

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO  
682.486-1

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI  
AGTE.(S) : COMPANHIA VALE DO RIO DOCE -  
CVRD  
ADV.(A/S) : ANTONIO VALE LEITE E OUTRO(A/S)  
AGDO.(A/S) : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE  
DEFESA ECONÔMICA - CADE  
ADV.(A/S) : ARTHUR BADIN

V O T O V I S T A

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Na sessão do dia 4.12.2007 o eminente Relator do Agravo de Instrumento, Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, trouxe a julgamento este Agravo Regimental.

Põe-se em nova discussão perante esta Turma, na espécie, se haveria de ser provido o Agravo de Instrumento ao qual o nobre Ministro Relator negou seguimento, porque, segundo o seu entendimento, *“a controvérsia foi solucionada por meio da interpretação de normas infraconstitucionais, o que impede o trâmite do extraordinário... Os precedentes invocados neste agravo regimental, data vênia, não guardam identidade com a questão discutida nos autos, sendo inservíveis, portanto, para alterar a decisão atacada, de resto fundada em pacífica jurisprudência deste Tribunal. E, ao contrário do afirmado no presente agravo regimental, os votos que dissentiram do relator, vencido, não invocaram expressamente os dispositivos constitucionais suscitados no voto minoritário. Ao contrário. como demonstrei, na decisão agravado,*

*tanto o voto vencedor, quanto os demais que o acompanharam, empregaram fundamentos infraconstitucionais para negar provimento à apelação. A ora agravante, contudo, não interpôs embargos declaratórios para suprir eventual omissão do Tribunal a quo, tendo sido a questão constitucional argüida somente por ocasião da interposição do recurso extraordinário. Assim, não é possível falar-se em prequestionamento, sendo despiciendo que o voto vencedor resolveu a questão ‘de forma diametralmente oposta da que foi apresentada no voto vencido’. Aplicáveis, portanto, as súmulas 282 e 356 do STF”.*

2. Na sessão em que se iniciou o julgamento deste Agravo Regimental, os eminentes Ministros Marco Aurélio, Presidente, e Carlos Britto, dissentiram do voto do eminente Ministro Relator, que mantinha a sua decisão no sentido de manter a decisão antes proferida no Agravo de Instrumento, enquanto o nobre Ministro Menezes Direito acompanhou o voto do Relator.

Ausente no momento da sessão em que se deu o julgamento, coube-se trazer agora o voto sobre a matéria.

3. Dois são os pontos afirmados no voto do eminente Ministro Relator que impediriam o provimento do Agravo Regimental e, por conseqüência, determinariam igual solução judicial para o Agravo de Instrumento: a ausência do necessário prequestionamento e a natureza infraconstitucional da matéria discutida e solucionada nas instâncias inferiores.

*Do prequestionamento de matéria constitucional na espécie*

4. Afirma o eminente Relator, conforme antes acentuado, não ter havido o imprescindível prequestionamento de matéria constitucional, o que seria bastante a obstar o seguimento do Agravo de Instrumento e, agora, o provimento do presente Agravo Regimental.

5. Vale uma palavra sobre o prequestionamento como condição para a admissão do recurso extraordinário no juízo do Tribunal *ad quem* e a possibilidade, ou não, de prosseguir o recurso para o conhecimento e decisão sobre o mérito de determinado caso.

Concebido, inicialmente, com o *writ of error* do direito norteamericano, pelo Judiciary Act, de 1789, pelo qual se exigia que constasse do processo, expressamente, quais as questões federais suscitadas teriam surgido e sido resolvidas nos tribunais recorridos, o prequestionamento foi previsto, inicialmente, no Brasil, em 1891. Então, a Constituição exigia o prequestionamento para possibilitar a interposição do extraordinário (art. 59, § 1º, al. a: “Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: ... § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; ...”).

Este dispositivo constitucional recebe o que previsto no art. 9º, Decreto n. 848, de 11.10.1890, segundo o qual

“ Art. 9º Compete ao Tribunal:

...

*II. Julgar em gráo de recurso e em ultima instancia:*

*a...*

*Parapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:*

*...*

*b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;...“.*

Foi, portanto, esse o primeiro diploma normativo a prever, expressamente, o prequestionamento, a partir dele se tendo incorporado àquela primeira Constituição Republicana.

A Constituição de 1934 repetiu a exigência, em seu artigo 76, tendo-se a previsão do prequestionamento, de maneira expressa, na norma do inc. III, al. c:

*“Art 76 - A Corte Suprema compete: ...*

*2) julgar:*

*...*

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

*a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; ...”*

A Carta de 1937 repetiu a exigência, em seu art. 101, inc. III, al. a, nos termos seguintes:

*“ Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:*

*...*

*III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:*

*a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; “.*

A Constituição de 1946, por igual, cuidou da matéria, estatuinto, em seu art. 101, inc. III, al. *b*:

*“Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:*

*...*

*b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; ...”.*

Sob a égide daquela Lei Fundamental é que o Supremo Tribunal viu-se na contingência de se manifestar quanto àquela exigência, reafirmando-se, então, no julgamento do AI 14.724, Segunda Turma, DJ 31.5.1951, Relator o Senhor Ministro Orozimbo Nonato, a exigência do prequestionamento nos termos seguintes:

*“Declara o próprio agravante que durante o discurso da lide, não se levantou qualquer questão federal, mas as decisões recorridas feriram letra de lei e, nessa hipótese, não se faz mistér o prequestionamento, de que não mais cuida a atual Constituição. ...*

*A meu vêr, data venia, o prequestionamento, entendido em termos, é requisito do apelo, por amor da*

índole mesma desse recurso, em que não se decide questão não decidida, expressa ou virtualmente, na justiça local. O teor do recurso extraordinário não deve encerrar questão inédita, embora possa conter argumentação nova.

*É exato que não está obrigada a parte à indicação do texto da lei ofendida e isto porque 'le juge connait le droit', não obstante exigir o Cód. de Proc. que, na inicial, exponha os fundamentos de seu pedido, de fato e de direito. Uma vez que a parte narre o fato e desta narrativa se infira ocorrência de regra legal ofendida, caberia recurso extraordinário. Não é a omissão da indicação da lei que importa. É a omissão da questão mesma."*

De se atentar que mesmo entre os Ministros do Supremo Tribunal houve certa divergência quanto ao instituto do prequestionamento. O Ministro Edgard Costa manifestou-se em algumas oportunidades sobre a dispensa do prequestionamento (CT 14.619, Relator Ministro Edgar Costa, Segunda Turma, DJ 19.4.1951; AI 14.724, Relator Ministro Orozimbo Nonato, Segunda Turma, DJ 31.5.1951), mas, o Supremo Tribunal Federal nunca deixou de exigir esse requisito recursal.

São numerosos os precedentes que reafirmaram a exigência do prequestionamento sob a vigência da Constituição de 1946, dos quais podemos citar: RE 17.912, Relator Ministro José Linhares, Primeira Turma, DJ 10.5.1951; RE 17.646, Relator Ministro Afrânio Costa, Segunda Turma, DJ 21.6.1951; RE 13.667, Relator Ministro Luiz Gallotti, Primeira Turma, DJ 5.7.1951; RE 15.388, Relator

Ministro Hahnemann Guimarães, Segunda Turma, DJ 12.4.1952; RE 8.176, Relator Ministro Afrânio Costa, Segunda Turma, DJ 2.7.1953; AI 15.749, Relator Ministro Lafayette de Andrada, Segunda Turma, DJ 2.7.1953; RE 19.557, Relator Ministro Rocha Lagoa, Segunda Turma, DJ 28.10.1954.

A Carta de 1967, bem assim a Emenda n. 1, de 1969, não traziam, expressamente, a imprescindibilidade daquele questionamento, pelo que a matéria voltou a debate neste Supremo Tribunal Federal.

Por isso é que, saldo dos debates então ocorridos neste Supremo Tribunal, vieram as súmulas n. 282 e 356, espancando dúvidas que ainda pudessem sobrepairar no tema.

No início da década de 80, ou seja, já sob a vigência das Constituição de 1967, houve a necessidade de o Supremo Tribunal Federal reafirmar, novamente, a exigência do prequestionamento.

O Ministro Alfredo Buzaid fez longa e profunda consideração sobre esse requisito constitucional do recurso extraordinário no voto que proferiu no julgamento dos Embargos no RE 96.802, Tribunal Pleno, DJ 4.11.1983:

*“O que pretende o agravante é argüir a inconstitucionalidade do verbete n. 282 da Súmula. Este verbete dispõe que ‘é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida,*

a questão federal suscitada'. O que este verbete consagra é o princípio do prequestionamento, instituído entre nós já na Constituição de 1891, ao dispor no art. 59:

*'III – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:*

*a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal do Estado for contra ela'.*

*Este preceito foi repetido na Reforma de 1926 (art. 60, § 1º, 'a') e nas Constituições de 1934 (art. 76, III, 'b'), de 1937 (art. 101, III, 'b') e de 1946 (art. 101, III, 'b'). Depois disso não constou mais de cânon constitucional, porque a Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969 e Emenda n. 7 de 1977, atribuiu ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a competência para dispor sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.*

*O recurso extraordinário é um meio de impugnação, cujas condições e motivos estão expressamente designados no art. 119 da Constituição e só tem lugar nos casos que especifica. O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário.*

*A idéia do prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem a sua origem na Lei Judiciária (Judiciary Act) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. Esta lei admitiu*



das decisões da Justiça estadual recurso para a Corte Suprema, recurso que recebeu o nome de writ of error. COOLEY observa que 'é essencial, para a proteção da jurisdição nacional e para prevenir conflito entre Estado e autoridade federal, que a decisão final sobre toda questão surgida com referência a ela fique com os tribunais da União; e como tais questões devem surgir freqüentemente primeiro nos tribunais dos Estados, dispôs-se pela Judiciary Act deslocar para a Corte Suprema dos Estados Unidos a decisão ou resolução final, segundo o direito ou segundo a eqüidade, proferida em qualquer causa pelo mais alto tribunal do Estado, onde se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou onde se questiona sobre a validade de uma lei ou de um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou onde se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade, reclamado segundo a Constituição, tratado, lei federal ou ato feito ou autoridade exercida pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade reclamado por qualquer das partes com base na Constituição, tratado, lei, ato ou autoridade' (Cf. COOLEY, A treatise of constitutional limitations, 6ª ed. Boston, 1890, páginas 18 e 19, ver ainda: PEDRO LESSA, Do Poder Judiciário, Rio de Janeiro, 1915, página 101; MATOS PEIXOTO, Recurso extraordinário, páginas 89 e seguintes).

*A doutrina prevalecente nos Estados Unidos, é que a questão federal tenha sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado. Não basta, pois, alegá-la no writ of error. É o que ainda ensina COOLEY: ‘Mas para autorizar a reforma sobre aquela Lei (Lei Judiciária de 1789), força é que conste dos autos, ou expressamente ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no tribunal Estado e aí foi rejeitada’ (COOLEY, ob. cit., p. 19).*

*A doutrina brasileira, invocando precisamente a seção n. 25 da Lei Judiciária, nunca hesitou em consagrar tal orientação (Cf. PEDRO LESSA, Do Poder Judiciário, p. 101; MATOS PEIXOTO, Recurso extraordinário, página 89 e seguintes).*

*De feito, a apresentação das questões antes da sentença e a sua apreciação definitiva pela decisão de último grau é um problema de lógica jurídica, fundado na congruência que há de existir entre o pedido da parte e a resposta do juiz. O recurso extraordinário difere da apelação. Esta poderá ter por objeto de julgamento todas as questões de direito e de fato suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, especialmente quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, caso em que a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais (Código de Processo Civil, art. 515, §§ 1º e 2º). O recurso extraordinário, como a própria denominação indica, só tem por fundamento as questões de direito, que a Constituição da República especifica no*

artigo 119, III, letras 'a', 'b', 'c' e 'd', desde que a transgressão a esses dispositivos tenha ocorrido no tribunal de origem, onde as questões foram ventiladas. Por isso, BIELSA, tratando do recurso extraordinário na jurisprudência da Corte Suprema da Argentina assinalou que 'o recurso extraordinário é improcedente, quando é suscitado no escrito de interposição, pois as questões devem ter sido apreciadas no juízo' (BIELSA, La proteccion constitucional y el recurso extraordinario, Buenos Aires, 1958, página 248). Não escapou à observação desse ilustre publicista a indagação de que a questão tenha surgido na decisão definitiva já não mais sujeita à revisão na respectiva jurisdição (BIELSA, ob. cit., p. 246). O direito brasileiro resolveu este problema, determinando que a parte, antes de interpor o recurso extraordinário, ofereça embargos de declaração, consoante o verbete n. 356 da Súmula: 'O ponto omissis da decisão, sobre a qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento'. Através dos embargos declaratórios se prequestiona no tribunal de origem a questão federal, a qual fica, portanto, ventilada, independente da solução dada, atendendo assim à exigência do verbete n. 282 da Súmula. O princípio dominante é, pois, que o recurso extraordinário deve versar sobre questão que foi oportunamente suscitada e defendida nas instâncias ordinárias (FENANDO DE LA RUA, El recurso de casacion, 1968, p. 440 – grifos nossos)."

Nove anos depois, sob a vigência da Constituição de 1988, que não faz expressa menção ao instituto, concluiu, ainda uma vez, este Supremo Tribunal, permanecer intacta a exigência em face da sua inegável compatibilidade com os princípios acolhidos no sistema. Então, coube ao eminente Ministro Sepúlveda Pertence reafirmar o instituto do prequestionamento no julgamento do AI 140.623-AgR, Primeira Turma, DJ 18.9.92, quando invocou os fundamentos do Ministro Alfredo Buzaid.

A exigência do prequestionamento como requisito do recurso extraordinário está de forma clara contida na expressão “*causa decidida*” do inciso III do art. 102 da Constituição da República de 1988 e que sempre esteve presente nas Constituições Republicanas Brasileiras.

No caso não se suscita a inconstitucionalidade do prequestionamento, mas, põe-se em debate uma jurisprudência formada na década passada e que diz respeito à própria natureza do desse instituto.

No julgamento do RE 131.739, Segunda Turma, DJ 6.11.1992, o insigne Ministro Marco Aurélio foi o pioneiro em afirmar que “a análise contida, unicamente, em voto vencido, mostra-se irrelevante” e concluir que “o silêncio da maioria não é passível de ser afastado pelo fato de o dissidente haver esgrimido o tema, isto na declaração de voto juntada aos autos. Entendimento diverso implica a consagração do prequestionamento implícito, presumindo-se refutada a matéria de defesa”.

Oito anos depois, o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 118.479, Primeira Turma, DJ 4.8.2000, afirmou que “não se configura o prequestionamento se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido cuidou do tema suscitado no recurso extraordinário, adotando fundamento independente, sequer considerado pela maioria”.

Na mesmo sentido: RE 215.083, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 1.9.2000; e RE 279.557-AgR, Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16.3.2001.

Para complementar esse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 141.788, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 18.6.1993, firmou entendimento nos termos seguintes:

*“1 – Recurso extraordinário: prequestionamento: irrelevância da ausência de menção dos dispositivos constitucionais atinentes aos temas versados.*

*1. O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha.*

*2. É de receber-se com cautela a assertiva de que a fundamentação do voto vencido é irrelevante para a satisfação do requisito do prequestionamento: quando é patente a identidade das questões constitucionais*

*resolvidas, de modo diametralmente oposto, pelo acórdão recorrido, de um lado, e pelo voto vencido, de outro, a invocação expressa pelo voto dissidente dos dispositivos constitucionais pertinentes às indagações que também o acórdão enfrentou e resolveu é a melhor prova de que a maioria do Tribunal não fez abstração de ditas normas, mas, sim, que lhes deu inteligência diversa.”*

6. A partir desses precedentes fixou-se a seguinte orientação constitucional neste Supremo Tribunal Federal: o voto vencido que tenha tocado determinada matéria, isoladamente considerado, não satisfaz o requisito do prequestionamento. Todavia, esta condição terá sido atendida se os votos vencedores resolveram a questão com fundamentos diametralmente opostos aos considerados pelo voto vencido, o que indica ter havido debate sobre o tema constitucional suscitado no recurso extraordinário, ou seja, que se trata de uma *causa decidida*.

7. A doutrina considera prequestionada a matéria quando uma das partes tenha argüido a matéria e sobre ela tenha se manifestado o Tribunal em sua decisão sobre a qual verse o recurso extraordinário apresentado.

Isto porque o objetivo específico do prequestionamento é que os Tribunais superiores debruçem-se e decidam matéria posta e apreciada no Tribunal *a quo*. Tanto advém, em parte, do princípio da eventualidade ou da defesa concentrada, que no processo civil exige que as partes, autor e réu, proponham todos os meios de

defesa e ataque de uma só vez, ainda que contrários, sob pena de não poderem fazê-lo mais tarde, por força da preclusão.

*Entretanto, não é suficiente que as questões sejam suscitadas pelas partes para que se tenha por cumprida a exigência, embora o termo, tomado em sua literalidade, pudesse fazer supor o inverso. Sobre este tema, o eminente ex-Ministro Eduardo Ribeiro, em artigo sobre o tema, ensina que: "Não se colocará em dúvida que o conteúdo dos julgamentos se encontra em grande parte delimitado pela atividade das partes. O juiz, adstrito ao pedido e à causa de pedir – princípio da demanda – não conhecerá de questões não apresentadas, se requerida a iniciativa das partes. Tratando-se de recurso, o que há de ser examinado estará condicionado à impugnação formulada. Isso entretanto nada tem a ver com os pressupostos específicos do extraordinário e especial. Constitui restrição ao julgamento de qualquer processo e dos recursos em geral...O que se terá como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, pois isso, sim, deflui da natureza do especial e do extraordinário e resulta do texto constitucional...Destinando-se o extraordinário, como salientado, a garantir a exata aplicação da Constituição, falta razão para ele, se da norma constitucional não se tratou na decisão impugnada. O mesmo se diga do especial, pois não há como fazer-se controle, quanto à correta interpretação do tratado ou da lei federal, em relação a matéria que não se cogitou. Não pode o julgado havê-las contrariado, ou a elas negado vigência, se não versada a questão que regulam."*

E a decisão – é certo – versa e decide questão federal ou constitucional na medida em que forem elas suscitadas pelas partes no primeiro momento em que lhes surja a oportunidade processual.

Pode decorrer não só da postulação de um dos legitimados processuais, mas também quando o órgão judicial aplica a norma de ofício nos casos legalmente previstos (matérias de ordem pública). O prequestionamento é o questionamento prévio da questão jurídica invocada nos recursos especial e/ou extraordinário, no acórdão recorrido, de tal modo que se tenha decidida a matéria posta a exame pelo veio da questão constitucional ou federal apresentada.

**8. No caso dos autos, tem-se:**

a) a fls. 17 a 44 da Petição 4143 (vol. 1) cópia da inicial do mandado de segurança da ora agravante, na qual se especifica, como fundamentos da ação que: *”não houve empate, mas sim decisão majoritária... mesmo que tivesse havido empate não poderia ser exercido o voto cumulativo **não previsto na lei**...(fl. 22);*

b) havia quorum legal para a sessão de julgamento, conforme prevê o art. 49 da Lei n. 8.884/1994 (fl. 22);

c) não teria havido empate, porque *“como se depreende da leitura da decisão questionada na presente impetração, a maioria absoluta, que configura quorum deliberativo exigido no artigo 18.B, do seu Regimento Interno, para a tomada de decisões do CADE, não foi alcançada no que tange à restrição para o mercado internacional, do direito de preferência ao minério excedente da Mina de Pedra...” (fl. 23)*



d) a Presidente do CADE *“considerou que teria havido empate...e proferiu um segundo voto para desempatar a decisão. Ressalte-se que a Lei n. 8.884/94 não lhe autorizava tanto, ex-vi do art. 8º, inciso II, ao prever que o Presidente do Conselho terá direito a voto inclusive o de qualidade. Tal dispositivo impõe uma única interpretação...”*(fl. 24).

A ora Agravante tece considerações sobre a interpretação a ser acolhida em relação aos artigos do Regimento Interno do CADE, a respaldar a sua tese, sem qualquer consideração sobre matéria constitucional;

e) a Agravante pleiteia, ainda, que seja considerado válido o resultado menos gravoso para a empresa (fls. 32 a 36)

Salienta, ainda, ao final da peça inicial do mandado de segurança que *“deseja pontuar, com muita ênfase, que não está discutindo, neste writ, o mérito da decisão atacada, proferida pelo CADE... mas, sim, a forma de apuração dos votos dos Conselheiros no julgamento em referência...”* (fl. 38).

Os requerimentos e os pedidos formulados não apenas não se referem expressamente, mas tampouco inflexamente podem ser tidos como tangenciando matéria constitucional, senão única e exclusivamente matéria legal e regimental (fls. 38 a 44 do vol. 1).

**9.** A sentença de primeiro grau (fls. 580 a 587 do v. 2) não cuida, sequer indiretamente, de matéria constitucional que pudesse

ter sido vislumbrada, ainda que subliminarmente, no caso, ou que pudesse servir de fundamento para a decisão.

E decidida, cassada ficou a liminar que tinha sido inicialmente deferida, para se dar efeito suspensivo à decisão do CADE.

**10.** A apelação (fls. 590 e segs. do v. 2) também não cuida de qualquer tema que pudesse ser tida como constitucional, nem de forma direta, nem de forma indireta.

Ali, a ora Agravante acentua “os fundamentos jurídicos da impetração: a) do quorum legal; ... b)inexistência de empate; ...c) da nulidade do voto cumulativo (tendo-se, neste item, a expressa referência de que “ressalte-se que a Lei n. 8884/94 não lhe autorizava (à Presidência) tanto, ex-vi do art. 8º, inc. II...”). Insiste, nesta passagem, a ora Agravante que “...é importante destacar da sentença dois fundamentos **atribuídos equivocadamente à apelante, de que o art. 8º, II, da Lei 8884/94 não padece de inconstitucionalidade e de que o Regimento Interno do CADE se sobrepõe à referida lei, hierarquicamente superior. Com efeito, o raciocínio é exatamente o oposto: tanto o regimento interno se coaduna com a lei reguladora do CADE, como essa com os preceitos constitucionais. A afirmativa é de que o voto cumulativo não encontra guarida nessas normas...**”(fl. 604 – v. 3).

Explicitado fica, assim, pela palavra da própria Agravante que não apenas ela não cuidou nem pretendeu cuidar, em qualquer

momento até aquela passagem, da matéria de constitucionalidade, como nega a ser autora de tal pretensão...

11. No julgamento da apelação pelo E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região é que o nobre Relator, Desembargador Souza Prudente, argüi a matéria constitucional ao resumir os fundamentos da sentença denegatória, numerando como tópico específico a questão da inconstitucionalidade do art. 8º da Lei n. 8.884/94 (fls. 944 – v. 3), com uma ênfase que, com a devida vênia, não apenas não se tem nas razões acolhidas na sentença apelada, como ainda foram renegadas pela própria parte, ora Agravante, consoante acima demonstrado.

Esqueceu-se, contudo, aquele nobre Desembargador de salientar, em seu relatório, a negativa, expressa e taxativa, da Apelante, ora Agravante, de ter sido a matéria cuidada ou pretensamente fundamentadora da ação.

E vota ele, então, a partir da seguinte, qual seja, a de que “*a controvérsia instaurada nestes autos gira em torno da suposta ilegitimidade da decisão tomada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE...*”. A ilegitimidade assim afirmada haveria de se restringir à ilegalidade, conforme salientado pela Apelante, ora Agravante.

Somente então, pela primeira e única vez neste processo, tem-se, então, a argüição de desencontro entre a norma contida no art. 8º, inc. II, da Lei n. 8.884/94 e princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, da República e da Democracia.

Afirma o eminente Desembargador descumprimento ao *caput* do art. 5º da Constituição brasileira, pretendendo embasar-se no Parecer, dentre outros tantos juntados aos autos e, posteriormente, entregues aos julgadores, do eminente ex-Ministro Célio Borja, o qual, contudo, apega-se aos termos expostos pelo Impetrante, ora Agravante, nele não se tendo a referência aos princípios constitucionais lembrados pelo nobre Desembargador Souza Prudente.

Com base nas razões assim expendidas aquele digno magistrado votou no sentido do provimento do recurso e da reforma da sentença recorrida.

Todavia, as invocações a princípios constitucionais começaram e terminaram naquele voto. Nem há comprovação, nos autos de ter havido debate e decisão sobre a matéria – o que teria de haver para se pretender o prequestionamento – nem se louvaram naqueles fundamentos os demais Desembargadores que votaram em sentido oposto.

E nem se diga que a relatoria qualifica diferentemente um voto a ponto de se pretender que qualquer dito do Relator passa a ter força determinante. Até mesmo porque

- a) se as razões a preponderarem fossem de decisão quanto à constitucionalidade, ou não, da norma legal (art. 8º, inc. II, da Lei n. 8.884/94) a competência seria do órgão especial do Superior Tribunal, e não da turma, como se deu;

- b) o voto dos demais Desembargadores partem do que posto à apreciação do digno Tribunal e que, na fala da eminente Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, *“se apóia em dois vértices: i) a falta de quorum para concluir-se pela restrição também ao mercado internacional, e (ii) a votação da Conselheira Presidente, com voto de qualidade, e, aí, alcançando quorum de quatro votos pra se dar validade àquela restrição”* (fl. 961 – v. 3).

O apego demonstrado, já no julgamento por esta Egrégia 1ª Turma, pelo eminentíssimo Ministro Carlos Britto da frase daquela nobre Desembargadora Federal, no sentido de que *“não se diga que tal dispositivo encerra inconstitucionalidade, que, ao que me consta, não houve nenhuma argüição de inconstitucionalidade quanto a essa norma legal”* (fl. 962 – v. 3), parece-me demasiado para atender às exigências do que se tem como prequestionamento na qualificação que se lhe vem dando este Supremo Tribunal Federal ao longo de sua história, como antes busquei demonstrar.

**12.** É de Athos Gusmão Carneiro a lição segundo a qual *“não é suficiente para que a questão federal tenha sido prequestionada, que tenha sido ela suscitada pela parte, no curso do contraditório, mas é essencial que a matéria tenha sido explicitamente decidida no aresto recorrido, embora não se faça necessária a expressa menção a texto de lei”*.

Na espécie em pauta, é a ora Agravante que, expressamente, afirmou, em sua peça de apelação, que não se cuidava de matéria constitucional, como chegara a mencionar – e tão somente isso – o juiz singular, e pretende, posteriormente, no recurso extraordinário formulado valer-se dos termos, retorcidos em seu significado, de um voto para expor que *“reconheceu ...a douta corrente majoritária, ao aderir ao voto da insigne Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, que o v. acórdão extraordinariamente recorrido não ofendeu os princípios constitucionais mencionados no preclaro voto vencido... “*.

Se tivesse havido debate e decisão sobre o tema – o que nem expressa nem ao menos implicitamente se tem nos autos – por que não sobrevieram os embargos declaratórios, em observância da súmula n. 356? E se tivesse havido a decisão sobre a constitucionalidade, por que não se transferiu ao órgão competente o conhecimento e decisão sobre a matéria no Superior Tribunal, conforme determinado na legislação vigente?

Também não se afirme, em apoio à tese de que o voto do Relator teria de ser, ainda que implicitamente, ponderado e respondido para contra ele se posicionar, que tanto se dá necessária e imprescindível para se adotar posição diversa do quanto por ele votado.

Não é o que se passa. Aliás, não poucas vezes, chega-se a adotar a mesma conclusão do Relator, traçando os demais julgadores do Colegiado outros argumentos que não contrariam, apenas passam ao largo do quanto versado pelo primeiro. E não

são poucos os exemplos havidos inclusive neste Supremo Tribunal Federal neste sentido.

Por isso é que não basta o Relator mencionar ou invocar determinados fundamentos – que sequer tenham sido apresentados até então pelas partes – para que se tenha por prequestionada a matéria e cumpridas as exigências constitucionais, legais e regimentais para o conhecimento e provimento do agravo ou do recurso extraordinário.

Daí a súmula 356 explicitar que “*o ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*”

Comentando esta súmula, José Theophilo Fleury observa terem sido: “*diversos ...os julgados ... em que se entendia suficiente, para fins de prequestionamento – nos casos em que o Tribunal a quo não se ocupa das questões federais e/ou constitucionais invocadas, prévia e oportunamente, pelas partes -, a simples oposição de embargos de declaração, nos termos da Súmula 356, não importando, pois, o acolhimento ou não destes embargos, para fins de apreciar as questões omissas no acórdão recorrido, sendo, pois, os embargos suficientes para configurar o prequestionamento dos dispositivos legais e/ou constitucionais tidos por afrontados.*” Segundo aquele estudioso, “*prevalecia até então, no STF, o entendimento de que, uma vez opostos os embargos, ter-se-ia por ventilada no acórdão recorrido a questão jurídica independente da solução dada*”. A isso a doutrina apelidou de

prequestionamento ficto, pois a questão somente teria sido efetivamente argüida para fins recursais, sobre ela não tendo se decidido o órgão judicial *a quo*.

Mudança substancial foi iniciada, ainda no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tendo como precursor inequívoco o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, e passou a ser amplamente acolhida, mesmo neste Supremo Tribunal Federal.

Assim, não basta argüir-se a questão, atendo-se a parte a esperar que sobrevenha decisão a esse propósito ou, se não vier, cabendo-lhe o ônus de embargar para que o *juízo a quo* declare o que tenha deixado de clarear em sua decisão quanto à questão constitucional. É preciso que ela argua a questão constitucional e que sobre ela obtenha a manifestação. Se não o fizer, não se terá cumprido o necessário prequestionamento, não se podendo conhecer do recurso.

**13.** No caso em foco, nem se argüiu qualquer matéria constitucional, conforme bem enfatizou o Impetrante, em sua apelação, nem se cuidou de decidir a matéria o nobre Tribunal Regional Federal, não se mostrando como cumprimento daquela exigência de prequestionamento a referência ou menção constante tão somente como fundamento de um dos votos, mesmo que seja o do Relator, quando tenham entendido os demais membros do Colegiado, como se deu na espécie, que a matéria em causa resolvia-se em outra vertente, à qual se ativeram eles.



Daí porque, relativamente ao prequestionamento, parece-me patenteado não ter havido o atendimento do requisito sem o qual não há como dar seguimento à pretensão da ora Agravante.

*Da inconstitucionalidade indireta ou reflexa*

14. Na esteira do quanto acentuado antes, parece-me também coberto de razão o nobre Relator quando pondera que, além da incidência na espécie das vedações advindas da ausência de prequestionamento da matéria cuidada nos autos, também seria carente de fundamento e insuscetível de atendimento a pretensão da ora Agravante pela inocorrência de ofensa constitucional indireta.

Aliás, a ementa mesma da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região deixa patenteada a natureza infraconstitucional da matéria, dela não constando sequer referência à qualquer norma constitucional.

Como antes demonstrado pela transcrição de numerosas passagens das peças da Impetrante, depois Apelante e agora Agravante, tudo o quanto expôs ela em sua argumentação e em seus pedidos foi exatamente que se entendesse incorreta a interpretação dada pelo CADE, ora Agravado, à Lei n. 8.884/94, máxime ao seu art. 8º, inc. II.

Conforme realçou em sua peça de apelação antes parcialmente transcrita, “os fundamentos jurídicos da impetração: a) do quorum legal; ... b)inexistência de empate; ...c) da nulidade do

voto cumulativo (tendo-se, neste item, a expressa referência de que “ressalte-se que a Lei n. 8884/94 não lhe autorizava (à Presidência) tanto, ex-vi do art. 8º, inc. II...é importante destacar da sentença dois fundamentos **atribuídos equivocadamente à apelante, de que o art. 8º, II, da Lei 8884/94 não padece de inconstitucionalidade e de que o Regimento Interno do CADE se sobrepõe à referida lei, hierarquicamente superior. Com efeito, o raciocínio é exatamente o oposto: tanto o regimento interno se coaduna com a lei reguladora do CADE, como essa com os preceitos constitucionais. A afirmativa é de que o voto cumulativo não encontra guarida nessas normas...**”(fl. 604 – v. 3).

Se se estivesse a discutir inconstitucionalidade na ação, em cuja tramitação se tem o agravo agora examinado, seria ele do ato do CADE, que, ao interpretar a lei n. 8.884/94 no sentido inaceito pelo ora Agravante, praticou ato questionado pela via do mandado de segurança.

Não se teve nem se teria, sequer na fundamentação apresentada pelo Desembargador Souza Prudente, qualquer alegação de inconstitucionalidade da lei, como se pretendeu, data vênua, nos votos dos eminentes Ministros Presidente e Carlos Britto, em fala deste último na qual se tem que: “para que o relator do regional se contrapusesse à validade do art. 8º, II, da lei, teria que esgrimir, agitar teses constitucionais. E a tese é essa: é possível conferir a um agente estatal que faz parte da cúpula de uma autarquia federal, a duplicidade de voto, o voto em dobro, o voto dúplice? Disse o Relator, eminente Desembargador Federal Souza

Prudente, que não, e o fez com argumentos constitucionais, os quais foram, também, derrubados, como não poderia deixar de ser...” (notas taquigráficas).

Entretanto, a leitura dos votos conduz à conclusão contrária. A nobre Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, que conduziu a corrente majoritária naquele julgado, foi expressa em se afastar daquela argumentação, sem, contudo, afrontá-la ou desmerecê-la, tendo-a, tão somente, como despicienda, em razão da natureza infraconstitucional da matéria cuidada.

Inegável que se inconstitucionalidade houvesse, na espécie, ela passaria, necessariamente, pelo prévio conhecimento e decisão da correta interpretação a ser dada àquela lei, o que, por si, basta a que não se pudesse aceitar o processamento do pleito recursal apresentado neste Supremo Tribunal Federal, conforme reiterada jurisprudência da Casa:

*“Recurso extraordinário: descabimento, quando fundado na alegação de ofensa reflexa à Constituição.*

*1. 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 infraconstitucional dessa última que define, para fins recursais, a natureza de questão federal.*

*2. Admitir o recurso extraordinário por ofensa reflexa ao princípio constitucional da legalidade seria transformar em questões constitucionais todas as controvérsias sobre a*

interpretação da lei ordinária, baralhando as competências repartidas entre o STF e os tribunais superiores e usurpando até a autoridade definitiva da Justiça dos Estados para a inteligência do direito local.” (AI 134.736-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 17.2.1995 – grifos nossos)

*“Recurso extraordinário. Falência. Correção monetária. Aplicação da Lei n. 6.899/81. Matéria restrita à interpretação de legislação infraconstitucional. Alegação de contrariedade reflexa à Lei Maior que, por isso, não serve de base a recurso extraordinário fundado em violação do texto constitucional, exclusivamente.*

*RE não conhecido.”* (RE 120.261, Relator Ministro Célio Borja, Segunda Turma, DJ 8.6.1990)

**“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO QUE AUTORIZA A SUA ADMISSÃO. TEMPESTIVIDADE DE RECURSOS: MATÉRIA DE FATO.**

*I. – A ofensa à Constituição, que autoriza admissão do recurso extraordinário, é a ofensa direta, frontal, e não a ofensa indireta, reflexa. Se, para demonstrar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à norma infraconstitucional, é esta que conta para a admissibilidade do recurso.*

*II. – A questão da intempestividade de recursos, quando é necessário demonstrar, com documentos, a tempestividade, vale dizer, quando é preciso considerar os*

*fatos numa versão diferente da versão do acórdão recorrido, é uma questão de fato, inadmissível na instância extraordinária.*

*III. – R.E. inadmitido. Agravo improvido.” (AI 131.798-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 26.6.1992)*

No julgamento do RE 147.684, Tribunal Pleno, DJ 2.4.1993, o Ministro Sepúlveda Pertence, como lhe era próprio, traça um rigoroso traçado do tema:

*“Correta, a premissa jurídica de que parte o raciocínio do parecer da Procuradoria-Geral: o RE, na feição restrita que lhe deu a Constituição, não é via adequada à apuração da denominada inconstitucionalidade indireta ou reflexa, mediante violação da norma sub-constitucional interposta.*

*De modo especial, se a Constituição, explícita ou implicitamente, remete o trato de determinada matéria à lei ordinária, não cabe o recurso extraordinário por contrariedade à Carta Fundamental, se a aferição desta pressupõe a revisão da inteligência e da aplicação dadas à norma inferior interposta.*

*Cuida-se de verdadeiro axioma da nossa jurisprudência. Afirmou-o o Tribunal, sem vacilações, desde quando, a partir da EC 16/65, se iniciou, nas áreas da Justiça Eleitoral (onde os textos anteriores eram ainda mais restritivos; CF 34, art. 83, § 1º; CF 46, original, art. 120) e da Justiça do Trabalho, a tendência – universalizada pelo*

regime atual -, de circunscrever o recurso extraordinário à hipótese de contrariedade à Constituição.

*Exemplar dessa orientação, nos primeiros anos, o raciocínio, de manifesta evidência, repetido em numerosos acórdãos da lavra do saudoso Ministro Luiz Gallotti – v.g., RE 72.959, 2.12.71, RTJ 60/294:*

*‘Recurso extraordinário de decisão do Tribunal Superior do Trabalho.*

*Só caberia na hipótese de ter sido contrariada a Constituição, conforme esta dispõe no seu art. 143.*

*Não há como acolher o argumento de que se trata de matéria constitucional, só porque se invoca lei ordinária que regula matéria prevista na Constituição.*

*A argumentar-se assim, todas as matérias reguladas em lei ordinária como desdobramento de princípios gerais contidos na Constituição, seriam de ordem constitucional, o que não há como admitir.*

*Recurso extraordinário não conhecido.’*

*Posteriormente, na vigência do sistema dos óbices regimentais ao RE, em função da natureza ou do valor da causa, que, no entanto, a ofensa à Constituição ilidia, não se alterou, para a identificação dessa então chamada ‘excludente da inadmissibilidade’ do recurso, o rigor do entendimento da Corte. Assim, por exemplo, se assentou no RE 92.264, 18.4.80, da lavra do eminente Ministro Décio Miranda, RTJ 94/462:*

*‘... Para superar o óbice regimental, a alegação de contrariedade à Constituição deve ser necessária, indispensável. Não é necessária a arguição de princípio constitucional genérico e abrangente, quando a lei ordinária contém disposição particular sobre a matéria. Se, para provar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta que conta para a admissibilidade do recurso extraordinário em face das restrições regimentais.’*

*Em matéria eleitoral, a demanda, para a admissão do RE, da afronta imediata da Constituição, não cedeu sequer à hierarquia complementar da Lei de Inelegibilidades, - v.g., RE 101.757, 5.12.84, Néri da Silveira, RTJ 122/648:*

*‘No caso do art. 139, da Constituição, a ofensa à Lei Magna há de ser direta e imediata, e não por via oblíqua, isto é, pendente de prévia conclusão, quanto a existir negativa de vigência de norma ordinária, ainda que complementar.’*

*Nenhum temperamento tem merecido o requisito da imediatidade da violação à norma constitucional invocada, sob a Constituição de 1988, que a estendeu – salvo as hipóteses específicas das alíneas b e c do art. 102, III – ao conhecimento da generalidade dos recursos extraordinários – v.g., AgRg 125.934, 27.3.90, Celso de Mello, RTJ 132/455:*

*‘A ofensa oblíqua da Constituição, inferida de prévia vulneração da lei, não oferece trânsito ao recurso extraordinário. O desrespeito ao texto constitucional, que enseja a interposição do apelo extremo, é aquele direto e frontal, invocado em momento procedimentalmente adequado.’*

*Parece, ao contrário, que, sob a Lei Fundamental de 1988, a estrita observância dos limites constitucionais do recurso extraordinário se tornou ainda mais imperativa, na medida em que, com a criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial – salvo os casos enumerados taxativamente no rol de nossa competência -, a palavra definitiva sobre a inteligência do direito infraconstitucional foi subtraída, em princípio, da órbita da Corte Suprema e confiada, em cada área, ao respectivo Tribunal Superior.”*

**15.** Por tudo quanto exposto, e pedindo vênias aos nobres Ministros Presidente e Carlos Britto, voto no mesmo sentido do ínclito Ministro Relator, que já se fez acompanhar do não menos douto Ministro Menezes Direito.