

Revista de Processo

2015

REPRO VOL. 246 (AGOSTO 2015)

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

2. PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO ESPECIAL SOB A ÓTICA DA FUNÇÃO DO STJ NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL: UMA ANÁLISE PERANTE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2. Prequestionamento no recurso especial sob a ótica da função do STJ no sistema processual civil: uma análise perante o novo Código de Processo Civil

Prequestioning in special resource from the perspective of the function of the Superior Court in the civil procedural system: an analysis in front of the new Code of Civil Procedure

ELAINE HARZHEIM MACEDO

Doutora em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pela PUC-RS. Especialista em direito processual civil pela PUC-RS. Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito junto à PUCRS. Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ex-presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Presidente do Igade - Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral. Advogada. elaine@fhm.adv.br

ROBERTA SCALZILLI

Mestre em Direito pela PUC-RS. Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural-IDC. Professora na Graduação do UniRitter, Fapa. Advogada. robertascalzilli@gmail.com

Sumário:

1. Introdução
2. O recurso especial no direito brasileiro
3. Efeitos do recurso especial e o prequestionamento
4. Pquestionamento no recurso especial: Juízo de admissibilidade ou de mérito?
 - 4.1 Dissonâncias e aspectos relevantes sobre o prequestionamento na doutrina e na jurisprudência e seu enfrentamento no novo Código de Processo Civil
 - 4.2 Pquestionamento e questão de ordem pública
 - 4.3 Análise crítica sobre o sistema recursal, a função do STJ e a estrutura do Poder Judiciário
5. Considerações finais
- Referências bibliográficas

Área do Direito: Civil

Resumo:

O presente estudo objetiva abordar questões fundamentais em relação aos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, com foco no requisito do prequestionamento e frente ao novo Código de Processo Civil. Para tanto, analisam-se diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria, destacando os aspectos relevantes que o tema ensejou sob os textos normativos vigentes, rediscutindo-os frente à novel legislação processual e tendo como mira a função constitucional do STJ. Adota-se como premissa o debate de ideias por meio de uma abordagem crítica do Poder Judiciário em sentido amplo, visando a refletir acerca das medidas necessárias para obtenção de uma prestação jurisdicional mais eficiente, um dos objetivos da carta constitucional.

Abstract:

This study aims to approach core issues in relation to conditions for admissibility of the Special Resource, focusing on prequestioning requirement and front of the new Civil Procedure Code. For this purpose, there will be an examination of the different doctrinal and jurisprudential positions on the issue, focusing the main aspects that the issue gave rise under the existing legal texts, revisiting them opposite the new procedural law and with a focus on the constitutional function of the STJ. The debate of ideas through a critical approach of the judiciary in a broad sense is taken as a premise to reflect on the necessary measures to achieve a more efficient jurisdictional service one of the objectives of the Constitutional charter.

Palavra Chave: STJ - Recurso especial - Prequestionamento - Novo Código de Processo Civil.

Keywords: Superior Court of Justice - Special resource - and Prequestioning - New CPC.

Recebido em: 02.04.2015

Aprovado em: 12.06.2015

1. Introdução

Este ensaio analisa o instituto do prequestionamento no recurso especial sob o prisma da doutrina e da jurisprudência dominante sobre o tema, sem perder de vista que para bem compreender sua aplicação e necessidade de manutenção no sistema, indispensável estudar a função desempenhada pelo STJ na forma como o Poder Judiciário brasileiro se estrutura. O estudo se propõe a avaliar e comparar este instituto de origem pretoriana frente ao novo Código de Processo Civil, onde o prequestionamento ganha *status* legal, não propriamente como instituto, mas com previsão expressa para sua aplicação.

A temática se justifica em razão da relevância social e jurídica, cuidando-se o STJ de um Tribunal da Cidadania, como o próprio se define, bem como pela necessidade de rediscussão de alguns conceitos pacificamente sustentados e que vêm causando polêmica na comunidade jurídica especialmente quando se está às vésperas da edição de um novo Código de Processo Civil. A releitura de institutos já praticados, mesmo que consagrados, sem embargo da introdução de novos institutos, quando for o caso, se impõe para que o sistema evolua e se aperfeiçoe, mesmo sob a vigência de um mesmo estatuto legal, quanto mais no alvorecer de um novo texto. Por fim, serão traçadas algumas considerações críticas sobre o assunto, objetivando pontuar reflexões e (re)avaliação do sistema recursal, presente a função constitucional do STJ e o seu enquadramento na estrutura do Poder Judiciário.

2. O recurso especial no direito brasileiro

Recursos de natureza não ordinária (não se voltando, portanto, ao mero reexame da decisão recorrida) são da tradição do processo construído no mundo ocidental especialmente após a virada histórica que a criação do Estado moderno provocou. E tal ocorreu tanto nos países do sistema da *civil law*, como nos da *common law*. A exemplo, o *writ of error* americano foi implementado em 1789, como uma forma de impugnar questões atinentes ao direito constitucional e infraconstitucional, levadas à Corte Suprema.

O legislador brasileiro, simpático à proposta norte-americana, criou através do Dec. 848 o recurso extraordinário, que foi introduzido em 1890 ao direito brasileiro e recepcionado pela Constituição de 1891, tendo como órgão competente para julgá-lo o STF.

As Constituições pátrias de 1891 a 1946 referiam, no corpo do seu texto, à necessidade de se questionar a aplicação de lei federal, exigência esta que veio a desaparecer na Carta Magna de 1967 e permanece sem expressa menção até hoje.¹ Contudo, implicitamente, as regras do art. 105, III e suas alíneas da Constituição de 1988 culminam por acatar essa orientação política, centralizando determinada classe de decisões nos tribunais superiores.

A denominada crise do STF, desenfreada a partir dos anos cinquenta, ocorreu em razão da disparidade entre o volume de processos que ingressavam na Corte e os que eram julgados. Muitos, no passado, os caminhos tortuosos para corrigir o desvio de função da Corte Maior, que passou a ser provocada muito mais como um terceiro grau de jurisdição o que aqui não importa aprofundar, até que na Constituição de 1988 foi adotada a solução de cindir os julgamentos quanto à questão constitucional e à questão federal.²

O STJ foi criado pela nova Constituição para zelar pela unicidade da aplicação da lei federal através do julgamento do recurso especial.³ O fato é que a criação deste Tribunal e do novel instituto recursal não foram capazes de estancar esta crise, na qual, hoje em dia encontram-se inseridos tanto o STF quanto o STJ, duplicando-a quanto às matérias discutidas.

Diversas as razões para o fenômeno da numerosidade dos processos, mas, relativamente às instâncias superiores, uma das principais causas é a inexistência de filtros recursais eficientes, impedindo que o sistema de sobreposição de instâncias julgadoras se converta na figura de um cone, quando rigorosamente deveria ser piramidal.

Nesse fio, os recursos – ordinários ou extraordinários – são analisados sob dois aspectos distintos: o da admissibilidade e o do mérito. Caso o recurso seja admissível, passa-se a enfrentar se a impugnação é fundada ou infundada.⁴

Para que o recurso especial possa ser conhecido – no que não difere dos demais recursos – encontra-se submetido aos pressupostos recursais genéricos, previstos na legislação processual brasileira, e aos específicos, previstos na Constituição Federal. Os primeiros, voltados a robustecer o plano da validade recursal, tais como cabimento (no sentido de adequação), legitimidade, interesse em recorrer, tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.⁵⁻⁶⁻⁷ Compondo o segundo grupo, os aspectos específicos para que a parte tenha direito a interpor tal recurso constam do Diploma Constitucional, art. 105, III, onde se exige causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, especificando, ainda, os limites destas causas decididas no âmbito do direito federal.⁸⁻⁹

Embora o recurso especial seja de instituição constitucional (art. 105, III, da CF), seu procedimento, desde sua admissão no tribunal de origem até o julgamento de eventuais embargos de divergência, vem regido pela lei infraconstitucional (que também contempla o tratamento dado ao recurso extraordinário), no CPC/1973, nos arts. 541 a 546, e novo CPC, nos arts. 1.029 a 1.043, também aí incluídos os recursos de agravo contra decisões monocráticas proferidas no seu processamento e o de embargos de divergência.

3. Efeitos do recurso especial e o prequestionamento

Tradicionalmente são identificados dois efeitos nos recursos em geral: o devolutivo e o suspensivo. No entanto “outros fenômenos processuais atinentes à relação da interposição do recurso (com a eficácia da decisão recorrida; e com o julgamento do próprio recurso) não se subsumem àquela dicotomia, reclamando tratamento dogmático da doutrina do processo civil. Nominamos esses fenômenos como efeito expansivo, efeito translativo e efeito substitutivo dos recursos”.¹⁰

O recurso especial não foge muito à regra geral, mas, ao contrário da previsão do art. 542, § 2.º, do CPC/1973, que estabelece categoricamente que os recursos excepcionais serão submetidos apenas ao efeito devolutivo,¹¹ a novel legislação, através do art. 1.029, § 5.º,¹² prevê que o efeito suspensivo poderá ser requerido (portanto, comando não mais *opus legis*, mas *opus iudici*, invertendo-se a até então ordem negativa para positiva, ainda que seja como de exceção) ao tribunal *ad quem*, ou ao tribunal local, nos casos de sobrestamento do recurso por se enquadrar em matéria repetitiva. De um modo ou de outro, a extensão deste efeito decorre diretamente da questão federal individualizada nas razões do recurso, ao fim de convencer o julgador da sua relevância e do eventual risco da demora. Ou seja, para obtenção ou não do efeito suspensivo, não há como deixar de se avaliar o conteúdo e a extensão da questão federal arguida.

Parte significativa da doutrina, porém, vincula a questão federal ao efeito devolutivo, como nos ensina José Miguel Garcia Medina defendendo que a Constituição Federal exige tão somente esteja presente a questão federal na decisão recorrida, e que por construção jurisprudencial e doutrinária o prequestionamento tornou-se requisito de admissibilidade do recurso especial, afirmando que este, na verdade, decorre simplesmente do princípio dispositivo e do efeito devolutivo.¹³

Isso porque, paralelamente às disposições constitucionais e legais, foi se impondo, como construção pretoriana, o requisito do prequestionamento para o juízo de triagem ao recebimento do recurso excepcional, o que será objeto de maior desdobramento no próximo item, mas que já aparece na definição dos efeitos devolutivo e suspensivo, o que demonstra a relevância do tema.

Para Nelson Nery Jr. “o prequestionamento não é um verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. O verdadeiro requisito de admissibilidade é o cabimento, que só ocorrerá quando as matérias tiverem sido efetivamente decididas pelas instâncias ordinárias (arts. 102 e 105 III, CF)”, isso porque se extrai do Texto Constitucional que as “causas” não precisam apenas ter sido ventiladas no acórdão, mas também decididas. Dentro desse contexto, e na falta de lei expressa, o instituto do prequestionamento vem sendo disciplinado por Súmulas.¹⁴ Prossegue o doutrinador paulista que “o prequestionamento não é um fim em si mesmo, tampouco instituto que tenha autonomia e subsistência próprias. É apenas um dos meios para chegar-se ao requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais (extraordinário e especial), que é o do cabimento do recurso”. Além disso, coloca “que o prequestionamento ainda é compreendido como sendo mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo”,¹⁵ afinando, no ponto, com a doutrina majoritária.

Dessa forma, baseado nesse entendimento, poder-se-ia extrair como balizamento, sob a regência do Código de 1973, o seu art. 544, que abre à parte vencida irresignar-se contra a negativa de seguimento do recurso especial via recurso de agravo, vinculando o prequestionamento ao efeito devolutivo, pois se devolve a matéria tratada no tribunal de origem à apreciação da instância superior. Seu paralelo no novo estatuto, art. 1.042, repagina o recurso de agravo, estendendo suas hipóteses de incidência às decisões monocráticas proferidas nos tribunais superiores, onde o recurso deverá ser avaliado, pelo relator, quanto à sua admissibilidade (o recurso de agravo nas instâncias locais apenas é preservado nos casos de recursos repetitivos sobrestados). Mas, ao que aqui revela, ratifica-se a provocação do efeito devolutivo, com a remessa aos respectivos órgãos colegiados dos tribunais *ad quem* autos, quando monocraticamente não forem os recursos conhecidos.

Contudo, o novo Código inova ao dispor sobre o efeito suspensivo, ainda que como exceção, como antes consignado, abrindo expressamente a possibilidade de sua concessão e, nestas circunstâncias, não há como deixar de se atrelar igualmente o prequestionamento ao efeito suspensivo, mesmo que em grau menos acentuado. Não há como conceder ou negar judicialmente o efeito suspensivo sem avaliar criticamente a questão federal posta.

4. Prequestionamento no recurso especial: Juízo de admissibilidade ou de mérito?

O ponto de partida para entender o prequestionamento, entre os chamados requisitos de admissibilidade (que se situa na categoria dos requisitos intrínsecos para conhecimento dos recursos extravagantes), repousa na premissa de que a interpretação jurídica deve ser sistemática, isto é, deve visualizar o direito como um sistema integrado de normas. Neste sistema, a Constituição Federal e seus princípios e garantias devem representar o guia orientador, quando o mesmo sistema estabelece, via legislação infraconstitucional, condições específicas para interposição dos recursos extraordinários,¹⁶⁻¹⁷ limitando, portanto, sua abrangência. De um lado, há que se garantir a intervenção dos tribunais superiores nas decisões locais, de outro, há de se garantir que a via constitucional não seja violentada, fugindo a sua função, que é de excepcionalidade e não de revisão ou reexame das decisões proferidas nas instâncias locais. Buscar esse equilíbrio é mais que uma missão, uma indispensável exigência para manutenção da ordem constitucional e estrutura do Poder Judiciário, mas nem por isso mostra-se tarefa fácil.

É antiga a exigência do prequestionamento. Mesmo antes da Constituição de 1946, o STF já manifestava entendimento pela necessidade do prévio questionamento da lei federal na instância local.¹⁸⁻¹⁹

O prequestionamento é, para grande parte da doutrina, requisito de admissibilidade do recurso especial. Quando obstado de segmento pelo não cumprimento dessa exigência, o despacho denegatório torna-se passível de ser atacado através do recurso de agravo,²⁰ a exemplo de outras causas de inadmissibilidade, como a tempestividade e o preparo.

Porém, do exame do rol dos requisitos que possibilitam o cabimento do recurso especial, pode-se observar que o prequestionamento não está contemplado expressamente.²¹ No entanto, as Súmulas do STJ e STF fizeram uma interpretação do texto constitucional e concluíram que a intenção do legislador era que a questão (na hipótese, federal) houvesse sido prequestionada. O tema se mostra polêmico, algumas vozes apontando no sentido da inconstitucionalidade do requisito, porém sem constituir a corrente majoritária entre os operadores do direito. Um dos expoentes dessa tendência é Alcides de Mendonça Lima: (...) “em nenhum dispositivo de Código ou lei esparsa aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar a admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, ainda que ambos sejam fundados”.²²⁻²³

Essa ambiguidade leva a outro debate, que diz com o momento em que o direito federal questionado deve ser arguido.

E mais uma vez nos deparamos com ausência de consenso, pairando, na doutrina, dúvida quanto ao momento em que o prequestionamento ocorre. Se pela provocação das partes, antes da decisão recorrida, se pela decisão recorrida, ou através da conjugação dos dois momentos. O princípio da congruência está muito ligado a esse debate, pois ele se faz incidir no momento em que a parte pede e o juiz responde. Na contramão desse entendimento, José Miguel Garcia Medina entende que o prequestionamento não ocorre na decisão recorrida,²⁴ resolvendo-se apenas na postulação.

De qualquer sorte, é importante estabelecer um raciocínio na direção de que não pode a parte resolver levantar a questão (antes não ventilada), por exemplo, no recurso especial, ou mesmo opor embargos declaratórios a fim de prequestionar à matéria, pois aí, na realidade, estará ocorrendo um pós-

questionamento. Em sendo carreado o tema ao longo de todo o processo, e mesmo assim o juiz, em sua decisão, referir que não é obrigado a se manifestar sobre todas as questões colocadas pelas partes, agora sim, é a hora de ingressar com embargos de declaração diante de uma nulidade por omissão (por exemplo) injustificada e infundada do magistrado, pois, dizer apenas que não precisa se manifestar não cumpre o preceito constitucional da motivação das decisões, restando incompletos os requisitos básicos de uma decisão (sentença ou acórdão): relatório, fundamentação e dispositivo. Se mesmo assim o Tribunal *a quo* permanecer silente, poderá o STJ conhecer do recurso, em face da violação, no Código de 1973, ao art. 535, ou, no novo Código, ao art. 1.022,²⁵ tal como a matéria tivesse sido prequestionada, com base numa interpretação extensiva, no primeiro caso, do art. 515, § 3.º, do CPC/1973, no segundo, mais precisamente no novo Código, com base no art. 1.025, que prevê a hipótese expressamente.²⁶⁻²⁷

No entanto, o prequestionamento depende do binômio provocação e enfrentamento de questões, conforme trata a Súmula 211 do STJ,²⁸ e não de dispositivos legais. Esse fenômeno indica um fato passado que deve se dar antes de proferido o acórdão, o que se pode fazer no presente é somente questionar e no futuro pós-questionar. E o pós-questionamento não salvam a parte do requisito do prequestionamento. Ou se prequestionar o que foi questionado, ou não se abre caminho para os tribunais superiores.

Das modalidades de prequestionamento existentes, convém ressaltar a modalidade implícita que vem sendo aceita pelo STJ, porém que ainda gera confusões. O prequestionamento implícito é uma forma de suscitar a matéria posta em discussão na demanda, sem que haja a necessidade de menção expressa ao artigo que regula a matéria.²⁹

Decidiu o STJ:³⁰

“Processual civil. Tributário. ICMS. Adoção de regime especial de fiscalização e tributação. Possibilidade. Questão jurídica debatida na Instância *a quo*. Prequestionamento implícito. Ocorrência. Razões da decisão agravada devidamente infirmadas. Conhecimento do agravo. Não incidência da Súmula 7 do STJ ao caso. 1. ‘O juízo de admissibilidade recursal é ato discricionário do relator, máxime quando efetuado o prequestionamento implícito e tratar-se de dissídio notório’ (AgRg no REsp 976.148/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJe* 09.09.2010). 2. É possível o conhecimento de recurso especial na hipótese em que o Tribunal *a quo* aprecia questão jurídica mesmo sem fazer menção expressa ao artigo relacionado à matéria discutida, pois se admite o prequestionamento implícito, para fins de conhecimento de recurso especial interposto pela alínea *a* do permissivo constitucional, quando as questões debatidas no recurso tenham sido decididas no acórdão recorrido, ainda que sem a explícita indicação dos dispositivos de lei que o fundamentaram, conforme entendimento do STJ. 3. As razões do agravo infirmam a decisão agravada, o que enseja seu conhecimento. 4. No caso, não houve qualquer análise de provas, visto que o recurso limitou-se a questionar a possibilidade de aplicação do regime especial de tributação, o que, nesta Corte, foi reconhecida sua legalidade, determinando-se, aí sim, para evitar análise de provas, o retorno dos autos ao tribunal de origem para verificar a presença dos requisitos para a adoção do regime especial de fiscalização e tributação. Não incidência da Súmula 7 do STJ”.

Todavia não se aceita o argumento de que há prequestionamento implícito sobre as matérias a respeito das quais o Tribunal *a quo* deve examinar, o que determina sempre o conhecimento do recurso pelo tribunal superior. Neste sentido, não é possível discordar de que há omissão, quando o tribunal não aprecia questões suscitadas pelas partes e cognoscíveis de ofício violando-se o preceito constitucional da motivação das decisões. E, havendo omissão, os embargos de declaração se mostram como o caminho a ser seguido. Sobre o assunto, assim se manifesta o STJ:³¹

“Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de prequestionamento de dispositivos tidos por violados. Súmulas 282 e 356 do STF. Honorários advocatícios contratuais. Indisponibilizado por arresto. Possibilidade. Preferência do crédito tributário. Arts. 186 do CTN.

Precedentes. Discussão acerca da cronologia dos fatos. Questão atrelado ao reexame do contexto probatório dos autos. Óbice da Súmula 7 do STJ.

1. O recurso especial não merece ser conhecido em relação a questão que não foi tratada no acórdão recorrido, sobre a qual nem sequer foram apresentados embargos de declaração, ante a ausência do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF, por analogia).

2. A jurisprudência deste STJ é no sentido de que não se aplica a regra da impenhorabilidade dos honorários de advogado, em razão de sua natureza alimentar, quando há arresto dos valores executados antes do pedido do advogado.

Precedentes: AgRg no REsp 1.063.840/RS, 1.^a T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 25.02.2011; REsp 909.830/SC, 2.^a T., minha relatoria, *DJe* 06.08.2010; REsp 1.041.676/SC, 1.^a T., rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 24.06.2009.

3. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7 do STJ).

4. Agravo regimental não provido”.

Forçoso concluir que efetivamente há uma zona gris, no âmbito do prequestionamento, quanto à definição de sua natureza jurídica – juízo de admissibilidade ou juízo de mérito –, até porque tudo passa pelo exame da questão federal (ter sido ou não arguida, ter sido ou não decidida não é juízo que se emane sem nela adentrar) embora a corrente majoritária na doutrina, que se reflete na jurisprudência, é reconhecê-lo como causa de inadmissibilidade do recurso. A vantagem em tal enquadramento fica por conta de o recurso poder ser estancado na origem, aliviando a carga dos tribunais superiores.

Contudo, esta prática se viu neutralizada com o agravo do art. 544 do CPC/1973, constatação que certamente inspirou o novo Código de Processo Civil a reavaliar a regulamentação do procedimento dos recursos excepcionais, como adiante se verá.

4.1. Dissonâncias e aspectos relevantes sobre o prequestionamento na doutrina e na jurisprudência e seu enfrentamento no novo Código de Processo Civil

Muitas são as nomenclaturas utilizadas nos tribunais superiores em relação ao prequestionamento, especificando-os.

O STF, à luz do Código de Processo Civil de 1973, não tem exigido o prequestionamento numérico (citação específica do artigo da lei federal), aceitando o expresse (quando o acórdão expressamente enfrentou o tema regido pela lei federal), mas rejeitando o implícito. Ainda no âmbito deste tribunal por muito tempo foi aceita a modalidade ficta, que ocorre quando a parte ventilou, ao longo da demanda, questões federais ou constitucionais, no entanto o acórdão não se manifesta sobre elas. A orientação consolidada por meio da Súmula 356 do STF demonstra ser suficiente à interposição de embargos de declaração por omissão, para que a matéria seja considerada prequestionada, independente do resultado no julgamento, num juízo de exclusão.³²⁻³³ Dizendo de outra forma, se não forem opostos embargos declaratórios sobre a omissão no enfrentamento da questão (federal ou constitucional, conforme o caso), o recurso extravagante não será admitido; mas se houver embargos declaratórios, ainda que o tribunal local sobre tal questão não se manifeste, o prequestionamento atendeu seu objetivo.

Diferentemente dessa Corte, o STJ vem exigindo que o Tribunal *a quo* se manifestasse sobre a questão, para configurar o prequestionamento, todavia sendo mais flexível, dispensando o pronunciamento explícito, para aceitar a manifestação implícita no acórdão. Na visão do STJ, o explícito é aquele que traz o artigo ou seu conteúdo dito violado, ao passo que o implícito é a representação mental feita pelo julgador, quando este passeia pelo artigo proposto, mas não o cita na decisão que profere.

Outro aspecto a ser destacado, por exemplo, é que no âmbito dos tribunais extraordinários tem sido pacífica a desconsideração da matéria tratada no voto vencido, para fins de prequestionamento.

Nesse sentido, acórdão do STJ, assim ementado:³⁴

“Processual civil. Alegação de ofensa ao art. 16 da Lei 6.830/1980. Ausência de prequestionamento. Súmula 211 do STJ. Matéria veiculada apenas no voto vencido do aresto impugnado. Súmula 320 do STJ. Preclusão. Questão anteriormente decidida em execução fiscal. Reiteração em embargos à execução. Impossibilidade. Reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 7 do STJ.

1. O tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre o art. 16 da Lei 6.830/1980. É inadmissível recurso especial quanto a questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal de origem. Incidência da Súmula 211 do STJ.

2. O fato de o voto vencido ter apreciado a questão à luz dos dispositivos legais apontados como violados não é suficiente para satisfazer o requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 320 do STJ. Precedentes do STJ.

3. O entendimento do STJ é no sentido de que o fato de a apelação ser recurso de ampla devolutividade não significa que questões anteriormente discutidas e decididas em outro âmbito recursal possam ser novamente apresentadas quando de sua interposição.

4. Ademais, a análise acerca da efetiva ocorrência de preclusão demanda revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido”.

Com a edição do novo Código de Processo Civil, que traz em seu bojo novas disposições sobre o tema, inclusive ao efeito de expressamente referendar o prequestionamento, impõe-se analisar orientações e posicionamentos pretéritos, eventualmente em desconformidade com a novel legislação, a merecer reconsideração.

A iniciar, sobre o exame do juízo de admissibilidade, de um modo geral, dos recursos extravagantes e, no particular, do prequestionamento como filtro recursal a repercutir no seu não conhecimento.

O art. 1.030 da nova lei processual estabelece:

“Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior.

Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade”.

Trata-se, portanto, da revogação do juízo de admissibilidade exercido pelos tribunais locais, ressalva feita exclusivamente à hipótese de que a matéria discutida no recurso especial (ou extraordinário, que se vale da mesma regra) já esteja afeita à repetitividade, com os processos sobrestados, na forma dos arts. 1.036 e 1.037 do novo CPC, já que o sobrestamento poderá se dar por iniciativa tanto na instância local, como na instância superior. Em tais casos, os recursos especiais interpostos no período (a ideia é sobrestar não apenas os processos após o julgamento da apelação, mas em qualquer fase em que ele se encontra, inclusive no primeiro grau) ficarão submetidos ao sobrestamento, nada impedindo, porém, que se argua eventual intempestividade, a ser resolvida pelo Tribunal *a quo*, permitindo, no caso, que se opere a coisa julgada em relação àquele processo específico cujo recurso venha a ser reconhecido como intempestivo. Embora o novo texto optou por não contemplar a hipótese, nada impediria que a ausência

de preparo, por sua objetividade e tipicidade, tanto no primeiro (recurso individual) como no segundo (recurso repetitivo), também pudesse ser levanta na instância local ao efeito do exercício do juízo de admissibilidade, encerrando-se o debate da admissibilidade nas instâncias locais. Não foi, porém, essa a opção legislativa.

O fato é que o juízo de admissibilidade estará assentado nas mãos do relator ao qual foi distribuído o recurso especial, valendo-se ele das regras processuais e também da interpretação dada pelos tribunais superiores para conhecer do recurso. Com isso, pretende o novel estatuto “queimar” etapas, como já denunciando antes neste artigo, pois a cada julgamento de inadmissibilidade sucede interposição do recurso de agravo ao efeito de reexame da decisão denegatória, compelindo que, ao fim e ao cabo, o tribunal superior se manifeste sobre o juízo de admissibilidade. O objetivo maior, dar mais celeridade ao processo, atendendo a garantia da tempestividade processual.

Mas o que mais releva ao objeto deste trabalho são as disposições dos arts. 941 e seu § 3.º e 1.025 (este já alhures citado), isso por que ambos os dispositivos fazem expressa referência ao prequestionamento.

Ao tratar da ordem dos processos nos tribunais, o art. 941 cuida do julgamento no colegiado, rezando:

“Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

(...)

§ 3.º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento”.

A novidade vem em boa hora. Não se pode olvidar que os embargos infringentes, como recurso, desaparecem do ordenamento jurídico,³⁵ uma das oportunidades em que o voto vencido poderia ser objeto de reexame – e, portanto, de eventual prequestionamento. É certo que já no sistema do Código de Processo Civil de 1973 nem toda decisão colegiada por maioria autorizaria este recurso, mas, seja de que forma for, o fato é que o voto vencido é julgamento tanto quanto os votos vencedores e ele pode, por si só, gerar fundamentos para um recurso especial, especialmente no que diz com o pressuposto do prequestionamento, até porque o julgamento de apelação não unânime levará ao julgamento “em capítulos”, conforme art. 942, reabrindo-se a discussão em sede de colegiado numericamente ampliado.

Já no art. 1.025, antes mencionado neste texto, a novidade fica por conta de se considerar incluídos no acórdão (dos embargos de declaração) os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, mesmo que os embargos sejam inadmitidos ou rejeitados no julgamento de origem. O dispositivo, porém, vincula o reconhecimento desta inclusão ao pronunciamento do tribunal superior sobre a existência de erro, contradição ou obscuridade.

Mais uma vez se vê que o intuito do legislador foi queimar etapas, investir na tempestividade do processo e da prestação jurisdicional. A hipótese pode ser assim compreendida: a parte interessada levanta determinada questão federal, seja para acolhimento de sua pretensão, seja para rejeição da pretensão adversa. O julgamento se dá desacolhendo sua tese, porém o acórdão não enfrenta uma questão federal arguida no curso do processo ou em sede de recurso de apelação. Opõe embargos de declaração, e esses são rejeitados, sem expresse pronunciamento sobre a questão levantada. O caminho normal seria a oposição de novos embargos, o que poderia levar a uma situação insustentável, com reiterados embargos declaratórios mal sucedidos.

Vendo-se vencida, interpõe recurso especial. O juízo de admissibilidade não é mais da competência do tribunal local, sendo o recurso distribuído junto ao STJ. O relator, no caso, reconhecendo a omissão, dá a questão federal por prequestionada, recebendo o recurso para processamento e/ou julgamento.

Com esta orientação legislativa, a Súmula 211 do STJ perde atualidade, merecendo ser oportunamente revogada.

A dúvida que permanece é se o tribunal superior, pelo seu órgão monocrático ou colegiado, não reconhecer erro, omissão, contradição ou obscuridade. Não nos parece que tal hipótese seja uma verdadeira troca de seis por meia dúzia, enfraquecendo o avanço legislativo. O fato é que a tese do recorrente de que houve erro, omissão, contradição ou obstáculo, a ser trazida no preâmbulo do recurso especial, não pode ficar à deriva do juízo de valor pelo tribunal competente. Uma coisa é alegar (papel do recorrente) a falha existente, outra coisa é o seu reconhecimento no respectivo julgamento (função jurisdicional).

Por outro lado, prevalece a orientação jurisprudencial do STF – mas agora com fundamento legal – de que basta os embargos declaratórios para ter por implementado o prequestionamento, se reconhecido o defeito no julgamento impugnado.

Com o advento deste dispositivo, parece que ganha força o entendimento de que o prequestionamento implícito preenche o requisito de sua exigência, se mais não for pelo raciocínio às avessas: se a omissão – situação mais grave de insuficiência da decisão – assim reconhecida já autoriza que os embargos de declaração preencham a exigência, mais ainda o enfrentamento implícito pelo órgão *ad quem*. Mas permanecerá, ainda, a dúvida, nesse caso, de oposição ou dos embargos de declaração, nos termos da Súmula 356 do pretório excelso.

4.2. Prequestionamento e questão de ordem pública

Aspecto que igualmente merece referência na temática do prequestionamento é a questão da ordem pública. Atualmente, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, na doutrina e na jurisprudência encontram-se três correntes distintas quanto à possibilidade de apreciação e reconhecimento de questões de ordem pública em sede de recurso especial.³⁶

A corrente mais antiga sustenta que o controle das questões de ordem pública não pode ser feito pelos tribunais superiores como é feito nas instâncias ordinárias (de ofício e em qualquer grau de jurisdição.), pois exige o atendimento do prequestionamento.³⁷

Em posição oposta encontra-se a corrente que diante da relevância contida nas questões de ordem pública, estas poderiam ser conhecidas no âmbito dos tribunais superiores.³⁸

Uma linha intermediária entende que o conhecimento da matéria de ordem pública ocorrerá após o juízo de admissibilidade. Todavia, nesta compreensão, o exame dessas questões poderá acontecer, mesmo que não prequestionadas, pois não seria permitido ao tribunal superior ignorar a ocorrência de alguns vícios.³⁹⁻⁴⁰

A crítica que se faz a esta última corrente encontra-se na discricionariedade dos Ministros do STJ no tocante ao apontamento do que são ou não questões de ordem pública, extrapolando, não raras vezes o texto legal. Além disso, pode-se verificar um desvio da função precípua deste Tribunal que abre exceções a exigências que devem estar presentes em todos os recursos de natureza extraordinária, tal como o prequestionamento.

Não é possível discordar, conforme já mencionado, que há omissão, quando o tribunal não aprecia questões suscitadas pelas partes e cognoscíveis de ofício violando-se o preceito constitucional da motivação das decisões. Portanto, a alegação de que os magistrados não necessitam se manifestar de todas as matérias postas, não pode prejudicar a parte que opondo embargos de declaração, mesmo não acolhidos, poderá ter conhecido pelo STJ o recurso especial por violação do art. 535 do CPC, sublimando formalismos exacerbados e considerando a matéria como se prequestionada fosse. Se este era o

pensamento sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, mais ainda sob a vigência do novo estatuto, que expressamente prevê a supressão do erro, omissão, contradição ou obscuridade pela simples interposição dos embargos declaratórios.⁴¹

Não raras vezes o STJ claudica em seus posicionamentos, despertando forte insegurança jurídica aos jurisdicionados. Esta oscilação não atinge apenas o mérito das decisões, mas também os requisitos de admissibilidade dos recursos, principalmente o prequestionamento.

Recentemente no julgamento de embargos de divergência em recurso especial, a 2.^a Seção do STJ decidiu por maioria de votos que um fundamento de defesa alegado nas instâncias ordinárias e não abordado em decisão de 2.^o grau, pode ser examinado pelo STJ após o conhecimento do recurso especial.⁴²

Em sentido semelhante, à ementa de outro julgado abaixo trasladada, demonstra a tendência à flexibilização do prequestionamento e instiga a reflexão sobre a real função do STJ:⁴³

“Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal.

– Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1.^o e 2.^o grau de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação.

– A aplicação do direito à espécie também atende os ditames do art. 5.^o, LXXVIII, da CF, acelerando a outorga da tutela jurisdicional. Não há como conhecer dos embargos de divergência quando a decisão embargada encontra-se em harmonia com o entendimento contido nos acórdãos alçados a paradigma”.⁴⁴

Inegável que a parte quando recorre o faz objetivando a satisfação do seu direito, todavia necessário ter em mente que a função precípua do STJ é a de tutelar a autoridade e unidade da lei federal, que deve estar acima da realização do direito subjetivo do recorrente. Destarte, não é possível relegar a aplicação dos requisitos de admissibilidade de forma padronizada para todos os processos, pois o posicionamento de mitigação, ora adotada, enfraquece a segurança jurídica e até mesmo a função democrática do Poder Judiciário.

Acredita-se, que o número avultante de processos nos graus extraordinários, que hoje são compreendidos como uma terceira instância, prejudica sobremaneira os julgamentos dos recursos. Neste sentido devem-se buscar alterações legislativas capazes de afastar esta imagem do STJ e otimizar o desenvolvimento de sua função, que, tanto quanto se tem, o novo Código de Processo Civil pretende alcançar.

A ideia de Estado Democrático de Direito contemplada no art. 1.^o da CF ressalta três diretrizes fundamentais para a construção de um Código de Processo Civil: o direito processual deve ser construído à base dos princípios da segurança jurídica, da igualdade de todos perante o direito e do direito de participação no processo.⁴⁵

Com esse espírito constitucional foi preparado – com erros e acertos como qualquer obra humana – um novo Código de Processo Civil, que simplifica procedimentos e diminui recursos, objetivando maior sistematização e celeridade. Na mesma linha, tramita no Congresso Nacional proposta de EC 209/2012, visando à implementação de um novo requisito de admissibilidade no recurso especial similar a repercussão geral existente no recurso extraordinário, com a finalidade de filtrar apenas os recursos de maior relevância. Talvez aí o espaço para modificações mais profundas no sistema recursal.

A Constituição Federal de 1988, como corolário das inúmeras regras existentes para tutela dos direitos individuais e coletivos (*lato sensu*), consagra a disciplina mãe que concebe a garantia do acesso à Justiça prevista no art. 5.º XXXV do referido Diploma.⁴⁶

Mauro Cappelletti em sua obra sobre o acesso à Justiça, traduzida pela Ex-Ministra do STF Ellen Gracie, ressalta ser o acesso à Justiça um requisito fundamental de um sistema jurídico igualitário que deseje garantir e não apenas proclamar os direitos de todos. Assim, propõe soluções para os problemas desta natureza informando que os ordenamentos deveriam deixar-se orientar por três ondas: assistência judiciária para os pobres, a representação dos interesses difusos e o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça.⁴⁷

Dentro da atual realidade processual, onde encontramos a judicialização da política, entre outras situações em que se pode verificar uma distorção de funções e poderes, bem como a clara discricionariedade do Judiciário na tomada de decisões, pergunta-se: Como fica a segurança jurídica, o acesso à Justiça e o direito a um processo adequado?

Para responder esta pergunta é necessária uma breve reflexão sobre a função do STJ e do sistema jurídico, especialmente o recursal, tema a seguir enfrentado.

4.3. Análise crítica sobre o sistema recursal, a função do STJ e a estrutura do Poder Judiciário

Na atualidade as petições são fundamentadas basicamente com julgados esporádicos ou jurisprudência e parca quantidade de doutrina e juízo de valor sobre os textos legislativos e sua adequação aos fatos controvertidos, diferentemente da prática dos operadores do direito que fugiam da insegurança da jurisprudência em tempos não tão distantes. Conforme observação de Ovídio A. Baptista da Silva, estamos praticando “um jurisprudencialismo normatizado, produzido em série, mas de qualquer modo jurisprudência livremente produzida sem que o legislador interfira”.⁴⁸

Esta mudança de paradigma que tem a “lei, enquanto texto, apenas como uma expressão precária da norma” tem alimentado sobremaneira a chamada crise do Poder Judiciário. Neste sentido, pode-se observar, por exemplo, os conceitos indeterminados utilizados pelo legislador deixando ao encargo da jurisprudência a complementação do sentido da norma. Daí é compreensível, que estejamos expostos às oscilações cada vez mais acentuadas da jurisprudência.⁴⁹

As decisões do STJ, hoje fontes criadoras de direito, devem estar em consonância com a finalidade do recurso especial, que não é apenas uniformizar a jurisprudência, mas também dar uma unicidade à lei federal, garantindo sua autoridade e aplicação em todo o território nacional; essa função se confunde com a de realizar justiça subjetiva, mitigando, não raras vezes o requisito do prequestionamento, desprezando ou disciplinando acerca de requisitos de admissibilidade, competência esta, ao encargo do Poder Legislativo e que se caracterizam como regras de ordem pública, na medida em que dão validade e legitimidade aos recursos interpostos pelo vencido.

Os recursos constituem a expressão de uma desconfiança no magistrado (ou tribunal) que decidiu em grau inferior e a esperança depositada nos graus superiores até que não caiba mais recurso. Mas nem a desconfiança nem a esperança são, por si só, capazes de quebrar um dogma: no processo, alguém é vencedor e outro é o vencido, seja qual for a instância julgadora. Para que o Judiciário possa exercer a democracia de forma eficaz é preciso que haja a redução dos recursos, com o conseqüente abrandamento do sentido burocrático da administração da justiça, de modo a fortalecer a jurisdição de primeiro grau restituindo sua legitimidade política.⁵⁰ Neste sentido, a sobreposição de instâncias, forma como o Poder Judiciário está estruturado, guarda ou deve guardar respeito e aderência à função específica de cada instância provocada. Aos juízes de primeiro grau, cumpre por excelência, investigar os fatos, a partir das alegações em contraditório e pronunciar a composição da lide. Aos tribunais de segundo grau cumpre o reexame, tanto das questões de fato como de direito. Aos tribunais superiores, o

exercício da manutenção da ordem jurídica infraconstitucional no STJ, e a guarda da Constituição ao STF.

Por isso lamenta-se que o art. 926 do novo Código de Processo Civil disponha que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, quando, cediço, na ótica constitucional, não é esse o papel dos tribunais locais e apenas por decorrência da unicidade do direito federal e da guarda da Constituição cumpre aos tribunais superiores a uniformização da jurisprudência.

Neste cenário, pouco ou nada se agregará ao prequestionamento, que submetido a outra disciplina poderia, sim, representar um bom e eficiente filtro recursal.

5. Considerações finais

A natureza extraordinária do recurso especial impõe a observância de requisitos de admissibilidade específicos para que seja conhecido, tal como o prequestionamento, para todas as matérias, sem exceção.

Contudo, entende-se que o prequestionamento poderá ser aceito na forma implícita, não necessitando para o trâmite do recurso especial, a expressa menção ao artigo violado no acórdão, caso contrário prestar-se-ia exacerbada homenagem ao formalismo, em detrimento do objetivo final do processo, qual seja, a prestação jurisdicional, que nesta instância, ocorre através da uniformização da lei federal. Esta lição pode ser extraída das disposições pertinentes ao prequestionamento no novo Código de Processo Civil, cuja sanção, promulgação e publicação se avizinham.

O prequestionamento, levado a bom termo, pode funcionar como um útil freio aos exageros na interposição de recursos extraordinários, fazendo com que as instâncias superiores se afastem de sua precípua função.

Destarte, não se nega que a uniformização da jurisprudência, especialmente nas cortes superiores, se faz necessária, no sentido de homogeneizar o preenchimento dos requisitos de admissibilidade inclusive no que diz com o prequestionamento, a todas as questões a serem apreciadas pelos tribunais competentes, pois sua ausência pode redundar em séria perturbação na funcionalidade do direito, principalmente quando ocorre a diversidade simultânea de entendimentos. Contudo, não pode ser vista como função dos tribunais, mas apenas como instrumento em favor da segurança jurídica nas decisões, como reflexo de um Judiciário coeso e criador do direito nos limites do pacto constitucional.

Necessário, portanto à reavaliação de valores culturais e sociais e o exercício de uma jurisdição responsável e legitimada para que em um segundo momento o processo contemporâneo possa tornar-se um verdadeiro instrumento de Democracia e Cidadania, mantendo-se hígida a função do TSJ e preservando a estrutura piramidal do Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica. Recurso especial e prequestionamento. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: O que é uma decisão contraria a lei? Distinção entre questão de fato e questão de direito – dois critérios – ontológico e técnico – controle da subsunção*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo: Juízo de admissibilidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *O novo processo civil brasileiro: Exposição sistemática do procedimento*. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabbri, 1988.

CUNHA, Guilherme Caldas da. Controle constitucional do cabimento do recurso especial. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, jul. 1994.

LARCERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957.vol 1.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária* 192/20, ano XLI, Porto Alegre: Síntese, out. 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 3 RPC. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei 9.756/1998 e a Súmula 211 do STJ. RPC – Recursos no processo civil. São Paulo: Ed. RT, 1999.

NEGRÃO, Perseu Gentiu. *Recurso especial, doutrina jurisprudência prática e legislação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. STJ, REsp 294-SP, 1.^a T., j. 29.11.1989, rel. Min. José Delgado, DJU 18.12.1989, p. 18461, 2.^a col., em Comentários ao art. 255 do RISTJ, nota 3, CPC, 26. ed., p. 1260.

_____. (in memoriam) por Eduardo Domingo Bottollo. O novo recurso extraordinário perspectivas na constituição de 1988. *Revista da Faculdade de direito de São Bernardo do Campo* 9/497-512, ano 7, 2003, ISSN 1516-0947.

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____. Ainda sobre o prequestionamento os embargos de declaração prequestionadores. In: _____. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ. Teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

PORTO, Sérgio Gilberto; ÚSTARROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987. vol. 1.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Da função à estrutura. *RePro* 158/9, abr. 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000. Disponível em: [www.tex.pro.br].

_____. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. Disponível em: [www.tex.pro.br].

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de, (org.). *Estudos em homenagem a Prof. Ada Pellegrini Grinover*. Achille Saletti ... [et al.]. São Paulo: DPJ, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

Pesquisas do Editorial

- O PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: CONSIDERAÇÕES E ANÁLISE CRÍTICA, de Roberto Carlos Martins Pires - *RePro* 144/2007/117
- RECURSO ESPECIAL E MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA: DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO, de Rogério Licastro Torres de Mello - *RePro* 151/2007/335
- A DIVERGÊNCIA DO ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES SOBRE PREQUESTIONAMENTO E SEUS DESDOBRAMENTOS, de Mônica Pimenta Júdice - *RePro* 214/2012/345
- ASPECTOS PECULIARES DO EFEITO DEVOLUTIVO NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO, de Roberto Mortari Cardillo - *RT* 926/2012/439

FOOTNOTES

¹

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 165.

²

Apenas para registrar, também na constituinte foram muitos os debates no que diz com as cortes superiores, vencendo a tese da manutenção do STF como tribunal constitucional e criação de um novo tribunal, exclusivamente para enfrentar as questões federais.

³

Neste sentido: Perseu Gentiu Negrão: “O recurso especial tem por finalidade manter a uniformidade da lei federal, ou seja, velar para que ela seja interpretada de maneira idêntica em qualquer Estado da Federação ou por qualquer órgão do Judiciário” (NEGRÃO, Perseu Gentiu. *Recurso especial, doutrina, jurisprudência prática e legislação*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 5) e Nelson Nery Jr.: “A função do recurso especial é preservar a autoridade e a unidade(105,a) da lei federal, assegurando a sua autoridade (105,b) e sua uniformidade (105,c) de interpretação” (NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 392).

⁴

5

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 273.

6

Aduz, José Carlos Barbosa Moreira: “Objeto do juízo de admissibilidade são os requisitos necessários para que se possa legitimamente apreciar o mérito do recurso, afim de dar-lhe ou negar-lhe provimento” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts: 476 a 565*. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense 1994. vol.V, p. 662, juízo de admissibilidade: objeto p. 232-233).

7

Diversos métodos podem ser utilizados para dividir esses pressupostos. Consoante entendimento do Prof. José Carlos Barbosa Moreira, assim se dividem esses pressupostos de admissibilidade:

“Os requisitos de admissibilidade dos recursos podem classificar-se em dois grupos: requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e extrínsecos (relativo ao modo de exercê-lo). Alinham-se no primeiro grupo: o cabimento à legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. O segundo grupo compreende a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. Esses requisitos são genéricos, embora possa a lei dispensar alguns deles (...)” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts: 476 a 565*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol.V, p. 662, juízo de admissibilidade: objeto p. 232-233 e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: Exposição sistemática do procedimento*. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 116-119).

8

Consoante entendimento de Nelson Nery Jr., causa decidida em única ou última instância “significa a necessidade de serem utilizadas todas as vias recursais nos órgãos inferiores” (NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 285). E, nesse sentido, completa: “Essa exigência é necessária, pois tanto o STF quanto o STJ, quando julgam RE e Resp, são órgãos ‘revisores’ dos atos das instâncias ordinárias” (NERY JR., Nelson, Ainda sobre o prequestionamento os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 853-864 e p. 863).

9

Igualmente importante é a compreensão do que significa única ou última instância. Nesse aspecto, temos lição de Nelson Nery Jr: “Não se admite a interposição dos recursos excepcionais (RE e REsp) *per saltum* suprimindo-se um recurso ainda cabível na instancia ordinária” (NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 285).

10

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 428.

11

Face à regra legal, desenvolveu-se a prática, excepcionalmente admitida, de obter o efeito suspensivo, negado pelo Código de Processo Civil, mediante ação cautelar.

12

“Art. 1.029 § 5.º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a interposição do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-lo; II – ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou vice-presidente do tribunal local, no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.”

13

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. Rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei 9.756/1998 e a Súmula 211 do STJ. 2. ed. RPC – Recursos no processo civil. São Paulo: Ed. RT 1999. p. 310. No mesmo sentido: NERY JR., Nelson. Ainda sobre

o prequestionamento os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 855.

14

Existem dois enunciados entre as Súmulas do STF, são eles: o 282 e o 356. Respectivamente “não é admissível o apelo extremo quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “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”.

15

NERY JR., Nelson. Ainda sobre o prequestionamento os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 855-856.

16

O recurso especial pertence à classe dos “excepcionais” e, segundo o jurista Rodolfo de Camargo Mancuso, os requisitos específicos desses recursos não são dados pela lei processual, e sim pela Constituição Federal. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 3 RPC. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p.145).

17

Segundo Ovídio A. Baptista da Silva “O recurso especial, assim como o recurso extraordinário, é um recurso de fundamentação vinculada, para cujo cabimento não basta que o recorrente invoque a própria incumbência, tornando-se necessária a invocação de uma ‘questão federal’ debatida (‘prequestionada’) na causa, de que o recorrente tire a conclusão de ter havido violação do direito federal de natureza infra constitucional (...)” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1987. vol. 1, p. 394).

18

Neste sentido: José Miguel Garcia Medina: “Foi previsto já no primeiro diploma constitucional que cuidou do recurso extraordinário (art. 59, III, da CF/1891), que determinava o cabimento do recurso ‘quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal dos Estados for contra ela” (MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. Rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei 9.756/1998 e a Súmula 211 do STJ. 2. ed. RPC – Recursos no processo civil. São Paulo: Ed. RT 1999. p. 190-191).

19

Conforme Perseu Gentiu Negrão: “A razão de ser da exigência do prequestionamento reside em que a lei não poderá ter sido violada se a decisão omitiu-se por completo no exame da matéria que se pretende por ela regulada. Menos ainda será possível o dissídio. Deste modo, importa haja o acórdão cuidado do tema, não bastando que sobre ele tenha havido debate” (NEGRÃO, Perseu Gentiu. *Recurso especial, doutrina jurisprudência prática e legislação*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 44).

20

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, o requisito do prequestionamento é da própria essência do recurso especial, sendo indispensável a admissão deste (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 160).

Nelson Luiz Pinto menciona Alfredo Buzaid em memorável acórdão da sua lavra, ERE 96.802-RJ, que: “A ideia do prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais, tem a sua origem na Lei Judiciária (Judiciary Act) norte – americana, de 24.9.1789” (PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ. Teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 179).

21

Neste sentido Medina sustenta que a sua exigência não se encontra expressa na Constituição, muito embora não seja inconstitucional e esclarece: “(...) existe na jurisprudência diversas concepções acerca do que se deve entender por prequestionamento, ele separa em três grupos: o primeiro traz o prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de determinado tema. No segundo, o prequestionamento surge como debate anterior à decisão recorrida acerca do tema, hipótese em que o mesmo é, muitas vezes, considerado como ônus atribuído à parte, o terceiro posicionamento é a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio

debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do tribunal a respeito” (MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. Rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei 9.756/1998 e a Súmula 211 do STJ. 2. ed. RPC – Recursos no processo civil. São Paulo: Ed. RT 1999. p. 191-192 e 209).

22

LIMA, Alcides de Mendonça. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária* 192/20, ano XLI, Porto Alegre: Síntese, out. 1993.

23

No mesmo sentido Guilherme Caldas da Cunha: “(...) a exigência do prequestionamento da questão federal, para ensejar o cabimento do recurso especial, imprimida pela jurisprudência consolidada do STF e recepcionada pelo STJ, é, hoje, inconstitucional” (CUNHA, Guilherme Caldas da. *Controle constitucional do cabimento do recurso especial*. RT 704/37-38, jul. 1994).

24

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. Rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei 9.756/1998 e a Súmula 211 do STJ. 2. ed. RPC – Recursos no processo civil. São Paulo: Ed. RT, 1999. passim.

25

O novel estatuto manteve na íntegra os embargos de declaração, conforme previsão do Código de 1973, agregando, ainda a correção de erro material como fundamento de tal recurso. O erro material sempre foi e continua possível de correção (art. 463 do CPC/1973 e art. 494 do novo CPC). Sua inclusão como hipótese de cabimento de embargos de declaração, por um lado, chancela o que a jurisprudência e a doutrina já haviam estabelecido, por outro, pode criar embaraço ao entendimento, antes consagrado, de que erro material não transita em julgado e pode, a qualquer tempo, ser arguido. Mas se trata de tema a ser mais bem aprofundado em espaço próprio.

26

“Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

27

Conforme Teresa Arruda Alvim, com a interposição dos embargos declaratórios, independente da solução dada, prequestiona-se a questão federal, que fica ventilada mesmo atendendo ao disposto na Súmula 282 do STF (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 169).

28

Súmula 211 do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a respeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

29

Alguns tipos de prequestionamento surgiram ao logo dos anos, como o ficto, o numérico, o explícito e o implícito.

30

AgRg no AREsp 631.722/SP, 2.ª T., j. 18.10.2011, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 26.10.2011.

31

AgRg no AREsp 631.787/DF, 2.ª T., j. 10.03.2015, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 16.03.2015.

32

A palavra *ficto*, na sua literalidade, significa fingido, suposto, falso, ilusório, e é dessa forma que ocorre o prequestionamento no STF, quando opostos embargos declaratórios (conhecidos como prequestionadores), por força da Súmula 356. Novo *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, nova edição rev. e ampl., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 775. A modalidade ficta ocorre no âmbito do STF (porém não aceita no STJ), quando a parte ventilou, ao longo da demanda, questões federais ou constitucionais e, no entanto, o acórdão não se manifesta sobre elas. Interpostos embargos de declaração, (também conhecidos como embargos de declaração prequestionadores) com o fito de sanar a omissão, esses, mesmo que desprovidos, são suficientes para que se configure o prequestionamento.

33

O STF, no RE 219.934/SP, prestigiando a Súmula 356 da mesma Corte, sedimentou posicionamento no sentido de considerar prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios, quando a questão é devolvida ao Tribunal *a quo* por ocasião do julgamento do apelo, mesmo que o tribunal se recu-se a suprir a omissão. Observa-se, portanto em alguns julgados mais recentes a tendente mudança deste posicionamento. Neste sentido: STF, AgRg-ED-AgIn 689.706/SP, 2.ª T., j. 12.04.2011, rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 04.05.2011.

34

(AgRg no AREsp 607.058/DF, 2.ª T., j. 18.12.2014, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 03.02.2015).

35

Sem embargo do julgamento “em capítulos” do art. 942, aqui não analisado.

36

Em sentido semelhante às correntes referidas: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011 e também o seguinte precedente do STJ: AgRg no AREsp 78.519/SP, 1.ª T., j. 15.12.2011, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 02.02.2012.

37

“1. A jurisprudência desta Corte é pacífica ao determinar que, mesmo as matérias de ordem pública, precisam ser prequestionadas. 2. O entendimento de que é possível conhecer das questões de ordem pública de ofício, ainda que não prequestionadas ou suscitadas, na excepcional hipótese de o recurso especial ter sido conhecido por outros fundamentos, em razão do efeito translativo, foi superado em nova análise pela Corte Especial, que concluiu pela necessidade do requisito do prequestionamento na instância extraordinária. Precedente: AgRg nos EREsp 999.342/SP, Corte Especial, j. 24.11.2011, rel. Min. Castro Meira, *DJe* 01.02.2012” (AgRg nos EDcl no Resp 1.304.093/SP AgRg nos EDcl no RE 2012/0006553-7, 2.ª T., j. 17.05.2012, rel. Min. Humberto Martins (1130), *DJe* 25.05.2012).

38

Esta corrente entende possível a aplicação do art. 267, § 3.º aos recursos extraordinários viabilizando o enfrentamento das questões de ordem pública pelos tribunais superiores e a anulação de todos os atos até ali praticados caso encontrado em vício, culminando na extinção do processo. Neste sentido: REsp 734.218/PB, 4.ª T., j. 28.06.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 05.09.2011.

39

Esta corrente baseia-se nas seguintes Súmulas: Súmula 456 do STF: “O STF, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” e Súmula 528 do STF: “Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo STF, independentemente de interposição de agravo de instrumento”.

40

Neste sentido: REsp 496.197/PR; REsp 2002/0174250-0, 2.ª T., Min. Eliana Calmon, *DJ* 09.05.2005, p. 330.

41

Nesse sentido Perseu Gentil Negrão pontua: “É lícito as partes opor embargos declaratórios visando prequestionar matéria em relação a qual o acórdão recorrido quedou-se omisso, embora sobre ele devesse se pronunciar” (NEGRÃO, Perseu Gentiu. *Recurso especial, doutrina jurisprudência prática e legislação*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 51).

42

EResp 595.742-SC (2004/0120504-3), 2.^a Seção, rel. Min. Massami Uyeda, *DJ* 13.04.2012.

43

EResp 41.614/SP, 2.^a Seção, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 30.11.2009.

44

Art. 257 do RISTJ – No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

45

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do Código de Processo Civil: críticas e propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 15-16.

46

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 47.

47

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabbri Ed., 1988. A respeito da genialidade de Mauro Cappelletti, vide: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil – O conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40-49.

48

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *RePro* 158/9, abr. 2008.

49

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *RePro* 158/9, abr. 2008.

50

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 239, 319-320.
