: Atlas, 1999, p. 535

²⁰¹ **Art. 66** - A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Esse sistema preventivo quando bem trabalhado, quando eficaz, minora a necessidade de acionamento de um segundo sistema de defesa. Um sistema que só será acionado, quando há falência na prevenção. Nesse caso, não são mais os órgãos do Poder Executivo ou Legislativo, que atuam, mas sim, em regra, os órgãos do Poder Judiciário,²⁰² que assumem a função de identificar, assimilar e expurgar a norma perniciosa ao sistema jurídico.

Esse sistema de defesa repressivo é de altíssima importância para o ordenamento Estatal, pois, sem o seu eficaz funcionamento, o Estado pode se transformar em uma espécie de aberração política. Na ausência de um sistema de defesa da constitucionalidade, da supremacia da Constituição eficaz, o Estado Democrático de direito pode cambiar para um regime autocrático e ditatorial.

O sistema de controle repressivo se projeta em duas modalidades diversas. Há um tipo de defesa que consegue expurgar de plano a norma eivada de inconstitucionalidade do sistema, atingindo com essa decisão, indistintamente, a todos que dele fazem parte, ou seja, uma decisão com eficácia erga omnes, ex tunc e efeitos vinculantes. Essa vinculação se estende a todos os tribunais judiciais, que devem se submeter ao entendimento da Corte Constitucional.

Há também o sistema que tem efeitos apenas inter partes. Podendo, entretanto, o STF ampliar os efeitos dessa sua declaração incidental de inconstitucionalidade, mediante a edição, pelo Senado Federal, de uma resolução que suspenderá a execução na norma no todo ou em parte.²⁰³

A lei editada em desconformidade com o ordenamento constitucional é considerada nula.

²⁰² Alexandre de Moraes lembra duas hipóteses previstas pela Constituição Federal em que o controle de constitucionalidade será exercido pelo próprio Poder Legislativo: I. art. 49, V: sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; ou no caso em que o Presidente da República edita uma medida provisória. Esta, quando submetida ao Congresso Nacional, pode ser rejeitada e retirada do ordenamento jurídico por ser inconstitucional. (ob. Cit. Pág. 540)

²⁰³ **Art. 52** - Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Nesse sentido, expomos a ADIn-MC 1434/SP, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello:

“A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade ab initio). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica (RTJ 146/461).”²⁰⁴

Considerando-se que os tratados entram no ordenamento jurídico brasileiro como normas inconstitucionais ou como Emendas Constitucionais são plenamente passíveis de controle de constitucionalidade abstrato ou difuso.

Alexandre de Moraes preleciona:

“Assim, os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, apesar de ingressarem no ordenamento jurídico constitucional (CF, art. 5º, § 2º), não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua constituição, devendo pois, sempre serem interpretados com as limitações impostas constitucionalmente. Como anotam Canotilho e Moreira, analisando o art. 8º da Constituição da República Portuguesa que traz regra semelhante, “as normas de direito internacional público vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à subordinação à Constituição – sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da constituição ou seus princípios”.²⁰⁵

Considerando que a Constituição ocupa a posição hierárquica mais alta do sistema jurídico brasileiro e que o Brasil tem uma participação cada vez mais intensa no cenário internacional, ratificando tratados, concluindo contratos, etc. é indiscutível a repercussão geral de questões que versam sobre afronta ao Texto Maior, ao estatuto jurídico

²⁰⁴ STF. Tribunal Pleno. ADIn-MC 1434/SP. Min. Rel. Celso de Mello. Jug: 20.08.1996. DJ: 22.11.1996 PP-45684

²⁰⁵ Ob cit. P. 563

fundamental brasileiro, a fim de preservar a harmonia do ordenamento brasileiro e garantir a hegemonia do Estado Democrático de Direito.

11.3. Um caso a parte

O seguinte caso foi reportado:

“Juiz que consultava duendes é afastado nas Filipinas

Um juiz filipino que dizia tomar decisões com a ajuda de duendes foi definitivamente afastado da magistratura pela Suprema Corte do país, informou o jornal *Philippine Daily Inquirer*. "Terminou sem final feliz a conto do juiz e os três duendes", brincou o jornal.

Florentino Floro, 53 anos, havia sido afastado em março depois de revelar ter feito um pacto com três duendes - Armand, Luis e Angel - para ver o futuro. Ele acrescentou que escrevia em transe e que havia sido visto por várias pessoas em dois lugares distintos ao mesmo tempo.

Matérias na imprensa filipina afirmaram que toda sexta-feira o juiz trocava a beca azul por negra, para "recarregar os poderes psíquicos". Mas os argumentos não comoveram a Suprema Corte, para quem tais poderes "não têm lugar" no Judiciário.

"Fenômenos psíquicos, mesmo assumindo que existam, não têm lugar na determinação do Judiciário de aplicar apenas a lei positivista e, na sua ausência, regras e princípios igualitários para resolver controvérsias", diz a sentença.

Durante as audiências do processo, os médicos da Suprema Corte e do próprio juiz haviam afirmado que o réu sofria de problemas mentais.

Imortal

Ao saber da decisão, o juiz Floro declarou que o tribunal o havia tirado da obscuridade e projetado para "imortalidade". "Não apenas neste país ou em redes internacionais de notícia, mas, antes de tudo, na indelével memória da história mundial do Poder Judiciário."

O caso foi discutido em mais de mil blogs e suscitou mais de 10 mil respostas em todo o mundo, inclusive de apoio de praticantes de magia e ocultismo, disse o juiz.

Na visão da Suprema Corte, a aliança de Floro com duendes "coloca em risco a imagem de imparcialidade judicial, e mina a confiança pública do Judiciário como guardião racional da lei, isto é, se não torná-lo objetivo do ridículo".²⁰⁶

11.3.1. Da motivação das decisões proferidas com base em crenças religiosas

O Brasil é um Estado laico, neutro, não opta por nenhuma religião para ser oficial.

De acordo com o dicionário Houaiss, dentre algumas definições da palavra laico temos que ela significa:

“aquilo que é independente em face do clero e da Igreja, e, em sentido mais amplo, de toda confissão religiosa.”

Temos que o preâmbulo Constitucional faz uma referência a Deus. Todavia, o próprio STF, no voto do Ministro Carlos Velloso, já decidiu em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a força normativa desse segmento da Constituição dizendo:

“O preâmbulo, ressaí das lições transcritas, não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma Constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de

²⁰⁶ Matéria retirada do site da BBC Brasil em 19.01.2007. (http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/08/060818_juizduendespu.shtml)

reprodução obrigatória na Constituição do Estado-Membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro, dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local.(...)

(...) Só não invoca a proteção de Deus. Essa invocação, todavia, posta no preâmbulo da Constituição Federal, reflete, simplesmente, um sentimento deísta e religioso, que não se encontra inscrito na Constituição, mesmo porque o Estado brasileiro é laico, consagrando a Constituição a liberdade de consciência e de crença (C.F., art. 5º), certo que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (C.F., art. 5º, VIII). A Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas.

A referência ou a invocação à proteção de Deus não tem maior significação, tanto que Constituições de Estados cuja população pratica, em sua maioria, o teísmo, não contém essa referência. Menciono, por exemplo, as Constituições dos Estados Unidos da América, da França, da Itália, de Portugal e da Espanha. ”²⁰⁷

Observando mais minuciosamente a Constituição Federal, vemos que o art. 19, inc. I, exprime que:

Art. 19 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

²⁰⁷STF. ADI 2076 / AC – ACRE. Tribunal Pleno. Min. Rel. Carlos Velloso. Julgamento: Julgamento: 15/08/2002. DJ: 08.08.2003.

Portanto, tanto esse artigo, como o art. 5º, incs. VI e VIII²⁰⁸, mostram claramente que a Constituição preza pela liberdade de crença e religião. Não sendo o Estado vinculado a nenhuma delas e, portanto, qualificado como laico e pluralista, devendo, inclusive não professar nenhuma fé.

Devido a isso, no exercício do Poder Judiciário, devem os agentes políticos do Estado, manter uma postura não confessionista e resolver as matérias discutidas no âmbito judicial de maneira absolutamente livre de motivações religiosas.

No caso de julgamento proveniente do estrangeiro, a homologação de uma sentença fundada em aspectos metafísicos ou religiosos, deve ser indeferido de plano, por afrontar *prima facie* à ordem pública brasileira.

É um princípio do nosso ordenamento jurídico que as decisões judiciais têm que ser motivadas, a fim de não se macular o Devido Processo legal, portanto, deve o julgador demonstrar nessa fundamentação, quais os fatos e o direito aplicado, que o levaram a chegar à sua conclusão a respeito da lide sob sua jurisdição.

A motivação dá ao jurisdicionado uma maior garantia e segurança, por ele poder entender o embasamento da decisão do juiz.

Além do mais, poderá aferir se suas alegações, provas produzidas e seus pedidos, foram devidamente apreciados para a formação da convicção judicial, acerca da melhor solução para a lide.

Antonio Scarance Fernandes assevera que:

²⁰⁸ **Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

"Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para poder impugnar a decisão; permitir que os órgãos judiciários de segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão. Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por conseqüência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento de causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa.".²⁰⁹

A motivação Constituição Federal, em seu artigo 93, inc. IX expressamente diz que:

“Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Desde inciso, observa-se que a Constituição Federal atribui uma extrema gravidade: à inexistência de fundamentação das decisões ou, mesmo, à existência de um fundamento que não seja lógico-dedutivo e demonstre certa parcialidade do julgador na aplicação do direito ao caso. Portanto, é maculada a decisão que não seja capaz justificar em si mesma, as razões que levaram à sua conclusão.

Assim decide o STJ:

²⁰⁹ FERNANDES, Antônio Scarance: *Processo Penal Constitucional*. 2.^a edição, RT, São Paulo: 2000, p. 119.

“Processual civil. Embargos de declaração. Decisão judicial. Não-enfrentamento das questões postas. Art. 458-ii, cpc. Due process Of law. Recurso provido.

I - A motivação das decisões judiciais, elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no due process of law, representando uma "garantia inerente ao estado de direito".

II - A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados, mesmo que o seja em embargos declaratórios, sendo insuficiente a simples afirmação de inexistir omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada.

III - Em sede de apelo especial, indispensável o prequestionamento dos temas controvertidos no recurso, pelo que licita a interposição de embargos de declaração com tal finalidade. O tribunal, ao negar manifestação sobre teses de direito, obstaculiza a abertura da via especial tornando necessária a anulação do acórdão para que o colegiado enfrente a matéria, tendo em vista que não suprida a exigência do prequestionamento.”²¹⁰

Portanto, a sanção cominada pela Constituição Federal para decisões imotivadas é a nulidade. E não pode prevalecer, frente a essa imposição Constitucional, qualquer norma ou entendimento jurisprudencial que venha eximir o julgador de motivar as suas decisões. Isso porque, apesar da fundamentação não ser a parte da sentença que faz coisa julgada, ela é instrumento da demonstração da concatenação de idéias dos juízes, visando a preservação do Estado Democrático de Direito, por possibilitar a sociedade a fiscalização dos magistrados, evitando decisões discricionárias e julgadores déspotas em nosso sistema.

Nelson Nery Júnior afirma que:

“a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, mas adquire comando de Império, quando exige que a legislação infra imponha as sanções pelo descumprimento, afirmando direitos e impondo deveres e, que a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte

²¹⁰ STJ. Quarta Turma. REsp 67514 / RJ. Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. J: 19.03.1996. DJ 15.04.1996, p. 11539.

abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade.”²¹¹

Sendo assim, uma decisão não motivada ou incorretamente motivada afronta tão gritantemente o princípio da motivação, que o legislador constituinte, desde o texto maior já expressa, claramente, a pena a ser aplicada frente a esse vício.

O professor Celso Antonio Bandeira de Melo defende que:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.” ²¹²

O ordenamento jurídico brasileiro considera a decisão baseada em argumentos unicamente religiosos, nula. Como visto, o nosso país é um Estado laico e somente admite que o convencimento lógico-dedutivo do magistrado, seja feito com base em critérios não pessoais, mas sim, com base na prova dos fatos e na análise do direito correlato ao caso. Até mesmo no país em que ocorreram as decisões baseadas em declarações de duendes, há a ocorrência de um ilícito, representando, inclusive, motivo para que o juiz fosse afastado e cassado, donde se deduz que a própria sentença originária das Filipinas era viciada. Portanto, as decisões proferidas por esse magistrado são esdruxulamente motivadas e, por isso, geram afronta à ordem pública brasileira.

Por tudo isso, imaginemos um caso em que ocorre o pedido de homologação de sentença proferida pelo juiz estrangeiro do caso analisado e parte ré contesta a ação, alegando nulidade da sentença, devido à instauração de processo de cassação desse magistrado, por proferir sentenças baseadas em duendes. Contudo, a Corte Especial do

²¹¹ JUNIOR, Nelson Nery, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 6ª edição, RT, São Paulo: 2000, p. 177.

²¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de: *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição, Malheiros editores, 2004, p. 842.

STJ considera que a sentença à época era válida, visto que o juiz está apenas sendo processado, mas esse processo não transitou em julgado nas Filipinas.

Todavia, logo após proferida a sentença o processo de cassação Filipino transita em julgado e o juiz é efetivamente cassado, concomitantemente, ao prazo de 15 dias para o cabimento do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

A parte entra com recurso extraordinário, alegando a nulidade da sentença que está por ser homologada.

11.3.2. Princípio da Economia Processual

É válido considerar que num caso como esses cabe ação rescisória baseada no art. 485, inc. VII, ²¹³visto que, o que leva ao pedido de rescisão é um documento novo que aparece após proferida a sentença, portanto, é superveniente a ela, mas que é uma prova cabal que pode levar à nulidade da decisão e, por isso, motivo suficiente para o ensejo de tal ação.

Entretanto, devemos considerar que inúmeras têm sido as reformas que buscam a efetividade e duração razoável do processo.

Poderíamos, sem dúvidas, defender uma hipótese de cabimento de recurso extraordinário baseada no caso citado, em que, quando a parte pede a homologação da sentença estrangeira, já houvesse sido proferida a sentença de cassação do juiz. Contudo, ainda que houvesse a contestação, alegando a nulidade dessa decisão, o STJ a tivesse deferido, cabendo recurso extraordinário, pelos mesmo motivos já antes expostos.

Contudo, o nosso objetivo, neste caso, é ir além.

²¹³ Art. 485 - A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

Vemos que, hodiernamente, tem-se buscado, cada vez mais, uma duração razoável dos processos. O formalismo excessivo tem sido preterido, a fim de se dar a parte, a satisfação de sua tutela, em tempo hábil para fazer valer a sua requisição ao Judiciário.

Tudo tem sido feito na busca de se reduzir o tempo excessivo e desnecessário de duração de um processo, assim como dar ao litigante uma satisfação efetiva dos seus direitos. Nesse sentido, vemos as penalidades de multa por embargos declaratórios procrastinatórios, pela litigância de má-fé, assim como o deferimento de medidas cautelares e tutela antecipada, dentre outros meios.

A EC 45 também trouxe a sua contribuição acrescentando, como garantia fundamental do cidadão, o art. 5º o inciso LXXVIII, preceituando o princípio da razoável duração dos processos:

"A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação sendo assegurado à Fazenda Pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública prazos especiais, na forma da lei."

O Ministro José Augusto Delgado acrescenta, referindo-se ao princípio da duração razoável dos processos, que:

"Esse tipo de garantia fundamental do cidadão, elevado à categoria de natureza constitucional, está sendo reconhecido em todas as civilizações, por se tê-la como sendo uma das grandes conquistas em benefício do homem a ser cultivada, de modo profundo, no próximo século XXI.

Os reflexos dessas idéias levaram a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais a reconhecer, de modo explícito, no texto

do art. 6.º, § 1.º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível.”²¹⁴

Obviamente, como a Constituição se configura como um sistema de normas que deve ser interpretado de maneira conforme, a fim de garantir o equilíbrio do ordenamento jurídico. Outros princípios como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a inafastabilidade do Poder Judiciário, não podem ser menosprezados em prol da celeridade.

Defendemos, pois, apenas uma simplificação do direito de forma, objetivando uma celeridade da prestação jurisdicional, cuidando para resguardar a imagem desgastada da justiça, levando em conta a proteção de outros princípios tão fundamentais, importantes e norteadores do ordenamento jurídico brasileiro.

No caso estudado, depois de proferida a sentença pelo STJ e tendo a parte, agora, acesso à sentença transitada em julgado no processo de cassação do juiz, pode ela fazer uma tentativa de rescindir o processo. Contudo, isso seria prorrogar a solução do caso, optando-se por um excessivo formalismo, desprestigiando uma justiça mais célere e eficaz, que, em nenhum momento, estaria deixando de consagrar importantes princípios como os garantidores do devido processo legal.

Fato é que a ação rescisória é uma nova relação jurídica processual. Com ela, ataca-se a sentença final de um processo, instaurando um outro procedimento, buscando-se reparar a injustiça da sentença transitada em julgado. Isso porque, no caso em voga, o grau de afronta ao ordenamento jurídico brasileiro é de tal amplitude que sobrepõe a proteção da segurança jurídica alcançada pela coisa julgada.

Entretanto, considerando a possibilidade do cabimento do recurso extraordinário, dentro do prazo de 15 dias, após publicada a sentença proferida pela Corte Especial do STJ, haveria uma prevalência da celeridade processual, da duração razoável do processo, o que, a nosso ver, seria mais adequado.

²¹⁴ Site http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1902/1/Reforma_do_Poder_Judici%C3%A1rio.pdf, acesso em 19.02.2007.

Não se esqueça que a parte ao contradizer o processo de homologação da sentença estrangeira, já alegara a existência do processo de cassação contra o juiz filipino, afirmando, inclusive, todas as afrontas constitucionais por nós anteriormente mencionadas. Todavia, no prazo de quinze dias, confirmou-se, de fato, que esse juiz não era capaz de exercer suas funções, por realizá-las de maneira desconforme com o preceituado em seu ordenamento jurídico. Provando-se cabalmente, que a sentença objeto do pedido de homologação afronta o sistema jurídico brasileiro.

Dessa forma, defendemos que, deve o STF admitir o recurso extraordinário frente à homologação deferida pelo STJ, baseado nos argumentos de ferimento da ordem pública e da Constituição Federal expostos pela parte, quais sejam a precária motivação das decisões e a ofensa ao Estado Laico de Direito, considerando, inclusive a prova cabal do que é alegado: a sentença estrangeira de cassação do magistrado.

Nessa linha de pensamento, como já mencionamos em capítulos anteriores, temos acórdãos do STJ relativos a Ações de Estado, em que é deferida uma nova prova, como no caso, o exame de DNA, em prol de se preservar a celeridade processual, assim como pelo destaque da matéria discutida. Temos, inclusive, mais um acórdão paradigmático, neste sentido:

“Direitos civil e processual civil. Investigação de paternidade. Prova genética. DNA. Requerimento feito a destempo. Validade. Natureza da demanda. Ação de estado. Busca da verdade real. Preclusão. Instrução probatória. Inocorrência para o juiz. Processo Civil contemporâneo. Cerceamento de defesa. Art. 130, CPC. Caracterização. Produção antecipada de provas. Colheita de material do morto antes do sepultamento. Possibilidade. Recurso provido.

I - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de Ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de Estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou socio-cultural entre as Partes.

II - além das questões concernentes às condições da ação e aos Pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização Legal (cpc, art.267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se Cuidando de instrução probatória.

III - diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

IV - na fase atual de evolução do direito de família, não se Justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz.”²¹⁵

Diante disso, cremos que após o juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário, em que se demonstra a afronta constitucional, o prequestionamento e, como veremos em seguida, a repercussão geral do caso, não há o magistrado de se negar a prestação da mais eficaz tutela jurisdicional, por se ater estritamente ao formalismo processual, olvidando-se não só de sua função constitucional, mas mantendo-se como Corte Máxima de orientação de todo um sistema jurídico, frente a novos e paradigmáticos casos que se apresentam para a sua apreciação.

11.3.3. Repercussão Geral do Caso

Mais uma vez afirmamos que os interesses supra-individuais devem se sobrepôr aos das partes. Sendo assim, o recurso extraordinário serve para garantir a primazia da nossa Constituição Federal, frente ao ordenamento interno e à soberania de outros países.

Portanto, havendo um caso em que o Superior Tribunal de Justiça homologa uma sentença que fere a ordem pública, maculando soberania brasileira e a própria Constituição Federal, há motivo suficiente para o cabimento do recurso extraordinário, visto que o Supremo Tribunal Federal tem o poder e o dever de dar a última palavra em prol da proteção do Estado Brasileiro de Direito frente a outras nações.

²¹⁵ STJ. Quarta Turma. REsp 140665 / MG. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julg: 17/09/1998. DJ: 03.11.1998 p. 147

Considerando que a nossa doutrina entende de forma uníssona, existir a violação a ordem pública – que é um instituto de máxima importância por ser a base jurídica, política e social de um Estado – quando o reconhecimento da sentença estrangeira ou aplicação do direito alienígena confronta de plano com ordenamento do foro, temos que no caso em análise, há existência de repercussão geral.

É inegável a afronta pungente à Constituição Federal, assim como a relevância dos pontos abarcados na hipótese discutida, por se tratar de uma matéria capaz de irradiar os seus efeitos e reproduzir consequências numa grande amplitude de situações que possam vir a ocorrer em nosso sistema.

Concluimos, portanto, serem matérias de repercussão geral, qualquer método utilizado que comprometa o pleno exercício da motivação das decisões do magistrado, tal como explicado anteriormente, capaz de gerar, inclusive, uma nulidade absoluta do julgado. Assim como a violação ao Estado laico de Direito, expressamente garantido na nossa Carta Maior.

11.4. Possível argumentação de não admissibilidade do recurso extraordinário nos casos.

Através da repercussão geral, buscou o legislador tentar introduzir no sistema brasileiro, uma maneira de reduzir o aumento incontido de recursos que chegam para o Supremo, até porque, observou-se que o número de recurso extraordinários que envolvem questões de menor importância era enorme.

Alexandre de Moraes assevera que esse novo requisito surgiu a partir de uma semelhança do nosso direito com o Direito Constitucional comparado que busca permitir uma maior seleção por parte da Corte Suprema ou do Tribunal Constitucional, a fim de que somente recursos que, de fato, abordem uma matéria de maior interesse e tenham uma maior repercussão, sejam admitidos pelo Tribunal. Dessa forma, se permitirá que ele exerça, de fato, a sua função de guarda da Constituição.²¹⁶

²¹⁶ Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. 19 ed. – São Paulo, Atlas, 2006, pág. 503.

Além do mais, alguns autores discutem a possibilidade de ser a repercussão geral uma questão de avaliação política para a admissibilidade do recurso extraordinário.

Gilson Delgado Miranda e Patrícia Pizzol avaliam a questão dizendo:

“Para grande parte da doutrina, como, por exemplo, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina, trata-se de requisito de admissibilidade.

Esse entendimento, contudo, não é pacífico na doutrina. Para Arruda Alvim, a repercussão geral não afeta o mérito do recurso. Cita o autor a doutrina alemã que diferencia a “significação fundamental” da questão da admissibilidade do recurso. É, para ele, “ato de avaliação política, prévio à possibilidade de admissão”.²¹⁷

Portanto, considerando a possibilidade de ser avaliado esse requisito como uma forma de vedação política de acesso ao Supremo Tribunal Federal, alguns doutrinadores podem acreditar que é permitido a esse Tribunal vedar o exame das questões supra analisadas.

Isso porque, o número de processos relativos à homologação de sentença estrangeira que chegam para análise no direito brasileiro, nem de longe se comparam à quantidade de causas que abordam matérias de direito civil, trabalhista, comercial, etc. Dessa forma, o recurso pode ser indeferido, através da alegação da importância relativa à quantidade de causas que chegam ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça.

Como o principal objetivo dessa Emenda Constitucional foi a redução do número de processos que chegam ao Supremo, para possibilitar que sejam apreciados apenas aqueles que são de fundamental importância para garantir os direitos constitucionais dos cidadãos, levando-se em conta o número inexpressivo – se comparado a outras matérias – de processos relativos à Direito Internacional, pode a Corte Constitucional, votar pela não repercussão geral das questões, inadmitindo o recurso extraordinário.

²¹⁷ Miranda, Gilson Delgado e Pizzol, Miranda Patrícia. Recursos no Processo Civil. 5ª ed. atualizada com a EC nº 45/2004 e com as Leis nº. 11.187/05, 11.232/05, 11.277/06 e 11.208/06. – São Paulo: Atlas, 2006, pág. 144.

12. Conclusão

Com a Emenda Constitucional, 45 significativas mudanças ocorreram no Direito Brasileiro.

Uma das importantes diferenças foi a transferência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias (CF, art. 105, I, "i").

A todos é notório que o Poder Judiciário se encontra em um momento de crise. A morosidade e lentidão da Justiça, que, inúmeras vezes, profere decisões já ineficazes pela demora da prestação jurisdicional, conduzem os jurisdicionados há uma descrença no sistema jurídico brasileiro.

Por outro lado, o Brasil, por sua economia, dimensão territorial e população, tem se tornado um país representativo na comunidade das nações, com potencialidades, e que tem buscado desempenhar um papel mais ativo no mundo globalizado, sobretudo pelo imperativo de gerar crescimento e riqueza para atender às necessidades de desenvolvimento sócio-econômico de seu povo. Nesse contexto, mais demandas relativas a negócios internacionais, chegam para a apreciação do Judiciário Brasileiro, com tendência a esse número aumentar.

Com o objetivo de ajudar no desafogamento do STF, em relação ao gigantesco número de lides que, a todo ano, assoberbam esse Tribunal, o legislador vislumbrou, nessa mudança, aliada a outros métodos, uma tentativa de amenizar o problema.

Todavia, a transferência de competências do STF para o STJ, nunca se configurou como uma boa solução para resolver os problemas da Corte Constitucional.

O STJ foi criado para proporcionar uma solução para a Crise do Supremo. Ela teve origem quando uma vasta quantidade de recursos extraordinários começou a ser admitido pelo STF, pois, antes da Constituição Federal de 1988, esse tribunal tinha

competência para analisar questões que envolvessem o direito objetivo federal e constitucional. Portanto, o número de demandas era enorme.

Acreditando-se que solução era a divisão dessas funções, criou-se esse novo Tribunal, mas isso não foi suficiente para alcançar o resultado almejado.

Com o passar dos anos, inúmeras têm sido as medidas para tentar parar o crescimento avassalador do número de recursos constitucionais. A Emenda Constitucional 45, trouxe algumas, dentre elas: a súmula vinculante, a demonstração da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário, assim como a delegação da competência para homologação de sentenças estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias, para o STJ.

Entretanto, devido à função precípua de guarda da Lei Magna do nosso ordenamento jurídico, não pode o STF, em prol da diminuição da crise do recurso extraordinário, se eximir de se pronunciar, frente a esses casos de homologação como, por exemplo, os estudados, quando há afronta à Constituição Federal e a parte requer que esse tribunal se pronuncie mediante a interposição do recurso constitucional.

A nosso ver, não foi a mais correta, a opção do legislador por essa mudança de competência. Isso porque cabe ao Supremo Tribunal Federal, como grande Guardião da Constituição e, também, como Corte Máxima do sistema jurídico brasileiro, zelar pela preservação da soberania nacional frente a outros países. Pela estrutura de nosso ordenamento jurídico, deveria ele continuar a exercer esse papel de recepcionar uma decisão emanada dos outros Estados Soberanos.

Resta, portanto, às partes recorrerem ao Tribunal Constitucional, para poderem ter o seu direito preservado, em todas as situações em que haja ofensa à Constituição Federal, demonstrando os requisitos necessário à admissibilidade do recurso extraordinário, exercendo assim, o seu direito a um devido processo legal e preservando suas garantias de amplo acesso ao Judiciário, para a devida apreciação de sua demanda.

13. Bibliografia

- ALVIM, Arruda. *A Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- ALVIM, Eduardo Arruda e MARTINS, Cristiano Zanin. *Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da lei 10.352/01. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. coordenado por Nelson Nery Júnior e Tereza Arruda Alvim Wambier.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.: II – Arts 154 a 269.
- ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, 2ª edição, Ed. Renovar, 2004.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999, v. I.
- ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BATALHA, Wilson de Souza Campo. *Tratado de Direito Internacional Privado*, Vol. II., 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- BATISTA, Olvídio. *Curso de Direito Processual Civil – Processo do Conhecimento*. 6 Ed. São Paulo, RT, 2003.
- BAPTISTA, Sônia Marcia Hase de Almeida. **Dos embargos de declaração**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1993.
- BERMUDEZ, Sérgio. A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional Nº 45. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- Bermudes, Sérgio. Arguição de relevância da questão federal. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva. 1978. v. 7.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BRITO, Luiz Araújo Corrêa de. *Do Limite à extraterritorialidade do Direito Estrangeiro no Código Civil Brasileiro*. 1952.

- CARNEIRO, Athos Gusmão, Recurso especial, agravos e agravo interno, Rio de Janeiro, Forense, 2003, e. 3ª.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*, 5ª edição, Ed. Forense, 1996.
- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Recurso Especial e Extraordinário. São Paulo, Dialética, 2003.
- CRETELLA Jr., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Ed. Forense Universitária. Rio de Janeiro. 2ª ed. v. 6.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. A Causa Petendi no Processo Civil. 2. ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- DIDIER Jr., Fredie. Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade. E ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.
- DIDIER Jr., Fredie e Cunha, Leonardo José Carneiro. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação das Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 3ª. Edição, Ed. Podium.
- DINAMARCO, Cândido. A Reforma do Código de Processo Civil. 2a. ed. São Paulo: ERT, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. SP: Saraiva, 1999, 5ª ed.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, 7ª edição, Ed. Renovar, 2003.
- DOWER, Nélon Gogoy Bassil Dower. *Curso básico de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo, Nelpa, 1996. v. I.
- Emilio Betti. Diritto Processuale Civile Italiano. 2ª edição, Roma, 1936. in JUNIOR, Nelson Nery. Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos - Recursos no Processo Civil. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.
- FERNANDES, Antônio Scarance: *Processo Penal Constitucional*. 2.ª edição, RT, São Paulo: 2000.
- Junior, NELSON NERY. Recursos no Processo Civil, 4ª Ed. Ed. Revista do Tribunais, 1997.

- JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. Col. Recursos no Processo Civil – RPC-1, 5. ed. rev. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- KARAM, Adolf Schonke. *O Ônus da Prova : noções fundamentais*. Revista de Processo, São Paulo, ano V, n. 17, jan./ mar. 1980.
- LACERDA, Galeno. *Críticas ao prequestionamento*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 17, n. 758, dez. 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 2 ed., RT, São Paulo, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2002.
- MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de: *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição, Malheiros editores, 2004.
- MENDES, Leonardo Castanho. *O Recurso Especial e o Controle Difuso de Constitucionalidade*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- MIRANDA, Gilson Delgado e PIZZOL, Miranda Patrícia. *Recursos no Processo Civil*. 5ª ed. atualizada com a EC nº 45/2004 e com as Leis nº. 11.187/05, 11.232/05, 11.277/06 e 11.208/06. – São Paulo: Atlas, 2006.
- MONTEIRO, Samuel. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Hemus, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. – São Paulo, Atlas, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Problemas Relativos a Litígios Internacionais*”, in *Temas de Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 1994.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas Sobre reconhecimento e execução de sentenças Estrangeiras*. RePro 124.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª edição eletrônica Revista e atualizada . Rio de Janeiro : Forense, v. 5.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que Significa “Não Conhecer” de um Recurso?. Revista Forense – Vol. 333
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NETO, Luiz Orione. *Recurso Extraordinário*. In *Dos Recursos - Temas Obrigatórios e Atuais*. Coord. Rodrigo Reis Mazzei .volume 2 – Ed. ICE. 2001.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*. Revista Forense, Rio de Janeiro: 1977, V. 259.
- PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. In: *Associação Juízes para a Democracia – publicação especial em comemoração aos 10 anos de fundação*. Direitos Humanos – Visões Contemporâneas. São Paulo, 2001.
- SILVA, Bruno Matos e. *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário*. São Paulo: RT, 1963.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3ª. Ed. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz – A “repercussão geral das questões constitucionais” e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as “causas irrelevantes”, *Comentários à reforma do Poder Judiciário*, coord.: Walter de Moura Agra, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- STRENGER, Irineu Strenger: *Direito Processual Internacional*, 1ª edição, LTr, 2003.
- TRINDADE, Ariadne Maués. *Da Distinção entre Questão de Fato e Questão de Direito para Fins de Cabimento dos Recursos Extraordinário e Especial*. Dissertação de Mestrado – PUC/SP. 2003.

- WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. “A reforma judiciária e o STJ”. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 10 abr. 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. “Anotações sobre a Teoria Geral dos Recursos”, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004- Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Túlio Liebman – vol. 16.
- <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos008.htm>, acessado em 28.09.2006.
- <http://www.cartaforense.com.br/v1/index.php?id=entrevistas&identrevista=13>. Acesso em 13.11.2006.
- Pesquisa ao site <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/26.pdf> , em 28 de novembro de 2006.
- Site: A Arbitragem no Brasil e no Âmbito do Comércio Internacional. Acesso em 13.12.2006.
- Site
[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1902/1/Reforma do Poder Judici%C3%A1rio.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1902/1/Reforma_do_Poder_Judici%C3%A1rio.pdf), acesso em 19.02.2007.
- site da BBC Brasil em 19.01.2007.
(http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/08/060818_juizduendespu.shtml)
- <http://www.oab-ba.com.br/noticias/conselho-federal/2006/06/busato-repercussao-geral-dificulta-acesso-povo-justica.asp>. Acesso 13.11.2006
- Site http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_63.pdf, acesso em 01.02.2007.