



Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICDP

THAIS MARIA SILVA RIEDEL DE RESENDE

**CAUSA DE PEDIR NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

BRASÍLIA

2006

THAIS MARIA SILVA RIEDEL DE RESENDE

**CAUSA DE PEDIR NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, na área de Processo Civil.

Orientador: Ministro Cezar Peluso

BRASÍLIA

2006

THAIS MARIA SILVA RIEDEL DE RESENDE

**CAUSA DE PEDIR NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, na área de Processo Civil.

Orientador: Ministro Cezar Peluso

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ .

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a todos que contribuíram para a elaboração da presente monografia. Primeiramente a Deus, por me dar saúde e por tudo que tem feito na minha vida. Minha imensa gratidão aos meus familiares e amigos, por me apoiarem neste trabalho. Um agradecimento especial ao meu orientador, que me incentivou a desenvolver este tema de grande relevância para os operadores do Direito.

## RESUMO

A presente monografia estuda a causa de pedir no controle de constitucionalidade. Requisito essencial na Teoria Geral do Processo, a causa de pedir apresenta nuances diferenciadas no que diz respeito aos controles de constitucionalidade difuso e concentrado. Daí a divisão do trabalho em três partes: a) a causa de pedir na Teoria Geral do Processo, em que se situa a *causa petendi* no contexto da ação, suas noções propedêuticas e sua particularidade de ser ‘fechada’ de acordo com o Processo Civil; b) a causa de pedir no controle abstrato de normas, abordando as noções gerais do processo objetivo e, especificamente, a *causa petendi* ‘aberta’ como instrumento do controle jurisdicional constitucional, com suas implicações processuais e aplicação pelo Supremo Tribunal Federal; c) a causa de pedir no recurso extraordinário, momento em que se verifica o controle difuso de constitucionalidade que se vale do recurso extraordinário para a análise de constitucionalidade pela Suprema Corte, analisando seus requisitos de admissibilidade e do prequestionamento, assim como a recente aplicação da causa de pedir ‘aberta’ em recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal. Sua contribuição é aprofundar a tão pouca estudada causa de pedir, fixando seu conceito e suas características processuais e a sistematização das implicações processuais da causa de pedir no controle difuso e concentrado, como também o atual entendimento jurisprudencial sobre o tema e suas conseqüências práticas ao operador do Direito.

**Palavras-chave:** direito processual civil, causa de pedir, controle de constitucionalidade, recurso extraordinário, *causa petendi* aberta.

## ABSTRACT

This paper studies the *causa petendi* in the control of constitutionality. An essential requisite to the General Theory of the Process, the *causa petendi* presents peculiarities concerning to the diffuse and concentrated control of constitutionality. Thus, this dissertation is divided in three parts: a) location of the *causa petendi* in the General Theory of the Process and the context of your action, propaedeutic concepts and the particularity of the *causa petendi* to be considered “closed” according to the Civil Process; b) the *causa petendi* regarding to the abstract control of rules, approaching the general notions of the objective process and, specifically, the ‘opens’ *causa petendi* as an instrument of the jurisdictional control of constitutionality, with the procedural implications and your application by the Federal Supreme Court; c) the *causa petendi* in the extraordinary appeal, wherein is verified the diffuse control of constitutionality and analysed the requisites and basis, as well as the recent application of the “open” *causa petendi* in the extraordinary appeal by the Federal Supreme Court. This dissertation contributes to deepened in the *causa petendi* study, its conceptions and the procedural characteristics, such as the systematization of the procedural implications to the *causa petendi* in the diffuse and concentrated control. Finally, the research contributes to the present judgement about the theme and its practical results for the law operator.

**Key-words:** civil procedural law, *causa petendi*, open *causa petendi*, control of constitutionality, extraordinary appeal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>CAPÍTULO 1: A CAUSA DE PEDIR NA TEORIA GERAL DO PROCESSO</b> .....	11
1.1 A <i>Causa Petendi</i> e a Ação .....	11
1.2 Noções Propedêuticas sobre a <i>Causa Petendi</i> .....	14
1.3 A <i>Causa Petendi</i> ‘Fechada’ .....	17
<b>CAPÍTULO 2: A CAUSA DE PEDIR NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS</b> .....	19
2.1 Controle de Constitucionalidade – Noções Gerais .....	19
2.2 A <i>Causa Petendi</i> ‘Aberta’ como instrumento do Controle Jurisdicional Constitucional .....	25
2.3 As implicações processuais decorrentes da <i>Causa Petendi</i> Aberta .....	28
2.4 Aplicação da <i>Causa Petendi</i> ‘Aberta’ pelo STF .....	34
<b>CAPÍTULO 3: A CAUSA DE PEDIR NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO</b> .....	38
3.1 Recurso Extraordinário no Controle Difuso de Constitucionalidade – Noções Gerais .....	38
3.2 Pressupostos de Admissibilidade do Recurso Extraordinário .....	44
3.3 O prequestionamento da matéria objeto de Recurso Extraordinário .....	49
3.4 A recente aplicação da Causa de Pedir ‘Aberta’ pelo STF .....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	57
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	60

## INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar o elemento Causa de Pedir no Controle de Constitucionalidade, suas noções, aplicação no Direito atual, regras, restrições e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

Além da relevância do tema da *causa petendi* (exposição dos fatos constitutivos da situação ou relação jurídica afirmada pelo autor) na operacionalização intelectual e prática do processo civil, pouco existe na doutrina sobre este instituto, principalmente sobre o objeto específico de estudo: causa de pedir ‘aberta’. Portanto, espera-se que o trabalho contribua para ampliar o debate sobre o tema e que sirva como mais uma fonte de pesquisa para os operadores do Direito.

Ademais, é de suma relevância a prerrogativa constitucional do controle concentrado de constitucionalidade, sendo oportuno um estudo mais aprofundado acerca das conseqüências advindas da interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à extensão do princípio da causa de pedir aberta.

Embora seja tamanha a interferência, na militância dos advogados, do entendimento da causa de pedir aberta no controle concentrado de constitucionalidade, pouco tem sido o debate acerca do tema. Uma vez que tal controle, constitucionalmente previsto, possibilita o estancamento de defeitos e vícios no sistema normativo, os operadores do Direito têm o compromisso de observar as assertivas relacionadas a ele.

Daí a importância social do presente estudo, já que se objetiva questionar se a aplicação da causa de pedir aberta pelo Supremo Tribunal Federal tem adquirido dimensão maior do que possui. Certamente, os operadores do direito, já que assumem o dever

constitucional de zelar pelo sistema jurídico como um todo, serão beneficiados nesta discussão, assim como toda a população a qual representam.

Para o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade, o âmbito de cognoscibilidade da questão constitucional não se restringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, já que abarca todas as normas que compõem a Constituição Federal. Como o julgamento das ações diretas não depende da *causa petendi* formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, a fundamentação dada pelo requerente pode ser desconsiderada e suprida por outra encontrada pela Corte.

Portanto, o conteúdo objetivo do processo de controle abstrato de constitucionalidade subtrai das partes a faculdade processual de fixar os fundamentos sob os quais deva ser resolvida a questão constitucional. Pois, havendo, nesse processo objetivo, argüição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor, presumindo-se que hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual argüição de inconstitucionalidade.

Desse modo, se, por exemplo, é argüida a inconstitucionalidade de determinado artigo de lei, por ferir o disposto em algum artigo na Constituição, uma vez declarada a constitucionalidade da lei, não mais será possível argüição de sua inconstitucionalidade, mesmo que por outra fundamentação. Tal posicionamento, por um lado, reforça a noção de segurança jurídica própria da guarda da Lei Fundamental, mas, de outro modo, impossibilita uma nova argumentação acerca da inconstitucionalidade de determinado dispositivo, já que se presume que, na primeira análise, toda a Constituição foi examinada e não apenas o dispositivo apontado.

Diante de tais noções, uma relevante questão se apresenta: Quais as implicações que defluem da utilização da *causa petendi* aberta no Controle Concentrado em nosso Direito pátrio?

Afinal, na medida em que não se admite a arguição de inconstitucionalidade por uma nova fundamentação jurídica, pode haver um engessamento do Controle Concentrado de Constitucionalidade, que não possibilita a discussão em uma nova composição do Tribunal ou de um novo raciocínio jurídico que jamais fora observado. Neste sentido, se o Supremo Tribunal Federal passa a dar ao princípio da *causa petendi* aberta dimensão que ele não possui, fecha as portas à fiscalização abstrata dos atos normativos por nova argumentação, e isto fere o Princípio da Liberdade de Defesa.

Também se verificará em que medida está havendo a mitigação deste posicionamento pela recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e em que isso transforma o debate (como no caso concreto dos crimes hediondos). Além de se averiguar a influência da decretação de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade (com a recente possibilidade de se ter causa de pedir aberta nos recursos extraordinários).

No primeiro capítulo, analisa-se a causa de pedir na Teoria Geral do Processo. Inicialmente, a causa de pedir situada no contexto da ação. Em seguida, as noções propedêuticas sobre a *causa petendi* no Processo Civil e, por fim, a noção de causa de pedir ‘fechada’, que limita o âmbito de análise do julgador.

No segundo capítulo, o estudo envolve a causa de pedir no Contrato Abstrato de Normas. Demonstrará a especificidade da causa de pedir ‘aberta’ dentro do sistema concentrado de constitucionalidade. Para tanto, primeiramente é feita uma abordagem sobre noções gerais do controle de constitucionalidade. Após esta análise genérica, aprofunda-se no estudo específico da causa de pedir ‘aberta’ como instrumento de Controle Jurisdicional Constitucional, suas implicações processuais e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

Já com o enfoque no Controle Difuso de Constitucionalidade, o terceiro capítulo abordará a causa de pedir no recurso extraordinário. Começa com a análise de noções gerais

acerca do recurso extraordinário já que este é o instrumento apto ao controle de constitucionalidade pela Suprema Corte no sistema difuso. Após, estudam-se os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário e do requisito do prequestionamento, jurisprudencialmente exigidos na admissão deste recurso constitucional. Finalmente, analisa-se a recente aplicação da causa de pedir ‘aberta’ pelo Supremo Tribunal Federal e as implicações decorrentes deste posicionamento jurisprudencial.

## **CAPÍTULO 1 - A CAUSA DE PEDIR NO PROCESSO CIVIL**

### **1.1. A causa petendi e a ação**

No Brasil, a função jurisdicional compete exclusivamente ao Poder Judiciário. Tal preceito é constitucionalmente previsto, no artigo 5º, XXXV, que afirma não ser possível a lei excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de direito. Ou seja, o direito de ação existe como princípio basilar de nosso ordenamento jurídico.

Quando o Estado monopoliza a jurisdição, ele atribui tal tarefa a funcionários especialistas que formam o Poder Judiciário. Ocorre que, para realizar a jurisdição, que se exprime numa operação intelectual de observar se diante de determinado fato concreto incide a norma abstrata, deve haver imparcialidade dos julgadores e definitividade quanto às normas.

Canotilho (1999, p.615) observa que:

A jurisdição pode, em termos aproximativos, ser qualificada como a atividade exercida por juízes e destinada à revelação, extrinsecação e aplicação do direito num caso concreto. Esta atividade não pode caracterizar-se tendo em conta apenas critérios materiais e substantivos. Está organizatoriamente associada ao poder jurisdicional, e é subjetivo-organicamente atribuída a titulares dotados de determinadas características (juízes). Está ainda jurídico-objetivamente regulada quanto ao modo de exercício por regras e princípios processuais (processo).

Dinamarco (2001, p.78), por sua vez, revela que jurisdição, ação, defesa e processo tornam-se os quatro institutos fundamentais do Direito Processual Civil moderno.

Não se movimenta a jurisdição sem o exercício regular e válido do direito subjetivo de invocar a prestação jurisdicional, ou seja, o direito de ação. O princípio da inércia da jurisdição é preceituado no artigo 2º do Código de Processo Civil: “nenhum juiz prestará tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado a requerer nos casos e forma legais”. Portanto, a ação é instrumento de provocação do exercício da função jurisdicional.

A doutrina brasileira conceitua ação como direito público subjetivo de invocar a prestação jurisdicional, independentemente de existir o direito material. A ação de direito material é o poder de exigir, em abstrato, uma conduta alheia nos limites da lei, enquanto que a ação de direito processual é, ao reverso, o direito de obter a tutela dos tribunais, pressupondo o direito de acesso à justiça e à pretensão de tutela jurídica.

Como bem esclarece Silva (2000, p.77):

O conceito de ação processual assenta-se na premissa de existir, como um plus lógico, um direito público subjetivo que a precede, por meio do qual o Estado reconhece e outorga a seus jurisdicionados o poder de invocar proteção jurisdicional. Não se pode, portanto, confundir as duas categorias. Uma coisa será o direito subjetivo processual, por meio do qual a ordem jurídica reconhece a alguém o poder de tornar efetivo o direito através do exercício da ação processual. Outra, não o poder, mas o exercício efetivo desse direito, por meio da ação.

Em contrapartida ao direito de ação, existe o direito de defesa pelo qual se instaura o contraditório, constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O exercício do direito de ação faz surgir o processo, que é instrumento de realização da jurisdição. No entanto, antes de ser apreciado pelo juiz o mérito do pedido pleiteado, deve haver a verificação da presença dos pressupostos processuais e as condições da ação. Assim, os pressupostos processuais devem respeitar a existência e a validade da relação processual. Para que o processo exista, são necessárias partes, juiz e lide. E para que o processo seja válido, o juiz deve estar investido da jurisdição, ser imparcial e competente. As partes devem ter a capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade postulatória. Não deve haver fatos impeditivos como litispendência e coisa julgada, conceitos que conferem originalidade à lide, e o procedimento deve subordinar-se às normas legais.

Após a análise dos pressupostos processuais, verifica-se se existem as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse jurídico em agir.

Sobre o tema, dispõe Calamandrei (1999, p.206/207) que:

a doutrina tem classificado tais circunstâncias sob a denominação de condições da ação ou de requisitos da ação que, com maior exatidão ainda, podem ser denominadas de requisitos constitutivos, para fazer compreender que sem eles o direito de ação (entendido como direito à providência favorável) não nasce, e que os mesmos devem, por conseguinte, ser considerados como os extremos necessários e suficientes para determinar, na prática, o nascimento do direito de ação.

Em síntese, Marques (1990, p.162/166) ensina que: a) a ação é o direito de pedir a tutela jurisdicional para que o Estado satisfaça a uma pretensão regularmente deduzida; b) o direito de ação é dirigido contra o Estado, sendo direito público subjetivo; c) a ação constitui direito instrumental destinado a assegurar a prevalência de interesse juridicamente protegido; d) o direito de ação é processual, tendo em vista que o sujeito pratica atos processuais destinados à obtenção da tutela jurisdicional; e) ação é, por fim, um ônus, pois sem propor ação, o sujeito não instaura o processo e pode ficar privado do bem jurídico que lhe confere o direito subjetivo.

Conforme o disposto no artigo 301, parágrafo 2º do Código de Processo Civil, verifica-se que o Brasil adotou a Teoria dos *Tria Eadem*, pela qual a individuação de uma demanda deve basear-se em três elementos - pessoas, causa de pedir e pedido: “Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Acerca dos elementos da ação judicial, Chiovenda (1998, p.52) considera:

1º) Os *sujeitos*, isto é, o sujeito ativo (autor), a quem pertence o poder de agir, e o passivo (réu), em face de quem se exerce o poder de agir (*personae*); 2º) A *causa* da ação, isto é, um estado de fato e de direito que é a razão pela qual se exerce uma ação e que habitualmente se cinde, por sua vez, em dois elementos: uma relação jurídica e um estado de fato contrário ao direito (*causa petendi*); 3º) O *objeto*, isto é, o efeito a que tende o poder de agir; aquilo que se pede (*petitum*).

Tamanha é a relevância da identificação das causas quanto à individualização das partes, do pedido e da causa de pedir. É através dela que se identifica questões processuais de conexão, litispendência e coisa julgada.

Ademais o Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 282, III, traz o fato e os fundamentos jurídicos do pedido como requisitos essenciais da petição inicial. Deste modo, conforme o parágrafo único do artigo 295 do CPC, a petição inicial é considerada inepta quando lhe faltar o pedido ou a causa de pedir.

## **1.2. Noções propedêuticas sobre a causa petendi**

José Rogério Cruz e Tucci (2001, p.23), ao analisar os fundamentos históricos da causa de pedir, observa que: “*Causa*, como substantivo, é termo utilizado para indicar ‘toda contienda judicial’, ‘el cuerpomismo de los autos’, ou o assunto sobre o qual versa a controvérsia de natureza civil ou o conflito de interesses de alta relevância social na esfera penal”. Observa que “*Causa*, consubstanciava-se, então, na exposição da matéria litigiosa deduzida perante o juiz”. Seria o “fato ou os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo, e que constituem a *causa de pedir*, são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão”.

Trazendo o conceito de Zanzucchi, o autor conceitua a causa de pedir verificando que essa “encerra, pois, um fato ou complexo de fatos necessários e suficiente a esclarecer a razão jurídica da pretensão ou das pretensões do demandante” (2001, p.157).

Quanto à finalidade da *causa petendi*, Tucci (2001, p.59) conclui que há “dupla finalidade advinda dos fatos que a integram, vale dizer, presta-se, em última análise, a

individualizar a demanda e, por via de consequência, para identificar o pedido, inclusive quanto à possibilidade deste”.

Para Alvim (1996, p.163), “causa do pedido (*causa petendi*), causa de pedir ou causa da ação – é a razão ou o motivo pelo qual se exercita a ação. No ordenamento jurídico brasileiro é o fundamento do pedido”.

Sobre o mesmo tema, Bedaque e Tucci (2002, p.31) verificam que:

A causa de pedir é constituída pelo conjunto de fatos e de elementos de direito constitutivos das razões da demanda. As razões jurídicas sobre as quais se funda o pedido; os fatos jurídicos alegados como fundamento do direito substancial cujo reconhecimento se pretende. Afirma-se, pois, ser a *causa petendi* constituída por fatos juridicamente qualificados. É preciso haver identidade entre o suposto fático descrito em abstrato na norma e aquele relatado concretamente. Os fatos dizem respeito à relação jurídica material, quer os constitutivos, quer os contrários ao direito e que tornam necessária a tutela jurisdicional. Identifica-se a matéria fática com a causa de pedir remota. Já a qualificação jurídica dos fatos seria a *causa petendi* próxima.

Pela complexidade da questão da causa de pedir, justamente pela dificuldade de determinar exatamente de que esta se constitui, quais são seus elementos essenciais e qual o seu conteúdo, é feita a distinção entre a causa de pedir próxima e a causa de pedir remota.

Na medida em que a *causa petendi* próxima prende-se aos fundamentos jurídicos e à natureza do direito controvertido, a *causa petendi* remota abriga o fato gerador do direito.

Sobre o tema, Theodoro Júnior (2001, p.59) dispõe que:

Todo direito nasce do fato, do fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A causa de pedir, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si mesmo dá-se a denominação de “causa remota” do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de “causa próxima” do pedido.

Como resultado do questionamento sobre o conteúdo mínimo e necessário do objeto litigioso (*Streitgegenstand*), surgiram, na Alemanha, as Teorias da Individualização (*Individualisierungstheorie*) e da Substanciação (*Substantiierungstheorie*). Para a teoria da individualização, a *causa petendi* limita-se à indicação da relação jurídica constitutiva do direito, sendo desnecessário indicar os fatos constitutivos. O conteúdo da *causa petendi* é, pois, a

relação jurídica ou o estado jurídico afirmado pelo autor. Já para a teoria da substanciação, o conteúdo mínimo da demanda forma-se pelo fato constitutivo ou pelo conjunto de fatos que dão suporte à pretensão do autor. A *causa petendi* é a exposição dos fatos constitutivos da situação ou relação jurídica afirmada pelo autor.

Passos (2001, p.160) assim define as teorias:

Para os adeptos da *substanciação*, a causa de pedir é representada pelo fato ou complexo de fatos aptos a suportar a pretensão do autor, pois são eles que constituem o elemento de onde deflui a conclusão. Para adeptos da individualização, a causa de pedir é a relação ou o estado jurídico afirmado pelo autor em apoio a sua pretensão. O fato fica em plano secundário, não relevante, salvo se indispensável à individualização da relação jurídica.

E acrescenta: “o artigo 282, III, exigindo como requisito da inicial a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, põe o nosso sistema entre os que reclamam a substanciação da causa de pedir, aliás como já o fazia o Código de 1939, dispondo em igual sentido em seu artigo 158”.

Existem adeptos de ambas as teorias. Pela teoria da substanciação: Goldschmidt, Weismann, Atein e Jonas, na Alemanha e Zanzuchino, Belavits e Rispoli, na Itália. Pela teoria da individualização: Wach, Hellwig e Degenkolb, na Alemanha; e Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Betti na Itália. (NORONHA, 1994, p.30).

No entanto, Bedaque (1997, p.86) explica que:

De qualquer forma, a causa de pedir, quer para os adeptos da teoria da individualização, quer para os defensores da substanciação, revela o nexó existente entre o direito material e o processo. Não devem ser aceitas as construções da doutrina alemã, tendentes a excluir a causa de pedir do objeto do processo, acarretando completa separação entre os dois ramos do ordenamento jurídico. Para a perspectiva do instrumentalismo substancial sustentada neste trabalho, tanto faz a referência aos fatos constitutivos ou à relação jurídica, pois em ambos se está inserindo o direito substancial no processo. O que parece importante ressaltar é a impossibilidade absoluta de se ignorar o nexó entre direito e processo. A causa de pedir constitui o meio pelo qual o demandante introduz o seu direito subjetivo (substancial) no processo.

Importante classificação se apresenta quanto às demandas autodeterminadas e heterodeterminadas. As primeiras são aquelas individualizadas unicamente pelo conteúdo do

direito deduzido, bastando-lhes a afirmação, sendo desnecessária a indicação do fato gerador, a exemplo dos direitos de propriedade. Já as últimas são aquelas que se identificam pelo fato constitutivo, não sendo suficiente a exposição do direito, como em cobrança de dívida por motivos diversos.

### **1.3. A causa de pedir “fechada”**

Entende-se, portanto, por causa de pedir, a justificativa jurídica para se formular o pedido. Seu objetivo é delimitar o âmbito da tutela jurisdicional postulada, já que o juiz não pode decidir com fundamento em fatos não alegados sem oferecer ao réu elementos para efetivar sua defesa. Requisito da petição inicial, sua não-indicação é causa de inépcia da peça vestibular, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito.

O juiz fica adstrito ao pedido formulado pela parte, devendo decidir a lide nos limites em que foi ajuizada, não podendo conhecer questões que sequer foram suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes, conforme preceitua o artigo 128 do Código de Processo Civil.

Desse modo, a lide é objetivamente limitada pelo pedido. Respeitando o contraditório, para que a outra parte não seja surpreendida com fatos e fundamentos novos, a alteração do pedido só pode ocorrer antes de ser citado o réu (artigo 294 do CPC). Após a citação, o pedido só poderá ser alterado com consentimento do réu e antes do saneamento do processo (artigo 264 do CPC), já que neste último fixa-se o pedido e estabiliza-se a demanda. O mesmo ocorre com a causa de pedir.

Assim, o autor da ação delinea a *causa petendi* em sua peça postulatória, definindo fatos e fundamentos jurídicos de seu pedido. O réu exerce direito de defesa,

considerando os aspectos traçados pelo postulante. E o juiz resolve a lide tal qual definida pela *causa petendi*.

No entanto, cumpre ressaltar que não há que se confundir o fundamento jurídico como elemento da causa de pedir com a categorização jurídica. Na petição inicial, é dever do autor expor os fatos ocorridos e os motivos que o movem a ajuizar a ação, as razões em que se funda o pedido, o fundamento jurídico. Embora o juiz não negará a prestação jurisdicional pelo fato do autor mencionar erroneamente a qualificação jurídica aos fatos narrados.

Como esclarecem Bedaque e Tucci (2002, p.42):

Mesmo a liberdade na aplicação da regra jurídica deve ser examinada à luz do contraditório. O brocardo *iura novit cúria* significa a possibilidade de o juiz valer-se de norma não invocada pelas partes, desde que atendidos os limites quanto ao pedido e à causa de pedir. Isso não significa, todavia, desnecessidade de prévia manifestação das partes a respeito, mesmo porque muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica conseqüências jamais imaginadas pelas partes. Justificável, portanto, a preocupação com a efetividade do contraditório inclusive nesta sede.

Portanto, o Código de Processo Civil determina que, em processos subjetivos, nos quais se discutem fatos, inter-partes, a causa de pedir é fechada, ou seja, imutável, já que imprime a qualificação jurídica do litígio. Diferentemente ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, em que a causa de pedir é aberta, conforme se demonstrará no Capítulo seguinte.

## CAPÍTULO 2 - CAUSA DE PEDIR NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

### 2.1. Controle de Constitucionalidade Concentrado – Noções Gerais

Segundo Moraes (2005, p.631), controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

Pode ser visto sob diversos ângulos: quanto ao **órgão com a incumbência** de realizá-lo, pode ser político (existente na França e no México), jurisdicional (Estados Unidos, Alemanha, Portugal e Itália) ou misto (Suíça); quanto ao **momento de realização**, classifica-se em preventivo (impede que uma norma maculada pela eiva de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico) e repressivo (expurga do sistema normativo leis promulgadas em desrespeito à Constituição, *à posteriori*); quanto ao **sistema**, em difuso (reconhece a qualquer juiz ou tribunal competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis) e concentrado (um único órgão do Poder Judiciário exerce controle de constitucionalidade, podendo ser órgão superior da jurisdição ordinária – tribunal - ou Corte Constitucional); e, quanto ao **modo de manifestação**, realiza-se por via incidental (controle da lei ou ato normativo ante a Constituição, no transcurso de ação submetida a apreciação de tribunais por via de exceção) e por via principal (quando se suscitam questões de inconstitucionalidades em processo constitucional autônomo).

Também chamado de processo objetivo, Mendes (1990, p.250/251) assim observa quanto ao controle abstrato de constitucionalidade:

Tem-se aqui, pois, o que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição

(*Verfassungsrechtsbewähungsverfahren*). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. A admissibilidade do controle de normas – ensina Söhn – está vinculada, tão-somente, a uma necessidade pública de controle (*öffentliches Kontrollbedürfnis*).

Sendo órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal tem competência para exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo tanto na via direta, concentrada, abstrata como em matéria de defesa, por exceção. O controle difuso ocorre por meio dos recursos extraordinários e de outros feitos jungidos à sua competência originária e recursal, e o concentrado é realizado por meio das ações diretas de inconstitucionalidade e de inconstitucionalidade por omissão, da ação interventiva, da ação declaratória de constitucionalidade e da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A verificação das condições da ação, que ocorre no processo civil, também é observada no campo do processo constitucional, estando a cargo do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, a investigação destas condições, que adquirem características específicas no processo objetivo, dada a prevalência do interesse público.

Resumidamente, observa-se que, quanto ao interesse de agir, este possui caráter predominantemente público, embora se possa permear, em algumas hipóteses, o ajuizamento de ações com existência de interesse de cunho privado, como no caso de algumas ações propostas por partidos políticos, confederações e pela Ordem dos Advogados do Brasil. No caso das ações declaratórias de constitucionalidade, exige-se, conforme o artigo 14 da Lei n. 9.868 de 1999, como interesse de agir, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da lei ou ato normativo federal.

Em relação à legitimidade *ad causam*, pode-se encontrar nos processos objetivos a chamada “legitimação indireta” ou “aquisição transversa de legitimidade”, tendo em vista a existência de interesses públicos e privados, em que entes não legitimados pela Carta Maior convencem juridicamente entes legitimados a propor ações jungidas ao respectivo espectro de interesses.

Quanto ao objeto que deve conter a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem erigido fortes restrições. Por exemplo, não se admite discussão sobre a inconstitucionalidade de leis municipais confrontadas diretamente com o texto da Constituição Federal, tampouco sobre texto de lei ou ato normativo revogado.

A noção de parte no processo objetivo também possui peculiaridades na medida em que apenas os expressamente elencados na Constituição Federal de 1988 possuem legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade. O artigo 103, da Constituição Federal preceitua que esta poderá ser proposta pelo Presidente da República; pela Mesa do Senado Federal; pela Mesa da Câmara dos Deputados; pela Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; pelo Governador do Estado ou do Distrito Federal; pelo Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; pelo partido político com representação no Congresso Nacional; e pela confederação sindical ou entidades de classe de âmbito nacional.

Porém, deve ser observado que alguns destes legitimados (Governador de Estado, Governador do Distrito Federal, Mesas das Assembléias Legislativas dos Estados, Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, confederação sindical e entidades de classe de âmbito nacional) devem preencher o requisito especial de pertinência temática.

Inclusive, deve ser ressaltado que, para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, exige-se a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de lei ou ato normativo federal impugnado (artigo 14 da Lei 9.868/99).

O pólo passivo, neste procedimento objetivo, também se encontra diferenciado na medida em que não há a participação de um réu, na acepção corrente do termo, como aquele em face de quem é requerida a tutela jurisdicional. Existe um pedido de informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, conforme o artigo 6º da Lei nº 9868/99.

Ademais, o Advogado-Geral da União é previamente citado para defender o ato ou texto impugnado, como curador especial da norma, abrindo ensejo ao contraditório (artigo 103, §3º da Constituição Federal). Porém, na ação declaratória de constitucionalidade, não há pedido de informações nem a citação do Advogado Geral da União, de forma que o pólo passivo da relação processual fica vazio.

Outro fator diferenciador diz respeito ao pedido, que será sempre de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado dispositivo de lei ou ato normativo. Portanto, no processo constitucional, os pedidos passíveis de serem formulados sofrem grande redução numérica.

Por força do artigo 28, parágrafo único, da Lei 9868/99, os efeitos derivados dos acórdãos de mérito, decorrentes de ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade são contra todos (*erga omnes*) e vinculantes. E sobre estas decisões operam-se, em regra, efeitos retroativos desde a origem da lei (*ex tunc*), embora possa a Suprema Corte declará-las sob efeito *ex nunc*, a fim de assegurar o Princípio da Segurança Jurídica, conforme prevê o artigo 27 deste diploma legal.

Quanto ao quórum de votação, somente por maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (ou seja, seis dos onze ministros) pode ser declarada a (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo (artigo 97 da Constituição Federal). Também, a Lei 9.868/99, em seu artigo 22, observa ser necessária a presença mínima de oito ministros para a votação acerca da (in) constitucionalidade da norma. Havendo este quórum na quantidade mínima, preceitua o artigo 23 que a maioria absoluta será formada pelos votos convergentes de seis ministros. Não havendo quórum suficiente, o julgamento restará suspenso aguardando sessão com número suficiente ministros conforme determinado pela Lei 9.868/99 (artigo 23, parágrafo único).

Ademais, outras peculiaridades deste processo especial são: não pode o requerente desistir da ação proposta; não se admite a intervenção de terceiros; nada é disposto na lei sobre custas nem condenação em honorários.

Não há que se falar em suspeição ou impedimento dos julgadores, das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, salvo se houver grau de parentesco proibido com o advogado do interessado, ou se determinado ministro houver oficiado nos autos do processo como Procurador-Geral da República e emitido parecer sobre medida cautelar, onde, obviamente, haverá impedimento.

Conforme se depara na Seção II da Lei 9.868/99, há a possibilidade da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade que será deferida por decisão da maioria absoluta de seus membros, para que os juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Porém, uma vez deferida, o Tribunal deverá proceder o julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia (parágrafo único do artigo 21 da Lei 9.868/99).

Sobre o tema, Cléve (2000, p.235/236) observa que:

Exige o STF, para a concessão da medida cautelar, a satisfação de certos requisitos, que se expressam: a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*), b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*), (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.

Assim, em regra, uma vez concedida a cautelar, a vigência da norma impugnada ficará suspensa, mas de forma provisória, sem definitividade nem retroatividade, com efeito *ex nunc*. Quando a decisão for confirmada no julgamento final, aí o efeito passa a ser *ex tunc*. Mas, em casos excepcionais, pode a Suprema Corte conferir eficácia retroativa à cautelar ou efeito *ex nunc* já em grau de decisão definitiva.

Quanto ao tema, bem elucidada é a questão descrita na ementa do Ministro Celso de Melo:

**E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÕES ADMINISTRATIVAS EDITADAS PELO TRT/23ª REGIÃO - CARÁTER NORMATIVO - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA, FIRMADOS EM SEDE DE MERA DELIBERAÇÃO - EFICÁCIA EX TUNC DA SUSPENSÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. RESOLUÇÕES ADMINISTRATIVAS EMANADAS DE TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS, DESDE QUE REVESTIDAS DE CONTEÚDO NORMATIVO, QUALIFICAM- SE COMO ESPÉCIES ESTATAIS SUSCETÍVEIS DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 138/436), em tema de fiscalização concentrada de constitucionalidade, firmou-se no sentido de que a instauração desse controle somente tem pertinência, se o ato estatal questionado assumir a qualificação de espécie normativa, cujas notas tipológicas derivam da conjugação de diversos elementos inerentes e essenciais à sua própria compreensão: (a) coeficiente de generalidade abstrata, (b) autonomia jurídica, (c) impessoalidade e (d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes. **A EFICÁCIA EX TUNC DA MEDIDA CAUTELAR NÃO SE PRESUME, POIS DEPENDE DE EXPRESSA DETERMINAÇÃO CONSTANTE DA DECISÃO QUE A DEFERE, EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. - A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex nunc, "operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere" (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, e para que não se frustrem os seus objetivos, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia ex tunc, em caráter retroativo, com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). Para que se outorgue eficácia ex tunc ao provimento cautelar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal assim o determine, expressamente, na decisão que conceder essa medida extraordinária. (grifo nosso) 1****

---

1 ADI-MC 2195/MT, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 09/02/2001.

## **2.2. A causa petendi aberta como instrumento do controle jurisdicional de constitucionalidade**

Ocorre que, como nos processos objetivos há a predominância do interesse público, o Supremo Tribunal Federal, para cumprir fielmente o ofício da guarda da Constituição, tem de valer-se de alguns instrumentos, como a figura da *causa petendi* aberta. A *causa petendi* aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade consiste na possibilidade da Suprema Corte apreciar e julgar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo diante de todos os dispositivos da Constituição Federal. Portanto, não fica vinculada aos fundamentos invocados pelo requerente na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade, já que sua cognição é ampla e livre, abrangendo todo o texto constitucional.

Especificamente em relação à causa de pedir aberta, Bernardes (2004, p.435/436) demonstra que existe o princípio da abertura da causa de pedir no processo de controle abstrato de constitucionalidade. Desta feita:

afigura-se inepta a inicial se o processo de controle é instaurado a partir de determinada interpretação do ato normativo impugnado que não possa ao menos ser obtida da disposição indicada pelo autor da ação. Nesse caso, não sendo necessário sequer avaliar a eventual relação de (des) conformidade com o parâmetro de controle, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Mas nem por isso o tribunal tem sua atividade cognitiva limitada aos fundamentos invocados na petição inicial.

Assim, “no processo objetivo, só precisa existir correlação entre a decisão e o pedido. O órgão controlador dispõe de poderes inquisitórios que lhe concedem ampla liberdade para exercer juízo de valor acerca da norma examinada com base na integralidade do parâmetro utilizável” (BERNARDES, 2004, p. 436).

Bernardes (2004, p.436) também observa que,

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o âmbito de cognoscibilidade da questão constitucional no controle concentrado de constitucionalidade não se restringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, pois abarca todas as normas que compõem a Constituição Federal. Daí, a fundamentação dada pelo requerente pode ser desconsiderada e suprida por outra encontrada pela Corte. Destarte, o julgamento das ações diretas não depende da “*causa petendi*” formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, argüição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor, presumindo-se então, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual argüição de inconstitucionalidade. Portanto, o conteúdo objetivo do processo de controle abstrato de constitucionalidade subtrai das partes a faculdade processual de fixar os fundamentos sob os quais deva ser resolvida a questão constitucional.

Portanto, embora seja necessária a indicação dos fundamentos jurídicos do pedido na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a teor do que dispõem os artigos 3º e 14 da Lei nº 9.868/99 e do artigo 282, inciso III, do Código de Processo Civil, esses não vinculam o Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que, ao indicar a norma impugnada e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações estará o requerente da ação declaratória de (in) constitucionalidade descrevendo a causa *petendi* remota e próxima, respectivamente. O artigo 4º da Lei 9.868/99 deixa claro que a petição inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Assim, o requerente deve individualizar cada dispositivo de lei ou ato normativo considerado como inconstitucional, apontando quais os dispositivos ou princípios constitucionais afrontados por cada um e as razões da ofensa. A alusão genérica impede o regular prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade, que também deve estar dotada de um mínimo de fundamentação, acompanhada dos motivos que a justifiquem. Não basta simplesmente apontar o texto constitucional provavelmente violado, mesmo havendo a prerrogativa do Supremo Tribunal Federal em acolher pedido de (in) constitucionalidade de

lei ou ato normativo com fundamento diverso do apontado pelo requerente. Como bem ressaltou o Ministro Marco Aurélio de Mello:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CAUSA DE PEDIR E PEDIDO - Cumpre ao Autor da acção proceder à abordagem, sob o ângulo da causa de pedir, dos diversos preceitos atacados, sendo impróprio fazê-lo de forma genérica. A flexibilidade jurisprudencial de outrora não mais se justifica, isso diante do elástico constitucional do rol dos legitimados para a referida acção. Acolhimento de representação apresentada por terceiro não legitimado, visando ao ajuizamento pelo Procurador Geral da República, há de fazer-se de forma criteriosa.<sup>2</sup>

Desta feita, regularmente formalizado o pedido, promover-se-á minuciosa análise do texto constitucional para se verificar, ao final, mesmo diante de fundamentos não invocados pelo titular do direito processual, a regularidade constitucional da norma invocada de atentatória à Carta Magna.

O curioso é que a legislação pátria nada dispõe sobre a *causa petendi* aberta, nem mesmo o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nem a Lei 9.868/99, tampouco nosso Código de Processo Civil. A técnica deflui do próprio sistema, sendo que a doutrina brasileira e a jurisprudência do STF a admitem como importante ferramenta para a realização do controle de constitucionalidade concentrado, na medida em que dimensiona a oportunidade de velar pelo interesse público:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 24 DA LEI FEDERAL Nº 9.651, DE 27.05.1998, QUE VEDA, AOS SERVIDORES OCUPANTES DAS CARREIRAS E CARGOS REFERIDOS NOS ARTIGOS 1º E 14, EXERCER ADVOCACIA FORA DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 62, 68, § 1º, II, 5º, XIII, 60, § 4º, IV, 131, 5º, II E XXXVI, E AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. 1. A norma impugnada na presente Acção já teve sua suspensão cautelar indeferida por esta Corte, na ADI nº 1.754-9-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quando integrava a Medida Provisória nº 1.587-4, de 12.12.1997, depois convertida na referida Lei nº 9.651, de 27.05.1998. **2. É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que, na Acção Direta de Inconstitucionalidade, seu julgamento independe da "causa petendi" formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor.** 3. É de se

---

<sup>2</sup> ADI 1708/MT, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 13/03/1998.

presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual argüição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente Ação. 4. Sendo assim, está prejudicado o requerimento de medida cautelar, já indeferida, por maioria de votos, pelo Tribunal, no precedente referido. (grifo nosso) 3

### **2.3. As implicações processuais decorrentes da causa petendi aberta**

Tem-se a causa de pedir aberta como parâmetro de análise exclusivo do controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Neste diapasão, ao indicar o dispositivo da lei ou ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, estará o requerente descrevendo a *causa petendi* remota e próxima, respectivamente, da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Os fundamentos jurídicos do pedido apontarão o princípio constitucional ou o dispositivo da Carta Magna violado e os motivos pelos quais o requerente considera que houve ofensa direta e frontal. O requerente deve individualizar cada dispositivo da lei ou ato normativo tido como inconstitucional. Assim, deve apontar qual ou quais os dispositivos ou princípios constitucionais afrontados por cada um daqueles e as razões da ofensa. A petição inicial não fundamentada será indeferida liminarmente pelo Relator, conforme artigo 4º, da Lei 9.868/99.

A figura da *causa petendi* aberta influencia alguns dos institutos de direito processual civil. Dependendo da fundamentação argüida na petição inicial, determina-se qual

---

3 ADI-MC 1.896/DF, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 28/05/1999.

será o órgão julgador competente para apreciação e julgamento da ação direta de (in) constitucionalidade: Tribunal de Justiça Estadual (se as alegações de violação estão voltadas para a supremacia da Constituição Estadual) ou Supremo Tribunal Federal (se a fundamentação está voltada para a supremacia da Constituição Federal).

No entanto, quando a causa de pedir aborda dispositivos da Constituição Estadual que são repetições da Constituição Federal, o requerente pode: a) ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça Estadual, com possibilidade de interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal; b) ingressar diretamente na Suprema Corte, confrontando a norma impugnada com os dispositivos da Carta Magna; c) pode ingressar com duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma perante o Tribunal de Justiça Estadual e outra perante a Suprema Corte, sendo que o processo de âmbito estadual deverá ser suspenso até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre esta última hipótese, Palu (2001, p.209/210) observa:

Impende considerar que se for lei estadual e se ao mesmo tempo, for impugnada ante a Suprema Corte e o Tribunal de Justiça, com fundamento respectivamente na Constituição Federal e Estadual, deve-se suspender a ação proposta ante a jurisdição estadual até o final da decisão do Supremo Tribunal Federal. A decisão do Supremo que declarar inconstitucional a lei estadual terá efeito *erga omnes*, vinculará o Tribunal de Justiça, e fará coisa julgada, extinguindo-se a ação na jurisdição estadual. Se, entretanto, a ação estadual estiver baseada em outros fundamentos e o Supremo Tribunal Federal julgar a ação improcedente com o *quorum* qualificado (6 votos), constitucional, portanto o ato normativo, poderá a ação estadual prosseguir em relação aos demais fundamentos jurídicos, que não o dispositivo repetido da Constituição.

Quanto à conexão e à continência, como no controle de constitucionalidade concentrado a causa de pedir é sempre aberta - comum, portanto, a todas as ações, independente das fundamentações -, não há grande relevância para a modificação de competência. Ainda que sejam partes distintas, haverá continência quando o pedido formulado em uma delas seja mais amplo e abrangente do que o requerido na outra. Isto ocorre a fim de evitar decisões contraditórias, sendo prevento o primeiro ministro a quem foi

distribuído o primeiro processo. Já a conexão, que ocorre entre duas ações quando lhe forem comum o objeto ou a causa de pedir, é verificada apenas quanto ao objeto, ou seja, quando questionados dispositivos iguais ou diferentes de mesma lei ou de mesmo ato normativo.

Por outro lado, a litispendência, ou seja, identidade de ações, com mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, ocorrerá quando as partes e pedidos forem iguais. Nesta situação, não ocorrerá a extinção como no Código de Processo Civil (artigo 267, V), mas sim o julgamento em conjunto dos processos, que ficam apensados, pela Suprema Corte.

Outra diferença ocorre quanto aos limites da coisa julgada. Enquanto no Código de Processo Civil, não fazem coisa julgada os motivos - ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença-; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo; no sistema de controle concentrado, a parte dispositiva fará coisa julgada e terá eficácia *erga omnes*, ou seja, pode extrapolar os lindes traçados na parte dispositiva para envolver também os fundamentos.

Moraes (2005, p.680) observa:

Importantíssimo ressaltar que o Supremo Tribunal Federal fica condicionado ao pedido, porém não à causa de pedir, ou seja, analisará a constitucionalidade dos dispositivos legais apontados pelo autor, porém poderá declará-los inconstitucionais por fundamentação jurídica diferenciada, pois, tal como o *Bundesverfassungsgericht*, não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial.

Como exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.358-1/DF, o Governador do Distrito Federal sustentou que a Lei Distrital nº 913, de 13/09/1995, que deu nova redação à Lei Distrital nº 842 de 29-12-1994, contrariou o §6º do artigo 37; caput e inciso XXXVI do artigo 5º; os artigos 165, III, e 61 §1º, II, b; todos da Constituição Federal. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal deferiu pedido de liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da Lei distrital nº 913, de 13/09/95, por violação aos artigos

167, IV, 203 e 204 da Constituição Federal, os quais não foram sequer mencionados pelo requerente na inicial. Senão vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 913, DE 13.09.1995, QUE DANDO NOVA REDAÇÃO A LEI N. 842 DE 29.12.1994, AMBAS DO DISTRITO FEDERAL, INSTITUIU PENSÃO MENSAL EM FAVOR DE CERTAS PESSOAS (NEM SEMPRE NECESSITADAS DE ASSISTENCIA), EM RAZÃO DE CRIMES HEDIONDOS (COM ASSASSINATO), PRATICADOS POR QUAISQUER AGENTES (NÃO NECESSARIAMENTE PUBLICOS) E OCORRIDOS A PARTIR DE 21 DE ABRIL DE 1960.. MEDIDA CAUTELAR. ALEGAÇÕES DE OFENSA AO PAR. 6. DO ART. 37; AO "CAPUT" E INCISO XXXVI DO ART. 5.; AOS ARTIGOS 165, III, E 61, PAR. 1., II, "B"; TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **1. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CUJO PROCESSO E OBJETIVO, NÃO "INTER-PARTES", A "CAUSA PETENDI" PODE SER DESCONSIDERADA E SUPRIDA, POR OUTRA, PELO S.T.F., SEGUNDO SUA PACIFICA JURISPRUDENCIA.** 2. HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL, PELAS RAZOES EXPOSTAS NO VOTO DO RELATOR, CONSIDERA PREENCHIDOS OS REQUISITOS DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO ("FUMUS BONI IURIS") E DO RISCO DA DEMORA ("PERICULUM IN MORA"), REFORÇADAS PELA ALTA CONVENIENCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, E, POR ISSO, DEFERE, "EX NUNC", A MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DA LEI N. 913, DE 13.09.1995, DO D.F. (grifo nosso) 4.

O Ministro Sidney Sanches, então relator do processo assim se manifestou:

Como é sabido, na ação direta de inconstitucionalidade, cujo processo é objetivo, sem partes propriamente ditas, o Supremo Tribunal Federal, no cumprimento de sua missão política de guardião da Lei Maior da República, não está cerceado por limites meramente processuais, como os relacionados com a "causa petendi", que se observam, em princípio, na solução das lides "inter partes" e no exercício do dever de prestar a jurisdição. Assim, os fundamentos da inicial, que, em princípio, no processo jurisdicional, integram a "causa petendi", podem ser desconsiderados na ação direta de inconstitucionalidade, e, em seu lugar, adotados outros, segundo o entendimento da Corte.

Ressalta-se que a fundamentação exposta pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade é indispensável, mas o Supremo Tribunal Federal pode aferir a incompatibilidade da lei ou do ato normativo com todo o texto constitucional. O exame de toda a malha da Lei Suprema é encargo da Suprema Corte e deve ser feito criteriosamente, conforme explica Martins (2001, p.197) ao afirmar que:

---

4 ADI-MC 1358/DF, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 26-04-1996.

É de se lembrar que, nesta ação, o julgador examina o texto não apenas em função dos artigos presumivelmente inconstitucionais, mas perante todo o sistema constitucional, podendo, se tiver decidido num ou noutro sentido, sem um exame mais pormenorizado, acarretar conseqüências extremamente danosas ao direito, pois, declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, dificilmente a Suprema Corte alterará seu entendimento, embora já tenha havido casos isolados de alteração.

Ao supor-se que a lei ou ato normativo foi examinado com toda a Constituição Federal, esta adquire um atestado de garantia da Suprema Corte. Sendo uma ficção criada no Controle de Constitucionalidade, o *amicus curiae* adquire grande relevância para que haja ampla discussão sobre o tema, embora não se possa ampliar o objeto, mas apenas a fundamentação. Ademais, a Lei 9.868/99, em seu artigo 9º, §1º traz como novidade a admissão de *expertises* para acrescentar o aspecto probatório. Tudo para que, nesta presunção de análise de todo o texto constitucional, possa o relator ter elementos para uma análise mais minuciosa acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma impugnada.

Assim, a decisão proferida pela Corte não pode ser revalidada diante da abertura da causa de pedir, tornando mais complexa a função do julgador. Afinal:

declarada a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal em ação declaratória de constitucionalidade, não há possibilidade de nova análise contestatória da matéria, sob a alegação de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação no sentido de sua inconstitucionalidade. Ressalta-se, que o motivo impeditivo dessa nova análise decorre do fato do Supremo Tribunal Federal, como já visto anteriormente, quando analisada concentradamente a constitucionalidade das leis e atos normativos, não estar vinculado a causa de pedir, tendo, pois, cognição plena da matéria, examinando e esgotando todos os seus aspectos constitucionais (MORAES, 2005, p.610/611)

Diante de tais noções, uma relevante questão se apresenta: Quais as implicações que defluem da utilização da causa de pedir aberta no Controle Concentrado em nosso Direito pátrio? Não será possível, de forma alguma, uma nova análise?

Afinal, na medida em que a Suprema Corte não aceita que um mesmo dispositivo legal seja analisado quanto à sua constitucionalidade, sob um novo enfoque, o Princípio da Liberdade de Defesa se exaure por não permitir o reexame sob novos parâmetros. A

consequência, ao privilegiar apenas o Princípio da Segurança Jurídica, poderá ser o engessamento do controle de constitucionalidade, já que, uma vez analisado, não mais poderá fazê-lo.

Se a lei ou ato normativo é considerado inconstitucional, o legislador pode editar nova lei de idêntico teor que futuramente poderá ser declarada constitucional pelo Tribunal. Mas, verificada a constitucionalidade do texto normativo, não é cabível a figura da Ação Rescisória (artigo 26 da Lei 9.868/99), tendo como única saída um novo juízo de constitucionalidade que, em face da presunção de análise completa do texto constitucional, por ser causa de pedir aberta, só pode ocorrer em casos excepcionais. O único recurso cabível são os Embargos de Declaração.

Portanto, não havendo nenhuma mudança na Carta Maior, supõe-se que a verificação da (in) constitucionalidade da lei ou ato normativo permanece inalterável. A Suprema Corte só poderá voltar ao tema em outra ação, ao utilizar-se de outros parâmetros constitucionais olvidados no julgamento original, seja em função da própria alteração do texto constitucional – decorrência do poder constituinte derivado reformador – seja em consequência de mudança substancial das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.

A possibilidade que se apresenta, portanto, é no caso de mudanças nas circunstâncias fáticas e jurídicas. Ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, observa-se que há certa mitigação desta causa petendi aberta, ou seja, o Princípio da Segurança Jurídica existe, mas com certa ventilação.

## 2.4. Aplicação da Causa de Pedir Aberta pelo Supremo Tribunal Federal

Neste diapasão, nos casos de alterações da Constituição Federal, por meio de Emendas Constitucionais, existindo novos parâmetros que ainda não foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, podem-se ser julgados lei ou ato normativo que outrora analisados em termos de sua (in) constitucionalidade. Da mesma forma, resta prejudicada a análise de ação direta de inconstitucionalidade quando emenda constitucional traz mudança substancial da norma constitucional que compunha necessariamente o parâmetro de aferição da inconstitucionalidade do ato normativo questionado. Vejamos:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade e emenda constitucional superveniente: critério jurisprudencial. **Julga-se prejudicada a ação direta quando, de emenda superveniente à sua propositura, resultou inovação substancial da norma constitucional que - invocada ou não pelo requerente - compunha necessariamente o parâmetro de aferição da inconstitucionalidade do ato normativo questionado:** precedentes. II. ADIn e emenda constitucional de vigência protraída: prejuízo inexistente. Proposta e ação direta contra emenda de vigência imediata à Constituição de Estado, relativa a limites da remuneração dos Vereadores, não a prejudica por ora a superveniência da EC 25/2000 à Constituição da República, que, embora cuide da matéria, só entrará em vigor em 2001, quando do início da nova legislatura nos Municípios. III. Município: sentido da submissão de sua Lei Orgânica a princípios estabelecidos na Constituição do Estado. 1. Dar alcance irrestrito à alusão, no art. 29, caput, CF, à observância devida pelas leis orgânicas municipais aos princípios estabelecidos na Constituição do Estado, traduz condenável misonéismo constitucional, que faz abstração de dois dados novos e incontornáveis do trato do Município da Lei fundamental de 1988: explicitar o seu caráter de "entidade infra- estatal rígida" e, em consequência, outorgar-lhe o poder de auto- organização, substantivado, no art. 29, pelo de votar a própria lei orgânica. 2. É mais que bastante ao juízo liminar sobre o pedido cautelar a aparente evidência de que em tudo quanto, nos diversos incisos do art. 29, a Constituição da República fixou ela mesma os parâmetros limitadores do poder de auto-organização dos Municípios e excetuados apenas aqueles que contém remissão expressa ao direito estadual (art. 29, VI, IX e X) - a Constituição do Estado não os poderá abrandar nem agravar. IV - Emenda constitucional estadual e direito intertemporal. Impõem-se, em princípio, à emenda constitucional estadual os princípios de direito intertemporal da Constituição da República, entre os quais as garantias do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos (grifo nosso).<sup>5</sup>

No caso de mudanças nas relações fáticas, tendo considerado uma nova realidade, o Supremo Tribunal Federal pode analisar a lei ou ato normativo que já foi objeto de controle

---

<sup>5</sup> ADI-MC 2112 / RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 18-05-2001.

de constitucionalidade. Ocorre que, “hoje, entretanto, não há como negar a ‘comunicação entre norma e fato’, que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento, aqui, envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.” (GILMAR, 2001, p.328).

Outra possibilidade advém da alteração dos valores comunitários, ensejando uma nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal acerca da (in) constitucionalidade do texto normativo. Isto é:

não há, pois, um caráter absoluto na decisão que declara, de forma direta ou indireta, a constitucionalidade de um ato normativo, uma vez que a mutação do contexto social-histórico pode acarretar uma nova interpretação. Por isso, a hermenêutica de matriz fenomenológica pode contribuir para a elucidação dessa problemática, uma vez que o processo de interpretação é sempre produtivo (Sinngebung), e não meramente reprodutivo (Auslegung). Uma lei pode ser constitucional em um dado momento histórico e inconstitucional em outro. (STRECK, 2002, p.439)

Fato curioso ocorreu no caso da Lei de Crimes Hediondos, em que já havia sido realizado exame da constitucionalidade da questão da progressão de regime nestes tipos de crimes. Num primeiro momento, tal assertiva, que impossibilitava a progressão do regime nos crimes hediondos, foi considerada constitucional. Posteriormente, a mesma Suprema Corte, com seu quadro de ministros em grande parte diversa da análise anterior, declarou a inconstitucionalidade, embora em controle difuso e com efeito *ex nunc*, deste texto normativo, numa decisão de *habeas corpus*. Vejamos:

DECISÃO: O TRIBUNAL, POR MAIORIA, DEFERIU O PEDIDO DE HABEAS CORPUS E DECLAROU, "INCIDENTER TANTUM", A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDOS OS SENHORES MINISTROS CARLOS VELLOSO, JOAQUIM BARBOSA, ELLEN GRACIE, CELSO DE MELLO E PRESIDENTE (MINISTRO NELSON JOBIM). O TRIBUNAL, POR VOTAÇÃO UNÂNIME, EXPLICITOU QUE A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO LEGAL EM QUESTÃO NÃO GERARÁ CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS COM RELAÇÃO ÀS PENAS JÁ EXTINTAS NESTA DATA, POIS ESTA DECISÃO PLENÁRIA ENVOLVE, UNICAMENTE, O AFASTAMENTO DO ÓBICE REPRESENTADO PELA NORMA ORA DECLARADA INCONSTITUCIONAL, SEM PREJUÍZO DA APRECIACÃO, CASO A CASO, PELO MAGISTRADO COMPETENTE, DOS DEMAIS REQUISITOS

PERTINENTES AO RECONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO.<sup>6</sup>

A questão que se apresenta, então, é a delimitação do que seriam estas mudanças fáticas ou de valores comunitários. Também não envolveriam mudanças na composição do Tribunal? Pois, neste caso demonstrado, as circunstâncias fáticas da situação dos presos continuavam as mesmas e a polêmica que dividia os valores comunitários continuava a existir, o que houve foi uma reviravolta na votação, já que o Tribunal não tinha mais a mesma composição.

Ferraz (1986, p.9) observa que existem processos informais de mudança da Constituição, a chamada mutação constitucional, que difere da reforma constitucional. Enquanto esta última consiste “nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma”, a mutação consiste:

na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

Mister salientar que, no controle abstrato de normas, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, não se discutem fatos, ou seja, não há litígio entre posições subjetivas. Há, sim, discussão acerca da interpretação das normas, que estão no ordenamento em estado permanente, sem novidades fáticas. Assim, a lei está ao alcance de todos de forma abstrata, cabendo à Suprema Corte observar sua (in) constitucionalidade, sem ferir, com a utilização da causa de pedir aberta, ao contraditório.

---

<sup>6</sup> HC82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 23/02/2006.

Diante da forma como o Supremo Tribunal Federal tem considerado tais questões envolvendo a causa de pedir aberta, uma consideração que pode ser feita diz respeito a um possível processo de mutação constitucional no que tange ao controle concentrado e à causa de pedir aberta.

Afinal, sendo a figura da causa de pedir aberta uma construção jurisprudencial e doutrinária, esta se torna intimamente ligada à significação dada pela Suprema Corte na sua aplicação, seja pelas mudanças jurídicas, fáticas ou de valores. Neste cenário, surgirá sempre o embate entre o Princípio da Segurança Jurídica e entre a Liberdade de Argumentação e Defesa.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal passam a ter um comprometimento ainda maior em seu trabalho de controle jurisdicional concentrado com a figura da causa de pedir aberta, já que essa possibilita conseqüências gravosas para o direito nas hipóteses de má apreciação da lei ou ato normativo impugnado.

## **CAPÍTULO 3 - CAUSA DE PEDIR NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

### **3.1. Recurso Extraordinário no Controle Difuso de Constitucionalidade – Noções Gerais**

Como já demonstrado anteriormente, o Controle de Constitucionalidade repressivo judiciário no Brasil é misto, sendo exercido tanto da forma concentrada quanto da forma difusa.

Quanto a esta última forma, Moraes (2005, p.641) explica:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.

Todo juiz ou tribunal (observando o disposto no artigo 97 da Constituição Federal de 1988) pode realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Lei Maior. Assim, no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade isenta a parte, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato produzidos em desacordo com a Constituição Federal. Mas estas normas permanecem válidas no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

Com o papel de intérprete máximo da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da Carta Magna; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal (artigo 102, III da Constituição Federal de 1988).

Desta feita, o instrumento processual último para se obter a declaração de inconstitucionalidade, no caso concreto, é o Recurso Extraordinário. Por ser um instrumento de caráter excepcional: exige o prévio esgotamento das instâncias ordinárias; não é vocacionado à correção da injustiça do julgado recorrido; não serve para a mera revisão da matéria de fato; apresenta sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, com uma fase perante o Tribunal *a quo* e outra perante o *ad quem*; os fundamentos específicos de sua admissibilidade estão na Constituição Federal e não no Código de Processo Civil; e a execução que se faça em sua pendência é provisória (MANCUSO, 2006, p.123).

Para o exercício deste recurso excepcional, exige-se, portanto, a chamada preclusão consumativa, ou seja, o esgotamento de todos os recursos ordinários, na via comum, existentes no sistema judiciário que conheceu da causa. Conforme Greco Filho (2003, p.23) “a preclusão consumativa dá-se quando a parte esgota a oportunidade de praticar determinado ato, praticando-o de uma das maneiras alternativamente previstas em lei, como possíveis, ficando proibida de praticá-lo de outra maneira”.

É o que se quer dizer com causa decidida em primeira ou última instância (artigo 102, III, da Constituição Federal de 1988) para fins de recurso extraordinário: que a decisão atacada seja final, isto é, que tenham sido exercitados os recursos ordinários cabíveis. Significa a ocorrência de ação julgada, com ou sem julgamento de mérito, ordinariamente revista por Tribunal; ou ação julgada em instância única (causa de alçada, executivo fiscal, decisão colegiada nos Juizados Especiais). Ou seja, o Recurso Extraordinário não pode ser exercido *per saltum*, sem o prévio esgotamento das impugnações ordinárias cabíveis.

Outrossim, o recurso extraordinário não configura mais uma possibilidade de impugnação. É o remédio de cunho político-constitucional que, conforme artigo 102 da Constituição Federal, permite ao Supremo Tribunal Federal dar cumprimento à sua missão de guarda da Constituição. A simples situação de sucumbência, que basta ao exercício dos

recursos comuns, não é suficiente para embasá-lo de índole excepcional, que ainda requer o implemento do *plus* da existência de uma questão constitucional (MANCUSO, 2006, p.105).

Neste sentido, Afonso da Silva (1963, p.105) afirma:

O Recurso Extraordinário, entretanto, não visa fazer justiça subjetiva, justiça às partes, a não ser indiretamente, tanto que não tem cabimento por motivo de sentença injusta; é certo que a parte, ao servir-se dele, quer ver reformada a decisão desfavorável, e nisto está o seu caráter eminentemente processual; e o Supremo Tribunal Federal, ao julgá-lo, exerce função jurisdicional, mas com a finalidade diversa dos outros órgãos jurisdicionais.

Portanto, o recurso extraordinário deve ser visto sob dois planos: primeiramente, está voltado a uma questão de ordem pública, por propiciar um contencioso objetivo de constitucionalidade; e corolariamente, o conhecimento do mérito e provimento deste recurso implicará no descarte da decisão recorrida e na prolação de outra que a substitui, que presumivelmente, por ser última e definitiva, representará a melhor resposta judiciária.

Ademais, o recurso extraordinário está restrito aos lindes da matéria jurídica, ou seja, não serve para a mera revisão de matéria de fato. Wambier (1998, p.266) esclarece-nos que “a questão será predominantemente fática, do ponto de vista técnico, se, para que se redecida a matéria, houver a necessidade de se reexaminarem provas, ou seja, de se avaliar como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido”.

Exclui-se do âmbito do recurso extraordinário a matéria de fato que apenas levaria a um reexame de provas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim se depreende da Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”; como também da Súmula 454 do STF: “Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”.

Ocorre que as súmulas devem ser devidamente compreendidas. Esclarecendo melhor o tema, o Ministro Alckmin traz a distinção entre uma questão sobre “prova” de fato ou de direito: “O exame da eficácia, em tese, de determinado meio de prova é cabível em

recurso extraordinário. Inadmissível é, porém, reapreciar, em tal recurso, o poder de convencimento das provas no caso concreto, para concluir se bem ou mal as apreciou a decisão recorrida”<sup>7</sup>.

Também sobre o tema Cruz (1961, p.433) sintetiza:

A matéria de fato pode render ensejo ao recurso extraordinário quando se admite critério contrário à letra da lei; quando se trata de fixar o princípio legal regulador da prova; quando, na apreciação da prova, não foram atendidas as formalidades ou condições estatuídas para a eficácia do valor probante; quando se trata do valor abstrato da prova, de sua admissibilidade, dos meios de prova admitidos em Direito; quando o juiz se afasta das diretrizes da lei quanto à eficácia, em tese, de determinada prova; se se trata, enfim, de questão legal do ônus da prova ou da sua admissibilidade; mesmo porque, a rigor, quando incide a discussão em torno da prova jurídica, da classificação legal da prova, da admissibilidade legal da prova, a controvérsia é de direito e não de fato.

Outro aspecto importante do recurso extraordinário diz respeito ao seu sistema bipartido de admissibilidade. Ou seja, há uma divisão entre o juízo de admissibilidade e juízo de mérito, de forma particular, desmembrada entre o Tribunal *a quo* e o *ad quem*. Assim, a interposição do recurso extraordinário se dá perante o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, sendo a petição recebida pela secretaria do Tribunal. A petição deverá conter: 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 (artigos 541 e 542 do CPC).

Sendo o recurso inadmitido, caberá agravo de instrumento, dirigido à presidência do Tribunal de origem, para a Suprema Corte, no prazo de 10 dias (artigo 544 do CPC). O relator no Supremo Tribunal Federal fará outro juízo de admissibilidade. Estando o acórdão recorrido em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante, pode se conhecer do agravo para dar provimento ao recurso extraordinário (artigo 544, § 4º, do CPC).

---

<sup>7</sup> RE 84699 / SE , Min. Cunha Peixoto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Rodrigues Alckmin, Primeira Turma, DF 03/06/1977.

Sobre o juízo de admissibilidade bipartido comum ao recurso extraordinário e ao recurso especial, existem duas posições na doutrina e na jurisprudência. Barbosa Moreira (2005, p.604) distingue o exame dos requisitos formais (admissibilidade) do exame de fundo, de mérito:

Não compete ao presidente ou ao vice-presidente examinar o mérito do recurso extraordinário ou especial, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos da admissibilidade do recurso. Se o recurso é denegado, pode o recorrente agravar de instrumento, conforme a hipótese, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça (art. 544). Se admitido, o pronunciamento, irrevogável (mas anulável, quiçá mediante agravo regimental, caso haja *error in procedendo*; por exemplo, omissão da abertura de vista ao recorrido), não é vinculativo para o tribunal *ad quem*, que ficará livre de conhecer ou não, oportunamente, do extraordinário ou do especial, inclusive acolhendo alguma alegação de inadmissibilidade porventura formulada na resposta do recorrido e desprezada no órgão *a quo*.

No entanto, o entendimento que vem se firmando nos Tribunais Superiores é o de que o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários e especial pelos Tribunais de origem deve ser mais amplo, possibilitando o exame de tudo que esteja na rubrica do cabimento desses recursos.

Assim posiciona-se Baptista (1976, p.23):

com efeito, a expressão despacho motivado, comum ao direito anterior e ao atual, (...) encontrou na jurisprudência do STF um alcance muito maior: está a enunciar que ao juízo *a quo* não incumbe, apenas, o exame dos requisitos formais do recurso; toca-lhe, ainda, o de livremente apreciar tudo o que concernir ao cabimento do recurso extraordinário, segundo a doutrina do direito constitucional.

Corroborando o posicionamento dos Tribunais, Buratto e Cimenti (1989, p.69)

observam:

Esta é a orientação que, ao que tudo indica, será adotada pelos Tribunais inferiores, em que os Presidentes dos Tribunais, ao deferirem ou indeferirem o recurso, agem em termos de absoluta independência funcional, não de representação do Tribunal, em prestam relevantes subsídios, nessa apreciação prévia. Nesse exame preliminar, os Presidentes verificam se a alegação de violação de lei é razoável, facilitando a cognição plena por parte dos Tribunais Superiores, que chegarão à certeza sobre aquela.

Por ser de caráter excepcional, é rigorosa a observância da regularidade procedimental, pois qualquer falha de interposição inviabiliza o recurso. Nesse sentido é a Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

A excepcionalidade do recurso extraordinário revela-se também pelo fato de seus pressupostos serem dados pela Constituição Federal, e não pela lei processual. O artigo 102, III da Constituição Federal usa a expressão “julgar, mediante recurso extraordinário”. Significa que o julgamento deve ser amplo, envolvendo o juízo de admissibilidade, reexame do mérito e novo provimento sobre o mesmo. Haverá cassação da decisão anterior somente quando houver vício no julgado recorrido *in procedendo*.

Como bem explica Moreira (2005, p.600-601):

só quando o fundamento do recurso consista em *error in procedendo* é que o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, ao dar-lhe provimento, anula a decisão da instância inferior e, se for o caso, faz baixar os autos, para que outra ali se profira. Salvo nesta hipótese, o acórdão do tribunal ad quem, seja qual for o sentido em que este se pronuncie, substitui, na medida em que se conheça da impugnação, a decisão contra a qual se recorreu, incide o art. 512.

Por não se aplicar a fungibilidade recursal, a interposição dos recursos excepcionais deve ser precedida da consulta às exigências da Constituição Federal, ao Código de Processo Civil quanto ao rito e, na parte geral dos recursos, aos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, assim como às súmulas e a jurisprudência dominante dessas Cortes.

Cumprido lembrar que, com o advento da nova redação do artigo 102 da Constituição Federal, foi inserido o § 3º pela Emenda Constitucional nº. 45/2004: “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”. Surge, portanto, um novo requisito de admissibilidade, embora a repercussão da matéria seja presumida, pois se exige quórum especial para rejeitá-la.

Ademais, a execução que se faça na pendência do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial é provisória. Isto porque, o § 2º do artigo 542 do Código de Processo Civil preceitua que os recursos excepcionais serão recebidos no efeito devolutivo. Porém, o Ministro Celso de Mello Filho (1986, p.365) observa que “o STF tem reconhecido que circunstâncias excepcionais poderão autorizar aquela Corte, através de medida cautelar inominada, a conferir suspensividade ao recurso extraordinário interposto”.

Tal suspensividade, no entanto, deve ter caráter absolutamente excepcional, supondo-se a conjugação dos seguintes pressupostos:

a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo presidente do Tribunal *a quo*; b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição; c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica; e d) que seja demonstrada, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora*. (JORGE, 2002, p.419).

Vistas as principais razões que evidenciam a natureza excepcional do recurso extraordinário, uma que se evidencia é a peculiaridade da admissibilidade deste recurso, que não é assegurada apenas pelo implemento dos requisitos ou pressupostos gerais, mas também de exigências específicas constantes na Carta Maior (artigo 102, III).

### **3.2. Pressupostos de Admissibilidade do Recurso Extraordinário**

Além dos pressupostos genéricos extrínsecos (tempestividade, preparo, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) e

intrínsecos (cabimento, legitimação para recorrer e interesse em recorrer), o recurso extraordinário, por ser de índole excepcional, necessita do preenchimento de pressupostos específicos de admissibilidade elencados na Constituição Federal.

Mancuso (2006, p.220) esclarece:

Em resumo, o *iter* para o conhecimento dos recursos extraordinário e especial é o seguinte: A) preenchimento, como em todos os recursos, dos pressupostos genéricos, objetivos e subjetivos; B) atendimento, no âmbito do “interesse em recorrer”, da exigência de cuidar-se de “causa decidida em única ou última instância”; C) implemento das especificações de base constitucional (art. 102, III, para o extraordinário; art. 105, III, para o especial), matéria que se poderia aglutinar sob a égide do “cabimento”, propriamente dito.

Especificamente em relação ao Recurso Extraordinário, a Constituição de 1988 trouxe as hipóteses nas quais cabe ao Supremo Tribunal Federal, guardião do Texto Maior, a averiguação do controle difuso de constitucionalidade. *In verbis*:

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.

Inicialmente, sobre a hipótese da alínea “a”, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, Nery e Nery (2003, p.933) explicam que para o cabimento do recurso extraordinário “não é preciso discutir o mérito, bastando o recorrente sustentar a existência dos requisitos constitucionais para o cabimento do RE ou REsp. A efetiva violação da Constituição Federal ou da lei federal é o mérito do recurso, que deverá ser analisado em outro tópico das razões recursais”.

O termo “contrariar” traz consigo certa valoração quanto ao recurso, porque o Supremo Tribunal Federal pode entender que houve contrariedade ao texto constitucional e,

assim, estaria reconhecendo seu acolhimento e não apenas sua admissão; ou a Corte interpreta que basta a mera afirmação convincente da contrariedade. Resta, então, um equívoco terminológico analisado por Barbosa Moreira (2005, p.585/586):

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

Já a hipótese de recurso extraordinário pelo artigo 102, III, “b”, da Constituição Federal, quando decisão recorrida declarou inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, uma questão deve ser analisada: qual “decisão” a que o texto se refere?

Primeiramente, há de se entender que há presunção de constitucionalidade das leis, excluindo, portanto, da análise da Suprema Corte as decisões proferidas pela constitucionalidade das referidas normas. A inconstitucionalidade de uma lei federal promana, segundo Afonso da Silva (1963, p.216), de quatro fatores: “a) quanto à forma de elaboração da lei; b) quanto à matéria; c) quanto ao órgão; d) quanto à esfera de competência”.

Nesse sentido, haverá inconstitucionalidade da lei se, no processo de sua elaboração, não forem observadas as prescrições previstas na Constituição Federal; ou se uma lei foi promulgada sem o submetimento à sanção do Presidente da República; ou se o tratado internacional foi aplicado no país sem referendo do Congresso Nacional, entre outras situações como, por exemplo, em que órgãos legislem em benefício próprio ou que se legisle sem competência para tanto.

Obviamente, a arguição de tais hipóteses autorizam a admissibilidade do recurso, mas não necessariamente o seu provimento. Quanto a este aspecto, Moreira (2005, p.584/585) afirma:

que não é homogênea a técnica empregada pelo legislador constituinte nas várias letras do art. 102, III. Nas letras *b* e *c* (agora, também na letra *d*) ele se ateve a uma descrição axiológicamente neutra: a realização do ‘tipo’ constitucional não implica de modo necessário que o recorrente tenha razão. Uma decisão pode perfeitamente ser correta e merecer ‘confirmação’ *apesar* de haver declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgado válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição, ou, ainda, julgado válida lei local contestada em face de lei federal. Quer isso dizer que nas letras *b*, *c* e *d* se usa técnica bem adequada à fixação de pressupostos de *cabimento* do recurso extraordinário, isto é, de circunstâncias cuja presença importa para que dele se conheça, mas cuja relevância não ultrapassa esse nível, deixando intacta a questão de saber se ele deve ou não ser *provido*.

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu, por maioria de votos, que:

“Conhecendo do recurso extraordinário pela letra *b*, pode o tribunal, ainda que afirmando a validade da lei cuja inconstitucionalidade fora declarada pelo acórdão recorrido, manter, por fundamento diverso, a conclusão dele”<sup>8</sup>.

Mas a jurisprudência majoritária da Suprema Corte tem entendido que a ofensa a preceito constitucional, para que autorize o recurso extraordinário, há que se dar de modo direto e frontal, e não por via reflexa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CARGA DOS AUTOS. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CONTEÚDO DA DECISÃO. INÍCIO DO PRAZO RECURSAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279. Alegação de violação direta e frontal do art. 5º, LV, da Constituição federal. Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade ao Texto Maior. **Caracterização de ofensa reflexa ou indireta. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, seria necessário reexaminar os fatos da causa, o que é vedado na esfera do recurso extraordinário, de acordo com a Súmula 279/STF.** Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo nosso) <sup>9</sup>

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence trata sobre o tema:

Tem-se violação reflexa à Constituição, quando o seu reconhecimento depende de rever a interpretação dada à norma ordinária pela decisão recorrida, caso em que é a hierarquia constitucional dessa última que define, para fins recursais, a natureza de questão federal. Admitir o recurso ordinário por ofensa reflexa ao princípio constitucional da legitimidade seria transformar em questões constitucionais todas as controvérsias sobre a interpretação da lei ordinária, baralhando as competências

<sup>8</sup> RE 141602/PE, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 18/09/1992.

<sup>9</sup> AI-AgR 528750/SC, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, DJ 28/04/2006.

repartidas entre o STF e os Tribunais Superiores e usurpando até a autoridade definitiva da Justiça dos Estados para a inteligência do direito local.<sup>10</sup>

Quando a decisão recorrida julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal (artigo 102, III, c); ou quando a decisão recorrida julgou válida lei local contestada em face de lei federal (artigo 102, III, d); também poderá ser interposto o recurso extraordinário. As duas situações merecem ser vistas em conjunto uma vez que, em ambas, a decisão recorrida privilegiou o direito local.

A hipótese da alínea “d” era de competência do Superior Tribunal de Justiça, mas, com a Emenda Constitucional nº. 45, passou a ser de competência do Supremo Tribunal Federal, já que as questões de validade de lei ou de ato normativo de governo local, em face da lei, não são questões de natureza legal, mas, sim, constitucional, pois se resolvem pelo exame da existência, ou não, de invasão de competência da União, ou, se for o caso, do Estado. Afinal, se a lei local está sendo contestada em face da lei federal, é por se tratar de matéria que, por determinação constitucional, deveria de ser disciplinada pelo legislador federal.

Processualmente deve ser observado que:

havendo decisão sobre questão constitucional e federal no acórdão, a parte deverá, desde logo, interpor simultaneamente o RE e o REsp. Interposto apenas o REsp, não é mais admissível o RE depois do julgamento do REsp para impugnar matéria preexistente, decidida no acórdão que fora impugnado somente pelo REsp (NERY e NERY, 2003, p. 934).

Como já dito anteriormente, só será cabível o Recurso Extraordinário da decisão do STJ se a inconstitucionalidade surgir no acórdão deste último Tribunal Superior.

Quanto à expressão “lei ou ato de governo local”, presente na alínea c, do artigo 102, III, da Constituição Federal, Saraiva (2002, p.208) entende que este termo configura toda

---

<sup>10</sup> Ag. AgRg 134.736-9/SP; Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 17/01/1995.

e qualquer atividade normativa do Estado-membro ou do Município, isto é, a expressão “lei” traduz a atividade do Poder Legislativo de cada um desses entes – Assembléia Legislativa e Câmara Municipal – e o termo “ato” refere-se a toda e qualquer manifestação normativa do Poder Executivo, seja mediante decreto, portaria, resolução ou outros quaisquer.

A legitimação para o recurso extraordinário, neste caso, resulta do prejuízo que o recorrente sofreu pelo fato de uma lei ou ato local ter sido considerado válido, em detrimento de uma norma constitucional.

Em todas as hipóteses de recurso extraordinário, porém, a matéria dita como inconstitucional deve estar devidamente prequestionada.

### **3.3. O prequestionamento da matéria objeto do Recurso Extraordinário**

Não há, na Constituição de 1988, a previsão do questionamento como pré-requisito ao recurso extraordinário. Trata-se de criação jurisprudencial, que acaba por restringir o acesso ao recurso, consoante a Súmula 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”; e a Súmula 356 do STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Assim, por ser a instância última do controle difuso de constitucionalidade, exige-se que a questão constitucional já tenha sido discutida nas outras instâncias. No entanto, Greco Filho (2003, p.336) traz algumas exceções:

Somente em duas situações dispensa-se o prequestionamento: no caso de o fundamento novo aparecer exclusivamente no próprio acórdão recorrido, como, por exemplo, se o acórdão julga extra ou ultra petita sem que esse fato tenha ocorrido na

sentença; e se, a despeito da interposição dos embargos de declaração, o tribunal se recusa a examinar a questão colocada.

Uma questão que se apresenta, e que tem dividido a doutrina, diz respeito à desnecessidade do prequestionamento quando se tratar de questões de ordem pública, sejam de direito material ou processual. Mas, na jurisprudência, salvo excepcionais acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, tem predominado o entendimento de que mesmo as questões de ordem pública e as examináveis de ofício precisam ser prequestionadas. Excetua-se apenas a decadência, já que o próprio Supremo Tribunal Federal tem decidido que a decadência é matéria de ordem pública e pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário, e ainda que não prequestionada:

EMENTA DECADÊNCIA. E MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E PODE SER DECLARADA EM QUALQUER FASE PROCESSUAL MESMO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E AINDA QUE NÃO PREQUESTIONADA. DEVER DO JUIZ DE PRONUNCIAR-SE DE OFFICIO. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. INAPLIÇÃO DA SÚMULA 285 E 356. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.<sup>11</sup>

Outro aspecto interessante diz respeito ao *prequestionamento implícito*. Ou seja, a possibilidade de haver apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida como vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o prequestionamento implícito quando a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada, mesmo que não conste do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL - ADMISSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO: CONCEITO E CONFIGURAÇÃO –PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - CABIMENTO DO ESPECIAL: ENFOQUE DO ACÓRDÃO RECORRIDO - ART. 535 DO CPC - PRECLUSÃO. 1. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto, não bastando a simples menção a tais dispositivos. 2. Surgindo violação à norma federal durante o julgamento pelo Tribunal ou não tendo este se manifestado

---

<sup>11</sup> RE-embargos 66103 / MG, Relator: Ministro Aduacto Cardoso, Julgamento 18/11/1970.

sobre as questões suscitadas, é imprescindível o prequestionamento da matéria, através de embargos de declaração, que não serão considerados protelatórios, conforme Súmula 98/STJ. 3. O prequestionamento implícito é admitido, desde que a tese defendida no especial tenha sido efetivamente apreciada no Tribunal recorrido à luz da legislação federal indicada. 4. Tese em torno do dispositivo legal apontado como violado no especial não prequestionada no voto recorrido. 5. A falta de prequestionamento inviabiliza o recurso especial também pela alínea "c" do permissivo constitucional. 6. O cabimento do recurso especial ou extraordinário está vinculado ao fundamento do acórdão recorrido e não à natureza da matéria. 7. Preclusão do direito de alegar-se violação ao art. 535 do CPC, porque não indicada no recurso especial cuja subida se pleiteia. Agravo regimental improvido. 12

Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal tem-se exigido o prequestionamento explícito sobre a questão suscitada no recurso extraordinário. Além da Súmula 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”, são inúmeros os acórdãos nesse sentido:

EMENTA: Recurso extraordinário: prequestionamento "explícito": exigibilidade. O requisito do prequestionamento assenta no fato de não ser aplicável à fase de conhecimento do recurso extraordinário o princípio *iura novit curia*: instrumento de revisão *in jure* das decisões proferidas em única ou última instância, o RE não investe o Supremo de competência para vasculhar o acórdão recorrido, à procura de uma norma que poderia ser pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal a quo sobre a questão suscitada no recurso extraordinário: Sendo o prequestionamento, por definição, necessariamente explícito, o chamado "prequestionamento implícito" não é mais do que uma simples e inconcebível contradição em termos. 13

Daí a necessidade de utilizar-se dos embargos declaratórios prequestionadores, de forma a propiciar o *prequestionamento ficto*. Conforme própria Súmula 98 do STJ: “Embargos declaratórios com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”. Inclusive, se há utilização dos embargos declaratórios e estes não são conhecidos, cabe à parte alegar violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil no Recurso Especial, como também a violação ao acesso ao Judiciário e à ampla defesa, considerada a explicitação contida no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, no Recurso Extraordinário.

Na opinião moderada de Mancuso (2006, p.292):

---

12 AgRg no Ag 454244 / DF, Relatora: Ministra Eliana Calmon, DJ 07.10.2002.

13 AI-AgR 253566/RS, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 03.03.2000.

Atualmente, o prequestionamento da matéria devolvida ao STF e ao STJ por força dos recursos extraordinário e especial há que ser entendido com temperamento, não mais se justificando o rigor que inspirou as Súmulas STF 282, 317 e 356. Desde que se possa, sem esforço, aferir no caso concreto que o objeto do recurso está razoavelmente demarcado nas instâncias precedentes, cremos que é o bastante para satisfazer essa exigência que, de resto, não é excrescente, mas própria dos recursos de tipo excepcional, malgrado não conste, às expressas, nos permissivos constitucionais que o regem. É que os Tribunais Superiores, não se constituindo em “3ª ou 4ª instâncias”, apenas conhecem da matéria jurídica bem delineada na extensão e compreensão do que lhes foi devolvido pelo recurso de tipo excepcional. Por outras palavras, a eles não se aplicam os brocados *iura novit cúria* e da *mihi factum, dabo tibi jus*, próprios dos juízes singulares e dos Tribunais de Apelação (Justiças, Regionais Federais), que conhecem da matéria jurídica e da de fato. Assim, desde que o tema federal ou constitucional tenha sido agitado, discutido, tornando-se *res dúbia* ou *res controversa* (RTJ 109/371), cremos que ele estará prequestionada.

### **3.4. A recente aplicação da Causa de Pedir Aberta em Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal**

Como instrumento do controle de constitucionalidade difuso, o recurso extraordinário obedece às regras do Código de Processo Civil, devendo respeitar o contraditório, sendo sua causa de pedir “fechada”. Assim, este recurso excepcional deve preencher os requisitos gerais dos recursos, além dos requisitos especiais já mencionados anteriormente para sua admissibilidade, que é desvinculada da análise de mérito. Portanto, a regra é que a matéria deve ser devidamente prequestionada para que se possa analisar seus fundamentos e aferir decisão de provimento ou não do recurso. O princípio “*iura novit cúria*” não se aplica ao recurso extraordinário pela natureza extraordinária dele.

O recurso extraordinário se destina a julgar tese jurídica de acórdão recorrido. Por isso, a Suprema Corte tradicionalmente se orientava no sentido de só se conhecer do Recurso Extraordinário, pela alínea ‘a’, se fosse para dá-lhe provimento. Afinal, seu julgamento teria que se adstringir a examinar o seu objeto em face da tese jurídica sustentada pelo acórdão recorrido, devendo ser conhecido e provido.

Recentemente, tal posicionamento foi revisto, no voto do ministro Sepúlveda Pertence, no qual conheceu-se do recurso extraordinário pela alínea 'a', mantendo o dispositivo do acórdão recorrido, ainda que por fundamento diverso daquele que o tenha lastreado:

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. (grifo nosso)<sup>14</sup>

Tal acórdão foi amplamente discutido pelos Ministros, pois criou um marco muito importante na jurisprudência da Suprema Corte. Rompe com o modelo tradicional de só se conhecer do recurso extraordinário pela alínea 'a' se for para conhecê-lo, nos termos das normas prequestionadas, e passa a observar a distinção entre juízo de admissibilidade e de mérito.

Esta importante distinção já havia sido alertada por Barbosa Moreira (2005, p.609):

Em hipótese alguma, é dado à Corte deixar de observar a necessária precedência do juízo de admissibilidade sobre o juízo de mérito, e menos ainda misturá-los. Sempre é de rigor, primeiro, apurar se o recurso é ou não admissível (quer dizer, cabível e revestido dos outros requisitos de admissibilidade), e por conseguinte se dele se há ou não de conhecer, no caso afirmativo, depois, já no plano do mérito, investigar se o recurso é ou não procedente (em outras palavras: se o recorrente tem ou não razão em impugnar a decisão do órgão inferior), e por conseguinte se se lhe deve dar ou

---

<sup>14</sup> RE 298.694-1/SP, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, D.J. 23.04.2004.

negar provimento. Não obstante a técnica peculiar (e imprópria) usada pelo legislador constituinte, ao redigir a letra a do art. 102, n° III, e os dispositivos correspondentes em Constituições anteriores (cf., supra, o comentário n. 319 do art. 541), o julgamento do recursos nela fundados há de obedecer à mesma sistemática, sem desprezar a distinção entre as duas etapas. É inadequada a maneira por que o Supremo Tribunal Federal costuma pronunciar-se acerca desses recursos, dizendo que deles “não conhece” quando entende inexistir a alegada infração. Desde que se examine a federal question suscitada pelo recorrente, isso significa que se julga o recurso de meritis, pouco importando que se acolha ou se repila a impugnação feita à decisão recorrida; em casos tais, o que se deve dizer é que se conheceu do recurso e, respectivamente, que se deu ou negou provimento.

Por ser guardião da Constituição, no julgamento do recurso extraordinário surgiu a possibilidade de declarar que a lei questionada é, sim, inconstitucional, embora por fundamento diverso do acolhido pelo acórdão recorrido, e, em conseqüência, a utilização da figura da causa *petendi* aberta em Recurso Extraordinário.

Como exemplo, deu-se provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que decidira pela constitucionalidade da Lei 9.718/98, que alterou a base de cálculo do PIS (Programa de Integração Social). A recorrente alegava violação aos artigos 59 e 239 da Constituição Federal, sustentando que o recolhimento do PIS deveria ser feito na forma da Lei Complementar n. 7/70 e não por lei ordinária. Considerando a possibilidade da Corte analisar a matéria com base em fundamento diverso do que sustentado, entendeu-se - afastando-se a violação ao art 239 da Constituição Federal, tendo em conta o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade de alterações do PIS por legislação infraconstitucional, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 - que o acórdão recorrido divergira da orientação firmada no julgamento do recurso extraordinário n. 357950/RS, no qual se assentara a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Assim, o RE foi provido para afastar a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Precedente citado: ADI 1414/DF (DJU de 23.3.2001).

No voto do Relator Ministro Gilmar Mendes restou observado:

Assim, apesar de não se vislumbrar no presente caso a violação ao art. 239 da Constituição, diante dos diversos aspectos envolvidos na questão, é possível que o Tribunal analise a matéria com base em fundamento diverso daquele sustentado. A

proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. 15

A questão que se apresenta diz respeito ao prequestionamento. Cabe, no julgamento do recurso extraordinário, considerar fundamento estranho ao que decidido pela corte de origem?

O sentido do recurso extraordinário é a vigência da Constituição. Na medida em que o Supremo Tribunal Federal restrinja a sua função à vontade da parte ou à conduta dos tribunais inferiores, pode resultar em soluções nitidamente contrárias à Constituição por não terem sido adequadamente fundamentadas.

O recurso extraordinário deve ser visto sob dois prismas: os fundamentos de fato, que não podem mudar de acordo com as regras do Código de Processo Civil; e os fundamentos jurídicos, que envolvem interpretação jurídica e não dos fatos. Sobre este último, não há litígio entre posições subjetivas, mas sim a correta interpretação das normas que estão no ordenamento jurídico em estado permanente, sem que se possa surpreender a outra parte ao interpretá-las.

Ademais, não se confunde a ‘causa de pedir’ com ‘os fundamentos do recurso’. Enquanto a causa de pedir delimita, no processo objetivo, os contornos da lide, os fundamentos do recurso extraordinário dizem respeito à inconstitucionalidade a ser averiguada pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, por ser guardião da Carta Maior, nada impede que, examinando o mérito do recurso, o Tribunal diga que não houve violação àquele dispositivo invocado, pois o que se aplica é outro. Há abertura ao analisar os fundamentos do recurso, e não a causa de pedir, possibilitando, em recurso extraordinário, a

transferência do fundamento para dar como correto o dispositivo definido pela Suprema Corte.

Porém, no julgamento do recurso extraordinário o prequestionamento não pode ser dispensado, não se aplicando a esse recurso o brocardo *iura novit curia*, tal como ocorre com o processo objetivo do controle concentrado de constitucionalidade. Continua-se exigindo que a questão constitucional haja sido decidida pelo tribunal *a quo*, mas, nos casos em que o fundamento do acórdão confundir-se com o adotado pelo Supremo para declarar a inconstitucionalidade da lei, é que seria possível o provimento por outro fundamento. Apenas no que diz respeito aos fundamentos jurídicos, nunca aos fundamentos de fato, já que se deve respeitar o contraditório.

Desta feita, observa-se que, ultimamente, o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado a admissão do Recurso Extraordinário, na medida em que passam a permitir a admissão do recurso por fundamento diverso do peticionado. Tal inovação certamente trará repercussões no estudo do processo constitucional já que as regras do Processo Civil, comumente utilizadas nos processos *inter partes*, sofrem substancial alteração, diante das implicações processuais decorrentes da *causa petendi* aberta.

Portanto, a presente questão deve ser observada com muita cautela, para que não se confundam os institutos do controle difuso e do controle abstrato de constitucionalidade. A técnica processual deve ser respeitada, mas de forma que se possibilite o ideal controle da Constituição Federal.

## CONCLUSÃO

Como demonstrado, a causa de pedir ‘fechada’ possui princípios e teorias do direito processual civil, reguladores de processos subjetivos, diversos da causa de pedir ‘aberta’ do direito processual constitucional.

Com reduzida exploração doutrinária e sem previsão legislativa, a *causa petendi* revela contornos próprios no Controle Concentrado de Constitucionalidade. Deste modo, sem nada ser disposto na legislação pátria, surge doutrinariamente e jurisprudencialmente a figura da *causa petendi* ‘aberta’, pela qual o Supremo Tribunal Federal pode decidir pela (in) constitucionalidade da norma por fundamento diverso do elencado pelo requerente, sendo sua cognição livre, ampla e abrangendo todo o texto constitucional.

Tal peculiaridade tem como fundamento a possibilidade de verificação de constitucionalidade mais eficaz, atendendo ao interesse público, pois, se assim não fosse, poderiam permanecer em vigor normas imbuídas de inconstitucionalidade. Prioriza-se, com isto, o Princípio da Segurança Jurídica.

Diante desta perspectiva utilizada pela Suprema Corte, na medida em que não se admite a argüição de inconstitucionalidade por nova fundamentação jurídica, surgem questões sobre um possível engessamento do Controle Concentrado de Constitucionalidade, ao não possibilitar a discussão em uma nova composição do Tribunal ou de um novo raciocínio jurídico que jamais fora observado. Afinal, se o Supremo Tribunal Federal passa a dar ao princípio da *causa petendi* aberta dimensão que ele não possui, fecha as portas à fiscalização abstrata dos atos normativos por nova argumentação, ferindo o Princípio da Liberdade de Defesa.

No entanto, o que se verifica é certa mitigação deste posicionamento pela recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O Princípio da Segurança Jurídica sofre ventilação, permitindo-se nova discussão sobre a (in) constitucionalidade de determinado dispositivo no caso de mudanças jurídicas, fáticas e de valores comunitários. Neste sentido, observa-se que existem processos informais de mudança na Constituição, que influenciam substancialmente a verificação da decretação de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no Controle de Constitucionalidade.

Exemplos do exposto podem ser vistos na recente votação da inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), que reflete a mudança de posicionamento do Tribunal sobre um mesmo aspecto jurídico já anteriormente analisado. Assim como a nova dimensão que se vem dando à causa de pedir aberta, na medida em que passa a ser utilizada também no controle difuso, em caso de Recurso Extraordinário.

Verifica-se, portanto, que a utilização da causa de pedir aberta pela Suprema Corte surge de uma construção doutrinária e jurisprudencial priorizando o Princípio da Segurança Jurídica. No entanto, tal utilização deve ser feita com certa flexibilidade para que possibilite que mudanças substanciais no mundo fático, jurídico e valorativo sejam observadas a fim de se preservar também o Princípio da Liberdade de Defesa, assegurando, por fim, o interesse público.

Como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal também exerce sua função no controle difuso de constitucionalidade por meio do recurso extraordinário. Por ser de natureza excepcional, o recurso constitucional exige tanto os requisitos previstos na legislação processual, quanto na própria Constituição, além do prequestionamento, requisito criado jurisprudencialmente.

Além do estudo específico da causa de pedir no controle difuso através do recurso extraordinário, foi abordada a recente jurisprudência da Suprema Corte que vem possibilitando a utilização da causa de pedir ‘aberta’ em recurso extraordinário. Esta novidade rompe com certos paradigmas jurisprudenciais da Corte, mas deve ser vista com cautela, para que não se descaracterize a especialidade do recurso extraordinário, mas, por outro lado, possibilite a análise mais ampla pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade das decisões judiciais. Respeitando, porém, as regras processuais e constitucionais do controle difuso de constitucionalidade, como os requisitos de admissibilidade e do prequestionamento.

Este trabalho apresenta-se como nova contribuição aos operadores do Direito, com um tema específico e de pouca ênfase doutrinária, mas de importantes repercussões jurídicas na prática processual.

**BIBLIOGRAFIA**

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos da teoria geral do processo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BAPTISTA, Doreste Nilo. *Da argüição de relevância no recurso extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz e (Coordenadores). *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Vol. I. Estudos sobre o Processo Civil. Trad. De Luis Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução do original italiano por Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Vols. I e II. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1998.

CIMENTI, Helena Maria de Oliveira e BURATTO, Carla Barcellos. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. *Ajuris* (RS), n. 45, p. 69, maio 1989.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vols. I e II. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad LTDA, 1986.

GRECO FILHO, Vincente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. II. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JORGE, Helton. Recurso Extraordinário – Atribuição de Efeito Suspensivo, in *Aspectos polêmicos e tuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, coord. Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9 ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Vol. I, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARTINS, Ives Gandra. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 23 edição atual. Por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentário ao Código de Processo Civil*, cit., 12. ed., Vol. V, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Carlos Silveira. A causa de pedir na execução. In *Revista de Processo* n. 75. julho-setembro de 1994. ano 19.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASSOS, Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio A. Batista, *Curso de processo civil*. Vol. I – Processo de Conhecimento. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 37ª edição. Rio: Forense, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Ajuris* 74, Porto Alegre, nov. 1998.