



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação
Mestrado em Direito Público

MARCELO ABDON GONDIM

**O PREQUESTIONAMENTO E O NOVO CPC:
O DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO À LUZ DA
MATÉRIA DE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO,
CONSIDERANDO O PREQUESTIONAMENTO FICTO**

SALVADOR
2017

MARCELO ABDON GONDIM

**O PREQUESTIONAMENTO:
O DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO À LUZ DA
MATÉRIA DE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO,
CONSIDERANDO O PREQUESTIONAMENTO FICTO**

Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação (*Scitricto Sensu*) em Direito Público, da Faculdade Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Área de Concentração: Direito Público e Processo.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles.

Salvador
2017

MARCELO ABDON GONDIM

**O PREQUESTIONAMENTO:
O DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO À LUZ DA
MATÉRIA DE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO,
CONSIDERANDO O PREQUESTIONAMENTO FICTO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Programa de Pós-Graduação (*Stricto Sensu*) em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 28 de Julho de 2017.

Banca Examinadora

Edilton Meireles – Orientador _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP
Professor da Universidade Federal da Bahia – UFBA, Orientador

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA
Professor Convidado

Lorena Miranda Santos Berreiros _____
Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA
Professora Convidada

Dedico esta Dissertação de Mestrado, primeiramente, à minha família, em especial à minha mãe – Mari Leda.

À minha esposa Carla Matos, pelo seu incentivo, ajuda, carinho e amor dispensado para comigo. Jamais esquecerei a sua força e apoio. Te amo!

À minha menininha pequena de 14 anos, Maria Raphaella, para que lhe sirva sempre de exemplo, a busca por um caminho melhor. Sempre é possível. Você é o ar que respiro e por você sempre busco melhorar. Te amo incondicionalmente!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela onipresença na minha vida e pela força que sinto na presença de Nossa Senhora que me cobre com seu manto sagrado e me faz prosseguir, mesmo diante das dificuldades e percalços. A presença do Altíssimo e de Nossa Senhora me dá forças para que possa continuar a luta!

Ao Prof. Dr. Edilton Meireles, pela sua solicitude, sempre disposto a elucidar meus questionamentos para conclusão desse Mestrado, extensivo aos Doutores convidados, professores Francisco Bertino Bezerra de Carvalho e Lorena Miranda Santos Barreiros, pela solicitude nos trabalhos de qualificação.

Aos Doutores com os quais tive a oportunidade de trocar ideias e aprender novos conhecimentos, que me permitiram aprofundar o entendimento sobre a questão ora discutida da importância que se deve dar ao Direito Processual e ao Direito Público. E, não desmerecendo todos os outros Mestres e Doutores, ratifico meu carinho por Dr. Saulo Casalli, por permitir que eu fizesse parte de seu grupo de estudo; Prof. Sebastian pelas dicas e orientações importantíssimas na elaboração dos ajustes do pré-sumário; o Dr. Mário Jorge Philocreon de Castro Lima que em muito contribuiu para esse trabalho final. Meus sinceros agradecimentos.

À todos àqueles que, direta e indiretamente, contribuíram para a finalização desta pesquisa.

*Cada geração desenha seu perfil
e seu entorno.
Cada geração inventa sua identidade e
circunstâncias.
Cada geração escava seu rosto e sua
paisagem.
Somos tão responsáveis pelo olhar que
contempla como pelo panorama
contemplado.*

(LUIZ FERNANDES GALINO)

RESUMO

GONDIM, Marcelo Abdon. **O Prequestionamento e o Novo CPC: O Direito Processual em Transformação à Luz da Matéria de Recurso Especial e Extraordinário, Considerando o Prequestionamento Ficto.** 126f. il. 2017. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação (*Stricto Sensu*) em Contabilidade da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

Esta dissertação tem por objetivo discutir as principais mudanças advindas com a entrada em vigor em 18 de março de 2016 do NCPC, no que tange a matéria do prequestionamento, principalmente com a consagração expressa da tese do prequestionamento ficto, art. 1.025, que trata das Súmulas 356/STF e 211/STJ. Quanto aos objetivos específicos, consistem em discutir as premissas do direito processual, enfatizando os princípios constitucionais intrínsecos que promovem a transformação do Direito Processual em Sociedade e pela Sociedade; analisar conceitualmente os recursos quanto a sua importância e relevância constitucional, bem como as questões em torno da admissibilidade recursal; discorrer sobre recurso especial e recurso extraordinário, salientando o conceito de recursos excepcionais à luz da análise dos requisitos para admissibilidade e pressupostos de cabimento do juízo de admissibilidade e juízo de mérito; definir juridicamente o que vem ser prequestionamento, salientando brevemente o histórico, as repercussões e atuais entendimentos, debate do prequestionamento entre as partes no curso da demanda, e a exigibilidade para constar na decisão objurgada; e mostrar as principais alterações do prequestionamento dos recursos excepcionais no NCPC, quanto às questões do voto vencido, do prequestionamento ficto como regra; do efeito translativo do recurso especial e recurso extraordinário, e das questões de ordem pública. Na jurisprudência e doutrina brasileira cogita-se a hipótese do prequestionamento ser ou não um pressuposto recursal específico dos recursos Especial e Extraordinário, na qual a polêmica se aprofundou após a promulgação da Carta Magna vigente, que inexistente menção expressa do instituto. Como não bastasse, os tribunais superiores admitem diferentes modalidades do referido instituto, a exemplo, do prequestionamento ficto, principalmente, após a vigência do novo Código de Processo Civil (NCPC), cabendo questionar: na medida em que o Direito Processual se encontra em transformação, quais as mudanças ocorridas no prequestionamento com a entrada em vigor do NCPC, em 18 de março de 2016, principalmente em relação à consagração expressa da tese do prequestionamento ficto, art. 1.025. A metodologia adotada na pesquisa bibliográfica e documental, tendo como método escolhido o de abordagem histórico e comparativo. A natureza histórica permitiu utilizar-se das questões sobre a problemática se será, de fato, cabível a exigência de tal requisito para a admissibilidade dos recursos citados e o cabimento do prequestionamento, com a instituição do NCPC. A conclusão a que se chegou foi que as mudanças advindas com a vigência do NCPC foram benéficas e visam tornar o processo mais célere, principalmente na parte que envolve a inclusão do prequestionamento ficto, no qual se considera ocorrido com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão judicial, independentemente do êxito desses embargos. E a consagração da tese do prequestionamento ficto, art. 1.025, do NCPC, resta então que a Súmula 211/STJ, se encontra SUPERADA, uma vez que o posicionamento do STF, através da 356/STF já atende ao que dispõe o referido artigo.

Palavras-chave: Direito processual civil – mudanças; recurso especial e extraordinário; prequestionamento; NCPC; Súmulas.

ABSTRACT

GONDIM, Marcelo Abdon. GONDIM, Marcelo Abdon. **The Prequest and the New CPC: The Procedural Right in Transformation in Light of the Matter of Special and Extraordinary Appeal, Considering the Prequest Ficto.** 126f. il. 2017. Dissertation (Master). Graduate Program (*Scitricto Sensu*), in Public Right, da Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2016.

This dissertation aims to discuss the main changes that came with the entry into force on March 18, 2016 of the NCPC, regarding the subject of prequestioning, especially with the explicit consecration of the thesis of the fictional prequestioning, art. 1,025, which deals with Summary 356 / STF and 211 / STJ. The specific objectives are to discuss the premises of procedural law, emphasizing the intrinsic constitutional principles that promote the transformation of procedural law into society and society; To analyze conceptually the appeals regarding their importance and constitutional relevance, as well as the questions about the admissibility of the courts; To discuss special appeal and extraordinary appeal, emphasizing the concept of exceptional remedies in the light of the analysis of the admissibility requirements and assumptions of the admissibility and merits judgments; To define legally what is to be pre-questioning, briefly highlighting the history, repercussions and current understandings, debate of the prequestioning between the parties in the course of the demand, and the exigibility to appear in the objugate decision; And show the main changes in the pre-questioning of the exceptional resources in the NCPC, as to the issues of the defeated vote, of the pre-questioning as a rule; The translate effect of the special appeal and extraordinary appeal, and issues of public order. In Brazilian jurisprudence and doctrine, the hypothesis of pre-questioning is considered to be a specific recusal presupposition of the Special and Extraordinary resources, in which the controversy deepened after the promulgation of the current Magna Cart, which does not expressly mention the institute. As is not enough, higher courts admit different modalities of this institute, for example, the prequestioning fictitious, mainly, after the new Code of Civil Procedure (NCPC) has been in force, and it is worth questioning: inasmuch as procedural law is in transformation, What changes occurred in the pre-questioning with the entry into force of the NCPC, on March 18, 2016, mainly in relation to the explicit consecration of the thesis of the fictitious prequestioning, art. 1.025. The methodology adopted in the bibliographical and documentary research, having as method chosen the one of historical and comparative approach. The historical nature made it possible to use the questions about the problem if it is in fact necessary to require such a requirement for the admissibility of the resources cited and the need for prequalification with the institution of the NCPC. The conclusion reached was that the changes resulting from the validity of the NCPC were beneficial and aim to make the process faster, especially in the part that involves the inclusion of the fictitious presumption, which is considered to occur with the simple filing of the declaration Judicial omission, regardless of the success of such embargoes. And the consecration of the thesis of the fictional prequestioning, art. 1,025 of the NCPC, it remains that the Summary 211 / STJ, is overcome, since the positioning of the STF, through the 356 / STF already meets the provisions of that article.

Keywords: Civil procedural law – changes; special resource and extraordinary; prequestioning; NCPC; cutlery.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

%	Porcento
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
n°	número
NCPC	Novo Código de Processo Civil
p.	página
RE	Recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO	16
1.1 PREMISSAS DO DIREITO PROCESSUAL	16
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL	19
1.3 PRINCÍPIOS E O PREQUESTIONAMENTO	24
2 RECURSOS NO DIREITO PROCESSUAL	32
2.1 RECURSO NO DIREITO PROCESSUAL	32
2.1.1 Importância dos Recursos e Relevância Constitucional	38
2.1.2 A Mudança de Admissibilidade Recursal	40
2.2 RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RECURSOS EXCEPCIONAIS – CONCEITO	41
2.3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE x JUÍZO DE MÉRITO	51
2.3.1 Pressupostos de Cabimento	57
3 O PREQUESTIONAMENTO	66
3.1 HISTÓRICO DO PREQUESTIONAMENTO E SUAS DEFINIÇÕES JURÍDICAS	66
3.2 BREVE HISTÓRICO E ATUAIS ENTENDIMENTOS JURÍDICOS E DOCTRINÁRIOS DO PREQUESTIONAMENTO: REPERCUSSÃO	74
3.2.1 Debate do Prequestionamento entre as partes no Curso da Demanda	80
3.3 PREQUESTIONAMENTO ENQUANTO DECLARAÇÃO E FRUTO DAS ATIVIDADES JURISDICIONAIS: EXIGÊNCIA EM CONSTAR NAS DECISÕES OBJURGADA	82
4 O NOVO CPC E A TESE DO PREQUESTIONAMENTO FICTO	86
4.1 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO NOVO CPC	86
4.2 O NOVO CPC E O PREQUESTIONAMENTO	100
4.2.1 O Prequestionamento Ficto como Regra no Novo CPC	110
4.2.2 O Efeito Translativo do Recurso Especial e Recurso Extraordinário, e as Questões de Ordem Pública no Novo CPC	106
5 CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por temática uma abordagem que compreende a área de concentração focada no Direito Processual Civil e Direito Público, com a finalidade de entender como deve o aplicador do direito agir para obtenção de êxito na admissão dos chamados Recursos Especial (RE) e Extraordinário, a partir das mudanças ocorridas no Novo Código de Processo Civil (NCPC), considerando o Prequestionamento Ficto, vigente desde o dia 18 de março de 2016, objetivando a análise da regra do NCPC sobre o prequestionamento ficto e sua repercussão sobre as Súmulas 211, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e 356, do Supremo Tribunal Federal (STF).

A problemática evidenciada consiste na polêmica instaurada sobre a questão está assentada no aprofundamento do que enuncia a Carta Constitucional vigente, em face da inexistência expressa ao prequestionamento na Lei maior. Sobre outra vertente, a problemática ainda é pertinente tendo os questionamentos junto aos doutrinadores da existência de algum fundamento no direito positivado.

Outrossim, a problemática existente perpassa pela repercussão do NCPC na matéria pré questionada; o prequestionamento, tendo como principais pontos a alteração da regra de reenvio obrigatório dos autos, a abertura de instância e demonstração da desnecessidade do prequestionamento, a atribuição do efeito translativo e devolutivo amplo dos recursos especial e recurso extraordinário.

Atrelado a isso, compreende ser uma das problemáticas existentes os embargos de declaração e o prequestionamento ficto no NCPC e quanto à questão em torno da matéria ventilada somente no voto vencido.

Não obstante, fica a observância de que o RE nos últimos anos perdeu sua essência, tornando-se um recurso utilizado como mecanismo de defesa dos interesses privados. E, nesse ínterim, levando em consideração essa problemática, o legislador em conjunto com a Suprema Corte, instituiu algumas medidas, dentre elas, o prequestionamento, a repercussão geral e a Súmula impeditiva de recurso, visando evitar a admissibilidade desse recurso.

Todavia, com as mudanças ocorridas no NCPC, o problema de pesquisa consiste em responder a seguinte questão: **Na medida em que o Direito**

Processual se encontra em transformação, quais as mudanças ocorridas no prequestionamento com a entrada em vigor do NCPC, em 18 de março de 2016, principalmente em relação à consagração expressa da tese do prequestionamento ficto, art. 1.025?

As hipóteses as quais se pretende confirmar, ou refutar, são:

- Se o Direito Processual se encontra em transformação, então, as principais alterações do NCPC no prequestionamento estão nas questões do voto vencido, no prequestionamento ficto como regra, no efeito translativo do recurso especial e recurso extraordinário, e nas questões de ordem pública que envolve o Instituto.
- Se com a consagração expressa da tese do prequestionamento ficto, art. 1.025, do NCPC, então as Súmulas 356/STF e 211/STJ permanecem aplicáveis ou estão superadas.

Face ao exposto, o objetivo principal consiste em discutir as principais mudanças advindas com a entrada em vigor em 18 de março de 2016 do NCPC, no que tange a matéria do prequestionamento, principalmente com a consagração expressa da tese do prequestionamento ficto, art. 1.025, que trata das Súmulas 356/STF e 211/STJ.

Quanto aos objetivos específicos foram elencados os seguintes:

- discutir as premissas do direito processual, enfatizando os princípios constitucionais intrínsecos que promovem a transformação do Direito Processual em Sociedade e pela Sociedade;
- analisar conceitualmente os recursos quanto a sua importância e relevância constitucional, bem como as questões em torno da admissibilidade recursal;
- discorrer sobre recurso especial e recurso extraordinário, salientando o conceito de recursos excepcionais à luz da análise dos requisitos para admissibilidade e pressupostos de cabimento do juízo de admissibilidade e juízo de mérito;
- definir juridicamente o que vem ser prequestionamento, salientando brevemente o histórico, as repercussões e atuais entendimentos,

discutindo o debate do prequestionamento entre as partes no curso da demanda, e a exigibilidade para constar na decisão objurgada;

- mostrar as principais alterações do prequestionamento dos recursos excepcionais no NCPC, quanto às questões do voto vencido, do prequestionamento ficto como regra; do efeito translativo do recurso especial e recurso extraordinário, e das questões de ordem pública.

No cenário brasileiro observa-se que a atual conjuntura se caracteriza como um resultado lento e árduo que envolve o processo de evolução das diversas ordens constitucionais vigentes, que remonta a época do Brasil império.

É passível de entendimento que a consagração dos direitos e garantias individuais atuais, constantes no texto constitucional foi conquistada a partir do esforço de importantes movimentos sociais que elevaram esses direitos ao *status* constitucional, de cerne imodificável, sendo assim de forma essencial ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, a percepção que se tem é o estabelecimento pela Carta Magna de 1988, mediante o impulso trazido pelas revoluções políticas e sociais, das quais foram marcados pela época da ditadura militar, movimentos que objetivavam a redemocratização do sistema político-social da época. E, embora, nesse período, o Brasil estivesse se recuperando de um sistema ditatorial, no qual era imposto pelo governo militar à população inúmeras arbitrariedades, a observância é que desde o ano de 1985, os indivíduos brasileiros passaram a viver um período republicano, sendo permitido à nação brasileira, o direito de escolher seus representantes políticos.

Observa-se que a materialização e o fortalecimento dessa conquista foi instituída através da Emenda Constitucional (EC) nº 26, em 27 de novembro de 1985, com a finalidade precípua de estabelecer uma Assembleia Nacional Constituinte da qual tinha incumbência de elaborar um novo texto constitucional, que deu origem a Constituição Federal (CF) de 1988, sendo esta promulgada em 05 de outubro de 1988, que colocou em prática mudanças políticas, jurídicas e sociais no país. E, com isso, também possibilitou a alteração do papel desempenhado pelo STF para que este fosse responsável, a partir de então, por proteger a supremacia da Constituição.

A justificativa para tal discussão perpassa pelo entendimento de que na atualidade, há uma necessidade de todas as matérias serem discutidas pelo STF ou STJ. Sobre outra vertente encontra-se também a controvérsia doutrinária que diz respeito à necessidade e o momento de prequestionar, existente entre os dois institutos, supracitados, na qual tem criado certos embaraços nos operadores do direito pelo fato de que estes se preocupam mais em levantar a questão federal ou constitucional desde a petição inicial ou da contestação, enquanto juízes se detêm ao mérito da causa uma vez que a discussão na esfera inferior deste tipo de matéria é delicada e deve ser observada com cautela.

Outrossim, os tribunais ora entendem suficiente o simples relato da matéria ou menção de dispositivo, ora exigem o enfrentar da questão por completo como indispensável, principalmente quando do acolhimento do RE pelo STF, uma apresentação do conteúdo da decisão impugnada seja esta de forma explícita, da discussão e do posicionamento explícito do Juízo, sobre a suposta violação da questão constitucional em litígio.

É relevante discutir o prequestionamento tendo em vista, também, o entendimento de que este requisito possui grande importância na admissibilidade dos recursos excepcionais. No entanto, a sua regulação, no ordenamento jurídico brasileiro, da mesma forma que alguns dos requisitos de admissibilidade, ocorreu a partir de construções doutrinárias e jurisprudenciais, inexistindo maior influência do legislador infraconstitucional.

Na atualidade, com a vigência do NCPC, observa-se que as recentes reformas demonstram que o sistema recursal brasileiro tem sido alvo de constantes reformulações, tendo em vista serem consideradas um entrave à razoável duração do processo, passando o processo a ser analisado, após essa vigência, considerando o prisma da eficiência da prestação no âmbito jurisdicional, que ocorre a partir não somente da identificação dos obstáculos, mas, sobretudo, da sua superação, para uma atuação rápida e ágil por parte do Poder Judiciário.

É relevante a discussão pelo entendimento de que o prequestionamento é um requisito de admissibilidade de recursos nos tribunais superiores, porque faz a exigência de que a parte provoque o surgimento da questão federal ou constitucional no acórdão proferido na decisão recorrida. Todavia, a partir da consagração expressa da tese do prequestionamento ficto, art. 1.025, no NCPC, importante se faz

compreender se as Súmulas 356/STF e 211/STJ permanecem aplicáveis ou estão superadas.

Saliente-se, também, que se justifica essa discussão pelo entendimento do reconhecimento do STJ como satisfatório quando do cabimento do recurso especial (REsp) e/ou recurso extraordinário pelo STF; considerando a matéria prequestionada, no que tange o efeito translativo e as questões de ordem pública, mencionadas no NCPC.

Quanto ao caminho metodológico adotado para o desenvolvimento do trabalho, este se caracteriza como uma pesquisa bibliográfica e documental (leis e instrumentos normativos).

Os métodos escolhidos foram os de abordagem histórico e comparativo. Esses métodos conduzem à maior abrangência de análise, que permite ao pesquisador ampliar os métodos através da correlação dos dados existente com a prática.

Obteve-se como base de análise os dados qualitativos. Como perspectiva qualitativa, buscou-se trabalhar com documentação indireta efetuando-se pesquisa documental e pesquisa bibliográfica.

Diante da análise documental, foi possível traçar um contexto histórico do qual salientou as principais alterações inseridas no NCPC, no que tange ao às várias observações sobre o Direito Processual em transformação, no que confere a questão do prequestionamento, quando da abertura da instancia, do efeito translativo de recurso especial e extraordinário, e das questões da ordem pública que envolve a aplicabilidade das Súmulas 356/STF e 211/STJ, com a entrada em vigor do NCPC, se estas permanecem aplicáveis ou estão superadas.

Utilizou-se, também, dados secundários, obtidos por outros pesquisadores detentores de rigor metodológico e credibilidade científica.

Como procedimento documental o pesquisador se valeu da legislação vigente e de jurisprudências da temática, bem como do que dispõe o NCPC, quando se descrever as principais alterações para o prequestionamento.

O processo de investigação se deu em diferentes etapas, entre estas: coleta de dados; pesquisa exploratória do referencial teórico; análise dos dados coletados e fichamento do referencial teórico; construção paulatina das etapas dissertativas; e finalização dos trabalhos de pesquisa, das quais as formulações de conceitos ocorreram em diferentes níveis de abstração, à luz do que diz a

jurisprudência e doutrina brasileira em relação ao prequestionamento, servindo para a etapa descritiva de uma investigação, processados de forma qualitativa.

Assim, a estrutura da pesquisa, até o presente momento, configura-se com a parte de introdução à temática, discutindo a problemática em torno do entendimento jurídico brasileiro para com o prequestionamento, quando se descreveu o problema, as hipóteses que deseja confirmar ou refutar, os objetivos que se deseja alcançar e a justificativa para a discussão ora proposta.

Consta de mais quatro Capítulos, a saber:

O Capítulo 1, intitulado de “O Direito Processual em Transformação”, traz à baila as premissas do Direito Processual, salientando nessa discussão os princípios constitucionais, enfatizando a questão da transformação em sociedade e, sobretudo, sua vivência em sociedade.

O Capítulo 2, com o título de “Recursos no Direito Processual”, traz o entendimento do conceito de recurso, no processo de transformação discutido, brevemente no capítulo anterior, salientando sua importância dos recursos e a mudança da admissibilidade recursal, o que permitiu discorrer sobre o conceito dos recursos excepcionais – o recurso especial e o recurso extraordinário, enfatizando o juízo de admissibilidade e de mérito, no tocante aos requisitos para a admissibilidade e os pressupostos de cabimento.

O Capítulo 3 com o título de “O Prequestionamento”, traz à baila as definições jurídicas do prequestionamento, a historicidade e atuais repercussão e o debate no curso da demanda, finalizando a discussão com a abordagem sobre o prequestionamento enquanto fruto de declaração e das atividades jurisdicionais, considerando a exigência de constar nas decisões objurgada.

O Capítulo 4, com o título de “O Novo CPC e a Tese do Prequestionamento Ficto”, discorreu-se sobre as principais alterações dos recursos excepcionais no NCPC, no que tange o voto vencido, o prequestionamento ficto como regra, o efeito translativo do recurso especial e do recurso extraordinário; e as questões em torno da ordem pública, no tocante às Súmulas 356/STF e 211/STJ, se estas permanecem aplicáveis ou estão superadas.

E, por último, a conclusão, que traz as considerações finais sobre a temática ora discutida.

1 O DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO

Este capítulo discute as premissas do Direito Processual, considerando na abordagem os seus princípios, quando da articulação destes com a questão vivenciada na transformação em sociedade e pela mesma.

1.1 PREMISSAS DO DIREITO PROCESSUAL

O processo civil brasileiro está umbilicalmente ligado à atividade dos tribunais, pois o direito substancial se concretiza através do processo, por intermédio das ações levadas às Cortes para decisão, que de acordo com Misael Montenegro Filho (2015, p. 5), o conceito trazido insere no ramo do direito público, pois que:

O direito processual civil, inserido no ramo do direito público (ao lado do direito constitucional, do direito administrativo, etc.), refere-se ao conjunto de normas jurídicas que regulamentam a jurisdição, a ação e o processo, criando a dogmática necessária para permitir a eliminação dos conflitos de interesses de natureza não penal e não especial.

Estando o direito processual civil relacionado aos princípios e leis, estes visam a regulamentação do exercício da jurisdição, no tocante às lides de natureza civil, excetuando-se todas as lides que não são de natureza penal e as que compõem a órbita das jurisdições especiais.

E, em se tratando o direito processual civil como um ramo do direito público interno, este tem a finalidade precípua de atuar na estrutura jurídica como um sistema de princípios, sendo uma espécie normativa, no referido exercício da função jurisdicional, na observância de que esta é função soberana do Estado, cujo dever consiste na administração da justiça.

E, sobre essa questão, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2015, p. 36), assevera que:

Uma introdução que vise dar uma noção geral do Processo Civil não pode esquecer as origens dessa ciência. Aqueles que estão familiarizados com seus institutos — muitos deles altamente

abstratos — esquecem-se, muitas vezes, de que o processo surgiu, antes de tudo, porque ao Estado, em determinada época da evolução histórica, foi atribuído o poder-dever de solucionar os conflitos de interesses.

Entende-se, que é oportuna a observação do referido autor, tendo em vista que ao lidar adequadamente com a ciência do processo não se pode, de forma alguma, perder de vista essa finalidade, tendo em vista, ser uma tendência de transformá-la em um amontoado de abstrações, infringindo em outras questões, a exemplo, dos estudiosos que se perdem em questões de somenos.

E, nesse contexto, entende-se, também, a existência do risco de dissociação entre a ciência do direito e a sua finalidade última, por não ser esta recente, mas, sim, recorrente. Citando Erasmo de Rotterdam, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2015, p. 36), salientou que no início do século XVI, já observava, com fina ironia:

Os jurisconsultos [...] rolam assiduamente a rocha de Sísifo, amontoando textos de leis sobre um assunto sem a mínima importância. Acumulando glosa das glosa, opinião sobre opinião, dão a impressão de que sua ciência é a mais difícil de todas.

Não se pode olvidar que naturalmente gregário, a ciência do processo não pode perder de vista que o ser humano, e, principalmente, se envolve de forma frequente em conflito de interesses, sendo, inclusive, parte de sua essência, mesmo porque os conflitos sempre existirão e sempre existiram e podem sim, perturbar a sociedade.

Complementando essa assertiva, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2015, p. 36), afirmou que:

O Estado — incumbido de zelar pela paz social — edita normas, estabelecendo quais os direitos de cada um. Se todos respeitassem estritamente os direitos alheios, e observassem os seus deveres, tais como estabelecidos na legislação, não haveria conflitos e o processo seria desnecessário. Mas as coisas não são assim, por vários motivos. Nem sempre as regras são claras; nem sempre são adequadas e, sobretudo, nem sempre são suficientes para reprimir impulsos humanos profundamente enraizados, que, cedo ou tarde, se manifestam.

É passível de entendimento ser comum que o mais forte queira tomar do mais fraco; e, também, que o que não trabalhou queira arrebanhar o fruto do esforço alheio; e ainda, que o mais esperto queira ludibriar o mais ingênuo. E, dessa forma,

pode-se inferir que as regras de conduta que são previstas de forma abstrata pelo legislador, visando a regulação das situações genéricas, são violadas e, por conta disso, surge o conflito de interesses.

O processo civil é o ramo do direito que contém as regras e os princípios que tratam da jurisdição civil, isto é, da aplicação da lei aos casos concretos, para a solução dos conflitos de interesses pelo Estado-juiz (GONÇALVES, 2015).

Percebe-se que a existência de conflito entre sujeitos é condição necessária, mas não suficiente para que incidam as normas de processo, mesmo porque estas somente serão aplicáveis na medida em que se recorre ao Poder Judiciário, a partir da apresentação de uma pretensão. Isto é, somente ocorrerá quando houver conflito posto em juízo.

De acordo com Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2015, p. 37), é de fundamental importância que não haja confusão a relação existente entre as pessoas, nas suas vivências intersubjetivas e que poderão resultar eventuais conflitos, com a que são estabelecidas com a instauração do processo, pois que:

Nesta, há um sujeito que não figurava na relação anterior: o juiz, cuja função será a de aplicar a lei ao caso concreto, na busca da pacificação social. Só se compreende o processo civil como ramo autônomo do direito quando se faz a distinção entre as relações dos envolvidos em conflitos não levados a juízo, com as daqueles que são levados. As primeiras são lineares, as segundas triangulares.

O entendimento dessa assertiva é de que questionamento sobre ser o processo civil, um direito público ou privado? Mas a legislação brasileira entende ser o Direito um só, da mesma forma em que o poder é uno e indivisível. Outrossim, a ciência do Direito, influenciada pelos ideais aristotélicos, não se priva de dividi-lo em grupos, subgrupos, ramos, divisões. E, no caso em específico dessa discussão, o direito processo civil é um dos subgrupos do direito processual.

Considerando essa questão, trazendo os ensinamentos de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2015, p. 38), tem-se que quando se considera que a inserção de um ramo do direito em uma das categorias pode ser feita levando em conta a predominância da natureza pública ou privada das normas que o compõem, ainda se poderia encontrar alguma utilidade na classificação, pois que:

[...] havemos de concluir que o processo pertence à categoria do direito público, tal como o direito constitucional, o administrativo, o tributário e o penal, em oposição ao direito civil e comercial, que tradicionalmente pertencem ao direito privado. E pertence ao direito

público porque regula um tipo de relação jurídica no qual o Estado figura como um dos participantes: os princípios e normas que o compõem regem a atividade jurisdicional, e a dos litigantes, frente à jurisdição. Novamente se acentua a distinção entre a relação formada no processo, e aquela originada do conflito intersubjetivo.

Fica a percepção de que a relação civil entre duas pessoas pode ser privada. Mas, quando posta em juízo, forma uma nova, de cunho processual, que pertence ao direito público, pois se pode inferir que o processo é o instrumento da jurisdição, o meio de que se vale o juiz para aplicar a lei ao caso concreto. Não é um fim em si, já que ninguém deseja a instauração do processo por si só, mas meio de conseguir um determinado resultado: a prestação jurisdicional, que tutelaré determinado direito, solucionando o conflito.

E, conseqüentemente, goza de autonomia em relação ao direito material que nele se discute, muito embora não seja absoluta, tendo em vista a existência dissociada de uma situação material concreta, posta em juízo e, que só será efetivo, na medida em que funcionar como instrumento adequado para a solução do conflito, na observância, sempre, dos princípios constitucionais que regem o direito processual, como se segue.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL

Como toda ciência jurídica, o direito processual tem como pilar norteador de suas normas e atributos os princípios que se caracterizam como o elo entre os valores da sociedade e as condutas de seus cidadãos, originando toda e qualquer norma, com fulcro na necessidade e na intenção de se regulamentar. E por serem os princípios fontes primárias do direito são, portanto, normas jurídicas que tem a finalidade de exercer a função precípua de condução da interpretação, aplicação e elaboração do direito positivo, sobretudo, a de fundamentá-lo.

Outrossim, entende-se que para que se alcance a real compreensão das leis, materiais e processuais, e, sobretudo, para que se atinja a interpretação e aplicação ideal (justa) do direito positivado, o que constitui um dos fins do Estado

Democrático de Direito, fundamental é que se conheçam os princípios constitucionais norteadores da ciência jurídica.

Assim sendo, a partir do disposto no princípio da legalidade, que resulta do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal vigente que prediz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Entende-se, então, que por isso o princípio da legalidade é verdadeiramente uma garantia dada pela Constituição Federal a todo e qualquer particular; e, conseqüentemente, desse princípio derivam todos os demais.

Ressalte-se que a Constituição preserva a liberdade e os bens, garantindo que o seu titular não os perca por atos não jurisdicionais do Estado. E, em decorrência disso, fica a cargo do Judiciário a observância em torno das garantias inerentes ao Estado de direito, priorizando o respeito à lei, e, dessa forma, assegurar a cada um o que é seu.

Assim, dentre os princípios gerais do processo civil constantes na Constituição Federal de 1988, encontram-se elencados o princípio do devido processo legal, do acesso à justiça, do contraditório, da duração razoável do processo, da isonomia, da imparcialidade do juiz (juiz natural), do duplo grau de jurisdição, da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões judiciais.

Em relação princípio do devido processo legal (*procedural due process*) consiste na tutela processual, na qual tem referência direta ao processo, às garantias que ele deve respeitar e ao regramento legal que deve obedecer. Mas, no que tange ao devido processo legal substancial (*substantive due process*) constitui autolimitação ao poder estatal, que não pode editar normas que ofendam a razoabilidade e afrontem as bases do regime democrático (GONÇALVES, 2015).

No meio jurídico brasileiro, interessa, sobretudo, o aspecto formal, que diz respeito ao arcabouço processual.

Chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição, o princípio do acesso à justiça, disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal vigente, assegura que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988)”. Pressupor, portanto, a efetividade do direito à proteção judicial. Todavia, deve o referido princípio ser conjugado com o anterior e o do contraditório, descrito em seguida, tendo em vista se traduzir no direito de ação em

sentido amplo, que nada mais é que a obtenção da resposta pelo Poder Judiciário aos requerimentos a ele dirigidos (GONÇALVES, 2015).

Saliente que os doutrinadores brasileiros compreendem ser esse direito amplo e incondicional, pois que o Judiciário não pode se recusar a examinar e a responder os pedidos que lhe foram formulados.

Quanto ao que diz a legislação brasileira a respeito do princípio do contraditório, que se encontra estabelecido no art. 5º, inciso LV, da Constituição federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988)”.

Fica a observância, no entanto de duas exigências: a de se dar ciência aos réus da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário. O juiz tem de ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer, e, para tanto, é preciso dar-lhes oportunidade de se manifestar, e ciência do que se passa, pois que sem tal conhecimento, não terão condições adequadas para se manifestar (GONÇALVES, 2015).

No que diz respeito ao princípio da duração razoável do processo, foi introduzido na Constituição Federal, pela EC nº 45/2004, que acrescentou ao art. 5º, o inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988)”.

No ordenamento jurídico brasileiro se encontra assentado o fundamento para esse princípio, buscando explicitar que um dos aspectos do devido processo legal (para que o processo alcance o seu desiderato é preciso que chegue a termo dentro de prazo razoável), deve estar em consonância com o que dispõe o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que neste período, já o consagrava, sendo ratificado pela legislação brasileira, em face de revelar a preocupação geral do legislador com um dos entraves mais problemáticos ao funcionamento da justiça, principalmente, no que diz respeito à demora no julgamento dos processos.

Vale salientar que nos últimos anos, boa parte das alterações e acréscimos havidos na legislação processual, teve por finalidade precípua a busca por uma solução mais rápida para os conflitos.

Quanto ao princípio da isonomia, este consagrado entre os ideais da revolução francesa, encontra-se estabelecido no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, que assegura que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (BRASIL, 1988). De bom tom lembrar que a questão em torno da igualdade tem ligação estreita vinculada não somente ao devido processo legal, mas, também, ao contraditório e à imparcialidade.

A igualdade pode ser apenas formal – tratamento igualitário a todos, sem levar em consideração eventuais diferenças entre os sujeitos de direito, ou, no que concerne ao processo civil, aos sujeitos do processo –, ou real – tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade –, quando em princípio, buscava-se apenas a primeira, mas o conceito de isonomia evoluiu, e hoje se exige a segunda.

Em relação ao princípio da imparcialidade do juiz (juiz natural), encontra-se estabelecido no art. 5º, incisos LIII e XXXVII, da Constituição Federal. O primeiro dispõe que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, e o segundo, que não haverá juízo ou tribunal de exceção, cuja preocupação do legislador é manifestada a partir de dois aspectos: o de conter eventual arbítrio do poder estatal; e o de assegurar a imparcialidade do juiz, impedindo que as partes possam ter qualquer liberdade na escolha daquele que julgará o seu processo.

A competência do juiz natural é aquela apurada de acordo com regras previamente existentes no ordenamento jurídico, e que não pode ser modificada a posteriori. De acordo com Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2015, p. 68), entende que:

Seria muito perigoso se o Estado pudesse criar juízos ou tribunais excepcionais para julgar um fato ocorrido anteriormente. Estaria aberta a via para o arbítrio, porque, se isso fosse possível, poderia o Estado retirar a causa de seu juiz natural. Além disso, se não houvesse regras previamente estabelecidas de competência haveria o risco de o litigante escolher o juízo onde a demanda deveria ser proposta.

Entende-se, portanto, que ele procuraria aquele em que houvesse um juiz cuja convicção pudesse estar afinada com os seus interesses, pois a preexistência de normas impede que isso ocorra, tendo em vista que o juiz natural não é apurável aleatoriamente, mas por regras prévias, mesmo porque os requisitos necessários

para a caracterização do juiz natural são pautados em três aspectos: o primeiro, que dispõe sobre o julgamento deve ser proferido por alguém investido de jurisdição; o segundo que diz ser o órgão julgador deve ser preexistente, vedada a criação de juízos ou tribunais de exceção, instituídos após o fato, com o intuito específico de julgá-lo; e, o terceiro, a causa deve ser submetida a julgamento pelo juiz competente, de acordo com regras postas pela Constituição Federal e por lei (GONÇALVES, 2015).

No que diz respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, ao se fazer uma leitura atenta do texto constitucional mostra que não há nenhum dispositivo que consagre, de maneira expressa, o duplo grau de jurisdição em todos os processos. O que se pode dizer, no entanto, é que a Constituição Federal, ao criar juízos e Tribunais, a quem compete, entre outras coisas, julgar recursos contra decisões de primeiro grau, estabeleceu um sistema em que, normalmente, há o duplo grau, que serve para promover o controle dos atos judiciais, quando houver inconformismo das partes, submetendo-os à apreciação de um órgão de superior instância, composto, em regra, por juízes mais experientes (GONÇALVES, 2015).

Em relação ao princípio da publicidade dos atos processuais, está expresso visando a garantia em dois artigos da Constituição Federal. O art. 5º, inciso LX: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (BRASIL, 1988)” e no art. 93, X: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública [...] (BRASIL, 1988)”.

Entende-se que o mecanismo de controle da publicidade está para as decisões judiciais, das quais tem o direito da sociedade de conhecê-las, para que possa fiscalizar os seus juízes e tribunais. Todavia, saliente-se que a própria Constituição de 1988, traz em seu bojo o reconhecimento que, em alguns casos, ela pode se tornar nociva, quando então poderá ser restringida por lei (GONÇALVES, 2015).

Assim, no art. 189, do NCPC, os atos processuais são públicos; todavia, tramitam em segredo de justiça os processos em que o exija o interesse público ou social; II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; que versem sobre

arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Quanto ao princípio da motivação das decisões judiciais, sua expressão está estabelecida no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal vigente, determinando que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Isso ocorre na medida em que o juiz, ou tribunal, profere suas decisões, justificando-as e, conseqüentemente, apresentando as razões pelas quais determinou essa ou aquela medida, proferiu esse ou aquele julgamento.

É imperioso lembrar que a doutrina brasileira alerta que sem a fundamentação, as partes, os órgãos superiores e a sociedade não teriam a explicação do porquê de o juiz ter tomado aquela decisão. A fundamentação é indispensável para a fiscalização da atividade judiciária, assegurando-lhe a transparência (GONÇALVES, 2015).

Nos Estados democráticos é de fundamental importância esse controle, no qual poderá ser exercido pelos próprios litigantes, pelos órgãos superiores, em caso de recurso, e pela sociedade. Mas, em caso de falta de motivação, qualquer dos litigantes poderá se valer dos embargos de declaração, solicitando ao juiz que explique os fundamentos de sua decisão. Ou ainda, se valer do recurso adequado para postular a nulidade da decisão.

1.3 PRINCÍPIOS E O PREQUESTIONAMENTO

Em capítulo próprio serão discutidas as bases conceituais e jurisprudenciais do prequestionamento. Entretanto, é de bom tom salientar a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma definição conceitual sobre o que vem a ser prequestionamento.

Outrossim, sendo o prequestionamento considerado um requisito essencial de admissibilidade voltados para o julgamento de mérito dos recursos excepcionais – especiais e extraordinários – que, posteriormente serem interpostos nos Tribunais de Justiça (TJ) ou nos Tribunais Regionais Federais (TRF) e,

conseqüentemente, passarem pelo juízo de admissibilidade positivo desses tribunais, passam a ser recebidos pelos tribunais superiores.

Assim, quando se tratar do Recurso Especial (REsp) e do Recurso Extraordinário (RE) é um requisito específico de admissibilidade, em face de consistir em um prévio questionamento, do qual é apresentado em instância ordinária, da matéria federal ou constitucional que, por suposição, foi violada por decisão proferida pelo Juízo *a quo*, tornando-se *res dúbia* e *res controversa* pela efetiva análise nos graus jurisdicionais inferiores.

Nesse diapasão, importante discutir a necessidade do prequestionamento à interposição dos REsp e RE, à luz de alguns princípios, em face de que a Carta Magna vigente ter deixado de constar a sua obrigatoriedade no seu texto legal, gerando controvérsia doutrinária sobre a exigibilidade e o momento de se prequestionar, tanto no STF – tem admitido o RE se no teor da decisão impugnada constar, de forma explícita, o prequestionamento da matéria –; quanto no STJ – entende suficiente ao cabimento do REsp o prequestionamento implícito constante da decisão, causando inúmeros embaraços aos operadores do direito.

Considerando os acórdãos: STF, AI 832.368/GO, Ministro Roberto Barroso, julgado em 21.11.2013, DJe 19.12.2013; STF, ARE 787.522/PR, rel. Ministra Carmen Lúcia, julgado em 11.12.2013, DJe 19-12-2013; STJ, AgRg no REsp 1.357.079/RS, rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11.04.2013, DJe 03.05.2013, compreende-se que quando relacionado ao prequestionamento em recursos excepcionais, é exigido a imprescindibilidade pelos tribunais de superposição, a saber:

Agravo regimental - É absolutamente pacífica a jurisprudência desta Corte de que o prequestionamento é requisito constitucional para o cabimento do recurso extraordinário em razão mesmo da natureza extraordinária desse recurso constitucional. Agravo a que se nega provimento. (STF, AI-AgR 325850/SP, Rel. Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 26.02.2002, DJ 22.03.2002).

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. O prequestionamento constitui requisito indispensável ao conhecimento do recurso especial, que exige o pronunciamento judicial específico; é preciso que o tribunal a quo tenha decidido a respeito do tema suscitado.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. Recurso especial interposto sem a demonstração da divergência jurisprudencial. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 1234526/RS, Rel. Ministro Ari

Pargendler, Primeira Turma, julgado em 05.11.2013, DJe 12.11.2013).

E, mesmo, no tocante ao prequestionamento, a jurisprudência afirma sobre a sua indispensabilidade esta deriva de exigência constitucional que se motiva necessariamente a partir da expressão “causas decididas”, consoante não somente com o art. 102, inciso III, mas, também, como no art. 105, inciso III, da Carta Magna vigente, na qual é notória a hesitação categórica de declarar a constitucionalidade do instituto.

É de conhecimento que toda a ciência jurídica, e nesta o direito processual, tem como pilar norteador de suas normas e atributos os princípios. O entendimento que se tem por princípio é o elo que cria os valores da sociedade e as condutas de seus cidadãos, originando, dessa forma, toda e qualquer norma, com suporte necessário, e intenção, de sua regulamentação, sendo, caracterizados, portanto, como fontes primárias do direito e, assim, normas jurídicas que se coadunam para exercerem a função, considerada como nobre, de conduzir/transportar não somente a interpretação, mas, sobretudo, a aplicação e, conseqüentemente, a elaboração do direito positivo, bem como a de fundamentá-lo (DINAMARCO, 2016).

Saliente-se que as questões sobre essa problemática, devem, portanto, atentar há alguns princípios que são norteadores do Direito Processual e se coadunam com o prequestionamento.

Sob essa questão, Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 196) afirmou que: “o verdadeiro cientista do direito deve ter a clara noção do modo como se inter-relacionam e interagem os conceitos de sua ciência e precisa remontar sempre, no estudo dos diversos institutos, aos grandes princípios que a regem”.

Dentre os princípios constitucionais e processuais do direito brasileiro, relacionados ao prequestionamento, encontra-se o **princípio do amplo acesso à jurisdição**, que na Carta Magna vigente, no art. 5º, inciso XXXV, encontra-se disposto que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988)”; observando que retrata o referido dispositivo a consagração constitucional do princípio do amplo acesso à jurisdição, do qual, diga-se de passagem, a doutrina considerada como a “garantia das garantias constitucionais”.

Também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio do amplo acesso à jurisdição, visa garantir o monopólio judiciário do controle jurisdicional, no qual não poderá o Estado se escusar de atender a quem vier requerer sua tutela; e a do direito de ação, que consiste na provocação, pelo direito, da atividade jurisdicional com fins de solução de litígio.

Vale salientar, no entanto, que considerando o art. 3º, § 1º, do NCPC, não o se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, sendo, portanto, permitida a arbitragem, na forma da lei.

Em relação à questão do monopólio judiciário do controle jurisdicional, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2015, p. 153), afirmaram que:

O princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a Juízo deduzir uma pretensão fundada do direito e pedir solução para ela. Não pode a lei 'excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito' (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126).

Nessa perspectiva, Fredie Didier Júnior (2017, p. 87), salientou que a Carta Magna de 1988 é peremptória, pois que: “não há matéria que possa ser excluída da apreciação do Judiciário”; conseqüentemente, se compreende pela não existência de como o Poder Judiciário se declina da sublime função de fornecer a tutela jurisdicional àquele que a pleiteia.

Por ser um princípio básico, e na existência de plausibilidade da ameaça ao direito, é pertinente ao Poder Judiciárias sua obrigação e efetivação do pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial.

Outrossim, é direito do Estado, também, do recebimento da tutela adequada, que contenha o trinômio “qualidade – tempestividade – efetividade”, que não consiste em atribuir razão ao autor naquilo em que pleiteia, mas, sim, em sua conseqüente reação judiciária, que seja célere e apropriada para atender a determinada situação fática e capaz de gerar efeitos concretos, ainda que esta reação seja contrária ao pleito do autor.

Ademais, no prequestionamento, a ênfase dada na consideração do princípio do acesso à jurisdição está em assegurar sua efetividade, e, sobretudo, que atinja, não apenas à indeclinabilidade do Poder Judiciário e ao direito de ação, mas, principalmente, ao legislador, impedindo-o de estabelecer limitações não previstas na Carta Magna vigente, sendo este o entendimento de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2015, p. 153), quando afirmaram que:

A defesa de que o amplo acesso à jurisdição se dá com a efetividade do processo, por meio do ingresso da ação em Juízo, da garantia do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, pela justiça e eficácia das decisões.

Entende-se, então, que não se pode mencionar que somente o legislador deve ser considerado como o único responsável que visa assegurar o acesso à jurisdição e sua efetividade, dando vazão não somente ao direito de promover a ação, bem como e à indeclinabilidade do Poder Judiciário, e, sobretudo, propiciar direito do cidadão de ingressar em Juízo e obter do Estado a efetiva e adequada tutela jurisdicional. Poder-se-ia afirmar, então, que o acesso à jurisdição constitui a principal, senão uma das principais garantias constitucionais.

Em relação à outro princípio relacionado ao prequestionamento, tem-se o **princípio do duplo grau de jurisdição**, que mesmo não tendo previsão expressa na Carta Magna vigente, tem correlação principal com os princípios processuais relacionados ao instituto dos recursos, disposto legalmente no texto mediante o art. 496, do NCPC, que relaciona os casos em que a sentença estará sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Na conceituação do referido princípio este visa a garantia da possibilidade de revisão das causas já decididas pelos magistrados, da qual ocorre mediante os recursos aos órgãos de segunda instância e aos tribunais superiores, tendo em vista a composição do Poder Judiciário é feita por órgãos inferiores e superiores, não hierarquicamente, mas resguardando no que diz respeito à competência jurisdicional (NERY JUNIOR; NERY, 2014). Aos últimos, resguarda-se a atribuição do julgamento dos recursos interpostos pelas partes sobre a decisão proferida anteriormente pelos primeiros.

O princípio do duplo grau de jurisdição não garante ao litigante o direito de se chegar ao tribunal ou ao órgão *ad quem*, sem que, primeiramente, tenha

passado pela instância inferior. Com efeito, antes que se atinja a instância recursal, isto é, antes que o órgão *ad quem* venha a apreciar a questão e proferir novo julgamento aos pedidos apresentados, é imprescindível que tais pleitos já tenham sido julgados ou oportunizados ao Juízo *a quo*, sob pena de ocorrência da supressão de instância (CINTRA; GINOVER; DINAMARCO, 2015).

Considerando a ocorrência do fenômeno da supressão de instância, tem-se quando o Juízo recursal analisa pedido(s) e/ou causa(s) de pedir não apreciadas, nem oportunizadas, ao órgão inferior. A Carta Magna de 1988 não garantiu explicitamente o duplo grau. Entretanto, recepcionou o princípio disciplinado pelo CPC e outras legislações extravagantes, ao atribuir competência recursal aos órgãos jurisdicionais, em seus arts. 102, inciso II, 105, inciso II, e 108, inciso II, e, ainda, no art. 93, inciso III, todos da CR/88, ao se referir aos tribunais como órgãos de segundo grau (CINTRA; GINOVER; DINAMARCO, 2015).

Vale lembrar que a Carta Magna vigente, em seu art. 5º, inciso LV, prevê aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Na contemporaneidade, considerando o prequestionamento, no processo civil, o contraditório não significa mais tão-somente a observância do binômio informação e possibilidade de reação. Na atualidade, se caracteriza como imprescindível, principalmente na formação do convencimento ao juiz quando do reconhecimento do poder de influência das partes.

Dessa forma, a percepção de Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 83) advém da influência de diversos estudos alemães sobre a temática, que traz à baila o conceito tradicional de contraditório do qual se funda:

No binômio '**informação + possibilidade de reação**', que visa garantia tão somente no aspecto formal a observação desse princípio. Para que seja substancialmente respeitado, não basta informar e permitir a reação, mas exigir que essa reação no caso concreto tenha real poder de influenciar o juiz na formação de seu convencimento.

A efetiva reação deve ser apta para poder influenciar o juiz na prolação de sua decisão, tendo em vista que de forma contrária o contraditório seria mais um princípio "para inglês ver", sem grande significação prática, pois que, complementando Daniel Amorim Assumpção Neves (*Ibidem*, p. 83-84), afirmou, também, que:

O 'poder de influência' passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto os elementos da informação e da reação. Essa nova visão do princípio do contraditório reconhece a importância da efetiva participação das partes na formação do convencimento do juiz, mas a sua real aplicação depende essencialmente de se convencerem os juizes de que assim deve ser no caso concreto.

Essas posturas, a exemplo, de juiz que recebe a defesa escrita em audiência nos Juizados Especiais e sem sequer folhear a peça passa a sentenciar certamente não vai ao encontro da nova visão do contraditório. De igual forma, ocorre quando os desembargadores conversam, leem, ou excepcionalmente se ausentam enquanto o advogado faz sustentação oral perante o Tribunal, pois na observância da melhor doutrina, entende-se que somente por meio de um constante e intenso diálogo do juiz com as partes que haverá a possibilidade efetiva de se concretizar o contraditório participativo, mediante o qual o poder de influência se tomará uma realidade (NEVES, 2015).

Nesse diapasão, em face da motivada demonstração da desnecessidade, os Tribunais no Brasil não podem se negar a enfrentar as importantes questões aventadas pelas partes, quando do curso de um processo, pois que a conduta de um órgão jurisdicional quando, a despeito de provocado a se manifestar sobre relevante matéria para o deslinde da controvérsia, venha a permanecer omissa, não justificando o porquê do não enfrentamento, conseqüentemente, viola o princípio constitucional do efetivo contraditório, e, dessa forma, relega a um segundo plano o poder de influência das partes na formação do seu convencimento, que a exemplo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1.- Confirmada a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, **pois o acórdão deixou de se manifestar sobre questões relevantes para o deslinde da controvérsia**. 2.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 453741/CE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 10/04/2014) [grifou-se] 1.2. Não bastasse isso, o enfrentamento dos pontos suscitados pela parte também visa possibilitar que as controvérsias de direito possam ser submetidas ao exame das instâncias extraordinárias. Explica-se. É assente na jurisprudência desta Corte que, dentre os requisitos de admissibilidade do recurso especial, encontra-se a necessidade de prequestionamento das normas supostamente violadas pelo Tribunal local. Trata-se de verificar, no acórdão recorrido, a existência de juízo de valor, ainda que implícito, sobre os dispositivos legais reputados como violados. Até mesmo em se tratando de matérias de ordem pública ou de alegações relativas a nulidades absolutas, é

imprescindível o pronunciamento do órgão jurisdicional a quo. Sem a existência dessa manifestação, o apelo nobre não comporta conhecimento por quaisquer das alíneas do permissivo constitucional. **Esse entendimento, aliás, é facilmente corroborado pelos Enunciados ns. 211 da Súmula do STJ e 282 da Súmula do STF, de seguintes teores: Enunciado n. 211 da Súmula do STJ - Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.** Enunciado n. 282 da Súmula do STF - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada (*grifos nossos*). (STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1450416 GO 2014/0092711-1).

Não diferente, observa-se, também, os seguintes julgados:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 211 DO STJ E 282 DO STF. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO. COPARTICIPAÇÃO DO BENEFICIÁRIO. CLÁUSULA CONTRATUAL NULA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. 1. **É inadmissível o recurso especial se o dispositivo legal apontado como violado não fez parte do juízo firmado no acórdão recorrido e se o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor sobre a tese defendida no especial. Incidência das Súmulas n. 211/STJ e 282/STF (*grifos nossos*).** AgRg no AREsp 512358/DF. Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 3 de Março de 2017.

Considerando o prequestionamento, é inviável o conhecimento do recurso especial se a análise da controvérsia reclamar nova análise de cláusula contratual e o reexame de elementos fático-probatórios dos autos, mesmo porque a intenção do retorno dos autos é possibilitar a conferência às partes de uma prestação jurisdicional completa, fundamentada, com respeito ao efetivo contraditório, e que possibilite o exame futuro da controvérsia pelas instâncias extraordinárias, promovendo não somente o acesso à justiça, mas, prioritariamente, a partir da instrumentalidade, o processo seja célere e eficaz.

A instrumentalidade busca o acesso à justiça por meio da otimização da técnica processual interna, garantindo um processo eficaz e de acordo com os objetivos por que as partes recorreram à tutela judicial, isto é, a obtenção da Justiça e a obtenção do direito de quem tem razão. A celeridade também é um dos elementos que participam da instrumentalidade de forma a garantir eficácia processual, muito embora não se tenha uma efetividade absoluta, em face da dependência da análise das lides separadamente para verificação da controvérsia.

2 RECURSOS NO DIREITO PROCESSUAL

Este capítulo discute as premissas do Direito Processual, considerando na abordagem os seus princípios, quando da articulação destes com a questão vivenciada na transformação em sociedade e pela mesma. Em seguida traz a baila o entendimento do conceito relacionado ao recurso no contexto que envolve essa transformação junto ao direito processual, enfatizando a importância e relevância dos mesmos no âmbito constitucional, a mudança de admissibilidade recursal relacionada.

A partir desse entendimento discorreu-se sobre o conceito de recursos excepcionais – recurso especial e recurso extraordinário, salientando o juízo de admissibilidade e de mérito, no que tange aos requisitos e pressupostos.

2.1 RECURSO NO DIREITO PROCESSUAL

Observa-se, no que pese à existência dos recursos, que considerando as práticas jurídicas, desde os primórdios, as legislações têm se voltado para criação de expedientes com a finalidade de correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais, buscando, dessa forma, soluções rápidas para os litígios, para assim restabelecer a ordem social.

Esse pensamento está em conformidade com o que José Carlos Barbosa Moreira (2013, p. 232-233), quando: “contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito”. Este posicionamento consiste em manter um equilíbrio e, conseqüentemente, evitar excessos de impugnações, o que tenderia a produzir efeitos diametralmente opostos e igualmente danosos. E, assim, poder-se-ia afirmar de forma inafastável a existência e possibilidade do erro judicial, onde as leis assumiriam posições intermediárias, revendo aquilo que é possível ser feito.

Assevera Humberto Theodoro Junior (2016, p. 628), quando salientou que ao considerar a linguagem no âmbito jurídico, o emprego usual da palavra recurso é conforme o sentido lato, denominando:

Todo meio empregado pela parte litigante a fim de defender o seu direito. [...] recurso em direito processual tem uma acepção técnica e restrita, podendo ser definido como o meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.

É comum a observância em torno de que o homem a partir de sua insatisfação com uma decisão se rebele contra a mesma, sendo isto feito através de recurso. Sobre essa questão vê-se o que leciona Araken de Assis (2016, p. 12):

[...] É certo, no entanto, que as ordens jurídicas adotam, geralmente, uma solução de compromisso, baseada em critérios de conveniência, rejeitando ilimitadas impugnações. A ampla impugnabilidade dos pronunciamentos, impondo intolerável elastério ao processo em nome do valor justiça, constitui um desserviço à função apaziguadora inerente ao mecanismo.

Observa-se, dessa forma, que o sentimento de inconformismo do ser humano nas questões jurídicas se manifesta através do processo, tendo nos recursos os meios aos quais precisam ser disciplinados diante da ocorrência de erros nos julgamentos. E, dessa forma, anteriormente, o pensamento da instituição dos recursos e sua fundamentação, segundo Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim (2013, p. 82) foi o seguinte:

1º - na possibilidade de erros nas decisões judiciárias;

2º - no interesse correlato do Estado na realização correta dos direitos subjetivo e objetivo materiais e do próprio direito processual, no campo do processo e cuja observância exata é, muitas vezes, condição normal do acerto na aplicação do direito objetivo material, possibilitada sempre nas hipóteses de erro grave (processual e material), a correção respectiva pelos órgãos de segundo grau, ou mesmo pelo próprio juízo prolator da decisão, dos possíveis erros cometidos no julgamento.

Compreende-se que a uniformização da aplicação do direito ocorre também, a partir do recurso e na não existência do sistema recursal, incorreria no risco de subsistência de julgados antagônicos, principalmente, diante de casos

idênticos do qual a incidência seria ainda maior, o que causaria de forma inegável descrédito em relação ao Poder Judiciário.

Nesse íterim, entende-se que a palavra “recurso” é proveniente do latim *recursus*, significando dizer voltar atrás, de retroagir, de curso ao contrário, retomar, recuar, retroceder, ou seja, o recurso indica que o caminho a ser seguido já foi antes percorrido. Lecionou Humberto Theodoro Júnior (2015) que no NCPC, considerando o art. 994, preferiu manter-se fiel ao conselho das fontes romanas, segundo as quais *omnis definitio injure civile periculosa est*, não estabelecendo, dessa forma, um conceito de recurso, apenas cuidando de listar os recursos cabíveis, dos quais são os seguintes: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência.

Com base no exposto, Luiz Orione Neto (2006, p. 4) define recurso como sendo diversas e diferentes instituições em nosso idioma, a saber:

Quanto à utilização deste instrumento, salienta que o mesmo pode ser empregado como sinônimo de dinheiro, numerário, pecúnia. Podendo, ainda ser concebido como ajuda, assistência, auxílio, proteção, socorro. E ainda, como sinônimo de dote, faculdade, habilidade, aptidão.

É pertinente compreender que ao considerar o sentido técnico-processual, este conceito, conforme leciona o autor supracitado, nos leva a dois pontos de vista distintos: um amplo e outro estrito, cuja análise primária está para uma visão ampla do recurso como instrumento que tem por finalidade a proteção do direito que se supõe existir. E, assim, poder-se-ia afirmar a existência da ação, da contestação, da reconvenção, das exceções, das medidas preventivas que são compreendidas como recursos.

Por outro lado, ou analisado como estrito, na ótica do direito brasileiro, temos a seguinte definição de recurso, o posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2014, p. 184) é de que:

Caracteriza-se como o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.

O entendimento do conceito de recurso à luz do seu sentido estrito, feita por Bernardo Pimentel Souza (2014, p. 32), qual seja é de que:

[...] recurso é um remédio jurídico que pode ser utilizado em prazo peremptório pelas partes, pelo Ministério Público e por terceiro prejudicado, apto a ensejar a reforma, a anulação, a integração ou o esclarecimento da decisão jurisdicional, por parte do próprio julgador ou de tribunal ad quem, dentro do mesmo processo em que foi lançado o pronunciamento causador do inconformismo. É importante ressaltar que, ao interpor recurso, o insatisfeito pratica ato processual por meio do qual concretiza o seu direito de recorrer.

Os conceitos ora apresentados são um traço fundamento do recurso, no qual é exercitável na mesma relação jurídica processual, quando proferida a decisão questionada, sem necessariamente a instauração de um novo processo, que para Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Roberto Gouveia (2013, p. 277), na compilação do pensamento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, traz o seguinte entendimento: “o recurso é impugnativo dentro da mesma relação jurídica processual”.

Isto posto, entende-se que o ato de recorrer é um exercício intrínseco ao direito de ação e defesa, não incorrendo na dilatação e muito menos na demanda, mesmo porque não traz inovações no campo processual, e, conseqüentemente, não demanda a interposição de uma nova ação; esses mecanismos somente aprazam a vida do processo e o decurso do mesmo.

Vale mencionar, que o recurso não existe por si, senão como fase ou ato do processo já instaurado. Daí, a afirmativa feita por Flávio Cheim Jorge (2015, p. 6), quando disse que:

[...] Tanto é assim que, se for ajuizada uma segunda ação, enquanto não julgada pelo tribunal a apelação interposta contra a sentença proferida na primeira ação, haverá litispendência, e não coisa julgada. Se se tratasse de nova ação, ter-se-ia de entender que a primeira já teria transitado em julgado e, conseqüentemente, tal entendimento violaria o próprio Código de Processo Civil, quando este define como coisa julgada a decisão não mais sujeita a recurso (art. 467).

Evidencia-se, portanto, que, quando o interessado utiliza-se da ação rescisória, do mandado de segurança, dos embargos do devedor, da ação cautelar, com o objetivo de refutar determinado pronunciamento judicial, isto posto, não cabe assim a interposição de recurso, tendo em vista que esses institutos dão cabimento à constituição de novo processo. Ainda que mediante uma ordem para impedir uma decisão judicial, quando esta exerce o papel de recurso, ele oportuniza a

constituição de nova relação jurídica processual distinta, portanto, diferenciada da que está em andamento (ORIONE NETO, 2006).

Sobre esta questão, anteriormente, José Carlos Barbosa Moreira (2013, p. 233), posiciona-se trazendo a seguinte lição:

[...] dentro do mesmo processo, não necessariamente dos mesmos autos. A interposição do agravo de instrumento dá lugar à formação de autos apartados; bifurca-se o procedimento, mas o processo permanece uno, com a peculiaridade de pender, simultaneamente, no primeiro e no segundo grau de jurisdição.

Esse mesmo pensamento foi, anteriormente, o de Orione Neto (2006) apresentando uma marca distintiva instituída pela separação clássica entre os meios de contestação das determinações judiciais onde existem os recursos, exercitáveis dentro da mesma relação processual contra deliberações ainda não transitadas em julgado, e as ações autônomas de impugnação, direcionadas nomeadamente contra as decisões já acobertadas pela autoridade da coisa julgada.

Ressalte-se, dessa forma, que é relevante compreender o instituto da coisa julgada tendo em vista que este não permite distinguir com clareza os recursos das ações autônomas de impugnação, e, dessa forma, o critério distintivo não reside no fato de a decisão estar acobertada ou não pela autoridade da coisa julgada, pois somente tem validade para medir o recurso da ação rescisória, sendo, portanto, inidôneo quanto às questões relacionadas ao instituto do mandado de segurança quando de sua utilização como sucedâneo recursal; ou seja, quando exerce a função de recurso. Isso porque em qualquer circunstância será o *writ* uma ação independente daquela que lhe deu causa.

Ainda seguindo essa mesma direção de pensamento José Carlos Barbosa Moreira (2013, p. 231-232), que instrui:

[...] no direito brasileiro, a ação rescisória, espécime característico de ação autônoma de impugnação, conserva a nota tradicionalmente indicada: dirige-se contra decisões passadas em julgado. Não nos parece, entretanto, que se possa, de lege lata, fazer repousar na presença ou na ausência dessa circunstância o critério essencial da diferenciação entre ações impugnativas e recursos. A construção há de fundar-se nos dados do direito positivo, com as suas peculiaridades. Ora, não pode sofrer dúvida que, entre nós, todos os recursos (admissíveis!) empecem à formação da coisa julgada: é o que já decorria, com nitidez cristalina, do disposto no art. 6º, § 3º, do Dec-lei n. 4.657, de 4-9-1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), verbis: 'Chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judicial de que já não caiba recurso', agora ressalta do art. 467 do Código de

Processo Civil. Mas esse traço não basta para a demarcação da divisa: tira-se da regra legal que não é recurso, para o direito brasileiro, remédio algum utilizável contra decisão passada em julgado; mas não se tira que seja necessariamente recurso qualquer remédio utilizável contra decisão ainda não passada em julgado. O núcleo irreduzível do conceito há de ser, pois, buscado alhures.

Considerando a doutrina brasileira, o magistrado habituou-se a pronunciar que o recurso tem como consequência evitar, impedir a constituição da coisa julgada em face da preferência que a sua interferência apraza, delonga a formação da coisa julgada. Contudo, o entendimento da existência de impedimento, ou não, se evita, a coisa julgada a partir da interposição do recurso, tendo em vista o princípio da inevitabilidade da jurisdição, aliado à sujeição das partes ao resultado da atividade jurisdicional, em face da própria essência da jurisdição, de atividade estatal substitutiva da vontade das partes (ORIONE NETO, 2006).

Assim, quando se analisa o conceito de recurso, fica a observância de que este tem por finalidade precípua a reforma, a anulação, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada. Em matéria de recursos no sistema processual civil pátrio, afirma José Carlos Barbosa Moreira (2013, p. 231) que é muito comum a utilização da seguinte terminologia:

Interpor recurso: manifestar inconformismo com a decisão recorrida e a vontade de impugnar, através de petição onde esses desígnios se revelem. Recorrente (apelante, agravante, embargante): a pessoa que interpõe o recurso. Recorrido (apelado, agravado, embargado): a pessoa contra quem se interpõe o recurso. Juízo 'a quo': o órgão que proferiu a decisão recorrida. Tribunal 'ad quem': o tribunal para onde se interpõe o recurso e que deve julgá-lo.

Sabe-se, no entanto, que a serventia dos recursos é para como instrumentos de controle das decisões judiciais e por meio deles que se exerce a restrição de qualquer tipo de arbitrariedade eventualmente empreendida pelo prolator da decisão recorrida. E, no que cabe a importância do papel exercido pelos recursos, Alcides de Mendonça Lima (2003, p. 135), listar as seguintes elucidações:

[...] o recurso, além de sua função jurídico-processual, exerce, ainda, uma finalidade eminentemente política, como meio de resguardar as liberdades individuais contra o arbítrio, o despotismo e as fraquezas dos juízes de primeira instância, que, pelas condições ambientais, se podem tornar mais sensíveis às influências dos poderosos, com reflexos, pois, na preservação dos próprios direitos individuais.

A preservação dos direitos individuais é mencionada nessa esteira, conforme alude José Augusto Delgado (2006, p. 76), afirmando que, “a aplicação do devido processo legal é uma forma direta de repelir a onipotência e a arbitrariedade”.

Compreende-se, assim, que cabe ao legislador a garantia do jurisdicionado em face da existência de elementos por meio dos quais se possa perpetrar o direito de recorrer, a fim de que seja confiado ao cidadão um controle dos comunicados judiciais, aquilatando-se a prestação da tutela jurisdicional e, dessa forma, a efetivação dos seus direitos individuais.

2.1.1 Importância dos Recursos e Relevância Constitucional

Quanto ao quesito que trata da importância e relevância constitucional dos recursos, dispõe o art. 1º, da Carta Magna de 1988 que na medida em que o Estado Democrático de Direito estabelece o cumprimento da Lei, tem o juiz a competência, ao proferir a sentença, proceder levando em consideração e respeitando o que ordena o ordenamento jurídico vigente. Todavia, é sabido, que tal sentença pode vir comprometida por erros, os quais também estão previstos, do ponto de vista do processo, sendo estes considerados como vícios de julgamento (*error in iudicando*) ou de procedimento (*error in procedendo*) (JORGE, 2015).

Sendo assim, anteriormente, visionou a lição de Luiz Orione Neto (2006, p. 185) que traz o seguinte posicionamento:

É equivocado supor que os recursos se encontram regulamentados por normas eminentemente privatísticas, voltados e destinados tão-só ao interesse do recorrente, que, insatisfeito com a decisão que lhe foi contrária, resolve contra ela se insurgir.

Mais recentemente, é passível de entendimento que se encontram os recursos que estão ligados diretamente à função exercida pelo Estado, no que concerne à prestação de tutela jurisdicional adequada e justa, que segundo Flávio Cheim Jorge (2015, p. 11):

O controle feito pelos tribunais sobre as decisões proferidas pelos juízes de instância inferior contribui para a eficiência e, sobretudo, segurança das normas jurídicas existentes. É de todo conveniente para o Estado colocar à disposição dos jurisdicionados os meios recursórios aptos a reparar as injustiças cometidas.

Não se pode olvidar que a conquista do povo brasileiro é o Estado de Direito da qual vem acontecendo de forma paulatina e gradativa, em função da luta do ser humano pela liberdade, baseando, primordialmente, na ordem jurídica instituída de modo que é mantida a supremacia da lei, tendo na expressividade do direito a representatividade do equilíbrio social e do instrumento de paz coletiva.

Poder-se-ia afirmar, então, que o juiz precisa obedecer à lei, pois esta é a manifestação da vontade comum. Tal obediência, segundo Alcides de Mendonça Lima (2003, p. 132) se constitui em um dos meios através dos quais:

O Estado controla essa atividade do juiz, de modo a manter o prestígio da própria lei, em sua integridade e em sua substância, é o uso dos recursos, ainda nos casos em que a discussão se dê em função, aparentemente, de pura matéria de fato, por isso que, em última análise, sempre está em jogo a incidência de uma norma jurídica, amparando o direito subjetivo dos litigantes.

Mas, quando se refere à Carta Magna de 1988, esta trata dos recursos buscando seu aperfeiçoamento quando da aplicação das leis, com a finalidade de prevalecer a melhor interpretação da norma jurídica controvertida. Tais recursos são, segundo Luiz Orione Neto (2006, p. 188):

Recursos de direito ou recursos de fundamentação vinculada, os quais representam a evolução racional do instituto, e destes temos como exemplos o recurso extraordinário, o recurso especial e o recurso de embargos de divergência.

Teoricamente, pode-se inferir que estes recursos têm por objetivo preparar a integridade da norma jurídica, colocando, em plano secundário, a defesa do direito subjetivo das partes. Ademais, ao disciplinar o princípio *due process of law* a Carta Magna vigente esgotou os recursos colocando-os como condição essencial à garantia das partes, conforme se pode observar na norma descrita no art. 52, LV, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988)”.

Destarte, que o recurso é instrumento usado pelo Estado para conceder aos jurisdicionados uma ordem social menos viciosa e mais equilibrada, haja vista tem o poder para controlar, eficientemente e com segurança, a própria aplicação das normas jurídicas estabelecidas para conservar a coexistência social, pois neste campo, então, pode-se inferir, a partir da compreensão primária que o litigante, por

meio do recurso, busca atender à sua vontade; e, cabe ao Estado, por sua vez, exercer sua atividade jurisdicional da melhor maneira, ocorrendo a partir da apresentação da lide, através de um representante, com a finalidade precípua de se obter a decisão verdadeira pautada na expressão da ordem legal e do ideal de justiça (LIMA, 2003).

Considerando o que dispõe art. 496 do NCPC, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença, abordando a grade recursal fundamental do processo civil brasileiro e lista os seguintes recursos: apelação, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial ou extraordinário.

2.1.2 A Mudança de Admissibilidade Recursal

Existe uma máxima de que no tocante ao sistema recursal no processo civil a presunção é da compreensão dos juízos de admissibilidade e de mérito, das quais se poderia prejudicar, de forma mais comprometida, a análise do referido mecanismo que trata de impugnação das decisões judiciais.

Ademais, prejudicaria não somente no que diz respeito aos recursos, mas, principalmente, quando se propõe a analisar o conteúdo existente nos atos postulatórios no processo que tem exigência prévia de verificação da obediência de requisitos, que são estabelecidos em lei, com a conseqüente prejudicialidade do julgamento do pedido caso tais exigências não sejam atendidas (NERY JÚNIOR, 2007).

E, para a abordagem proposta sobre as alterações incorporadas ao sistema recursal no Novo CPC, quando dos aspectos genéricos e aplicáveis a todos os recursos, sobretudo, em relação às condições de admissibilidade, considerados por José Carlos Barbosa Moreira (2012, p. 116), como sendo “os requisitos necessários para que se possa legitimamente apreciar o mérito do recurso”, o que de certa forma permite elencar as peculiaridades inerentes a cada espécie de recurso trazida pela Lei nº 13.105/15, ressaltando o que de fato interessa para esta pesquisa e é considerada como relevante para os fins dessa proposta acadêmica.

Na edição da Lei nº 13.105/15, pelo legislador, observou-se a alocação do sistema recursal no Título II (Dos Recursos), do Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), constante da “Parte Especial” do Código. Percebe-se, logo, no art. 994 – primeiro dispositivo do Capítulo I (Disposições Gerais) – a modificação na taxatividade das espécies recursais, com a opção pela supressão de alguns recursos, se comparado com as modalidades previstas no Código Buzaid (art. 486). Deixa de constar o agravo retido como recurso previsto no NCPC, inclusive, inexistente previsão dos embargos infringentes.

Estudos feitos por Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2015, p. 87):

A extinção do agravo retido se deu em razão da alteração na forma de recorribilidade das decisões interlocutórias que, caso não sejam de imediato impugnáveis por meio do agravo de instrumento, serão objeto de discussão posteriormente em preliminar da apelação ou nas suas contrarrazões, já que não estarão afetadas pela preclusão. Em relação aos infringentes, importante ressaltar que, apesar de não mais constar como modalidade de recurso, foi criada uma técnica de julgamento (art. 942) com proposta e procedimento bastante semelhante para os casos de julgamento não unânime da apelação.

É importante frisar que é sem natureza recursal. Ademias, não se pode olvidar que alterações importantes foram introduzidas no que tange à tempestividade recursal, principalmente, no que tange à nova forma de contagem dos prazos para a prática de atos no processo.

2.2 RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RECURSOS EXCEPCIONAIS – CONCEITO

Os recursos excepcionais se subdividem-se em recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência. Para este trabalho importa a análise detalhada dos recursos especial e extraordinário, das quais se incluem as suas peculiaridades e similaridades, com a finalidade precípua e introdutória da temática central dessa dissertação, que redonda sobre o prequestionamento.

É vasto o campo dos recursos excepcionais, e assim sendo, cabe uma introdução à terminologia do que vem a ser a palavra “recurso”, pois segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 17), quando se recorrer, significa: “tornar a

correr, a percorrer”, de forma que todo indivíduo que recorre, no sentido judicial, pretende uma *restitutio in integrum* – reconduzir a situação processual ao seu *status quo ante*.

Nesse diapasão, observa-se uma infinidade de tentativas de definições do termo recurso, sendo imperioso destacar algumas para refinada introdução do tema. Para Osmar Mendes Paixão Côrtes (2014, p. 3), considera-se recurso como: “Um direito público subjetivo, autônomo e abstrato, contra o Estado, bem como um direito-meio da parte sucumbente de contestar a decisão insatisfatória, no que diz respeito ao argumento de *error in procedendo* ou *in iudicando*”.

Araken de Assis (2016, p. 44), conceituou recursos como:

[...] quaisquer outros meios de impugnação às resoluções judiciais tutelam interesse público, pois, uma vez que os atos do órgão judiciário contém defeitos quanto ao fundo e à forma, não seria possível o Estado desinteressar-se da correta aplicação do direito material e processual. [...] que nem todo meio para impugnação das decisões judiciais constitui recurso, pois há ações que visam impugnar atos decisórios do juiz, como o habeas corpus e outros mecanismos informais.

Mas, reportando-se a Osmar Mendes Paixão Côrtes (*ibidem*, p. 5), este em outra definição de recurso, o definiu como:

O meio de impugnação que se utiliza dentro de relação processual em andamento, por intermédio do qual a parte insatisfeita integral ou parcialmente, busca a anulação ou a reforma da decisão antes proferida, demonstrando suas razões.

Anteriormente, Nelson Nery Jr. (2005, p. 204-205) definiu recurso, de forma ampla, a saber:

É o remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, àquele que a proferiu.

Essa definição trazida pelo referido autor é considerada no meio jurídico como bastante completa porque visa elucidar, somando-se às outras explanações, no qual se considera, neste contexto, satisfatória à breve introdução do tema recurso, o que exaure maiores discussões do aspecto terminológico do verbete, o qual se inclui sua significação jurídica.

Outrossim, embrenhando-se no universo recursal, de pronto são cabíveis certas obtemperações; fica a observância que em torno da temática desta pesquisa, encontram-se envolvidas as questões relacionadas aos recursos excepcionais, na presunção da existência de recursos alcunhados comuns ou ordinários.

E, nesse contexto, importante e necessário diferenciar recursos ordinários e extraordinários, quando Osmar Mendes Paixão Côrtes (2014, p. 19), salientou que:

Fica no objeto do recurso o critério distintivo, sendo que o recurso extraordinário seria aquele que tem como objeto imediato a proteção do direito objetivo (incidentalmente protegendo o direito subjetivo), enquanto o ordinário visa diretamente à prestação jurisdicional relativa à tutela dos interesses das partes em litígio, tendo como objeto o direito subjetivo.

Compreende-se que tem os recursos ordinários forma e procedimentos mais maleáveis, diferentemente dos recursos excepcionais que se apresenta com maior rigidez e certa dureza nas exigências formais, que segundo Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 89), em regra geral:

Os recursos ordinários têm forma menos rígida; são dirigidos a tribunais inferiores; não existem requisitos específicos de admissibilidade; a fundamentação é livre (com exceção dos embargos de declaração); comportam discussão quanto à matéria de fato; são vocacionados para corrigir “injustiças”. São eles: a apelação, os agravos, o recurso ordinário, os embargos de declaração e os embargos infringentes.

Já com relação aos recursos excepcionais, comumente chamados de extraordinários *lato sensu* e de estrito direito, segundo Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 89), são considerados com forma mais rígida, porque:

São dirigidos aos Tribunais Superiores; obedecem a requisitos específicos de admissibilidade; a fundamentação é vinculada; não comportam discussão em relação a fatos e provas; não se prestam para fazer justiça no caso concreto. São eles: o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência.

A par do entendimento introdutório do termo recurso, incluindo a diferenciação existente entre recurso ordinário e extraordinário, passa ao enfoque que se segue está no conceito dos recursos excepcionais, explanando suas características principais, salientando que este se subdivide em recurso especial e recurso extraordinário. Outrossim, é importante mencionar a existência de

delineamento dos paralelismos existentes entre o mesmos, bem como suas características afins, conforme se segue, brevemente.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 117), no tocante ao ajuizamento de uma ação é necessário que:

Se respeite a requisitos formais como as condições da ação, para a interposição de recursos é também impreterível o respeito aos pressupostos processuais. Aliás, é possível traçar paralelo entre estes: ao interesse de agir, da ação, tem-se como correspondente o interesse de recorrer e à possibilidade jurídica do pedido, tem-se a adequação do recurso ao modelo legal previsto em lei.

Percebe-se a existência entre o recurso especial e o extraordinário, pontos de convergência que formam um núcleo comum entre estes justificando fazerem parte de um mesmo contingente – o dos recursos excepcionais. Inevitável, pois, seria inexistirem similaridades, eis que o recurso especial foi extraído do recurso extraordinário, para abarcar as questões federais (MANCUSO, 2013).

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (ibidem, p. 121), as características consideradas como comuns aos recursos excepcionais, são as seguintes:

O prévio esgotamento das instâncias ordinárias; não visam corrigir injustiças do julgado recorrido; não revisam matéria de fato; têm sistema de admissibilidade bipartido – uma fase perante o Tribunal a quo e outra perante o ad quem; têm seus requisitos de admissibilidade expostos na Constituição Federal, não no Código de Processo Civil e, por fim, a execução realizada na sua pendência é provisória.

No tocante ao prévio esgotamento das instâncias ordinárias, conforme a própria alcunha já delibera, trata-se da necessidade de exaurimento das possibilidades de impugnação nas instâncias ordinárias ou em instância única, originária, conforme leitura dos próprios arts. 103 e 105, da Constituição Federal vigente, que dispõe que os recursos excepcionais só podem ser exercitados contra “causas decididas”, impedindo o exercício per *saltum*.

Tal exigência, inexistente nos recursos ordinários, a explicação está no fato de que STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, e, dessa forma, suas decisões alcançam todo o em território nacional; e, nesse contexto, as referidas Cortes primam por se pronunciar apenas de questões federais (STJ) e constitucionais (STF), no qual o posicionamento trazido por Rodolfo de Camargo

Mancuso (2013, p. 121-122), foi o da importância de verificar a definitividade da decisão recorrida para que seja possível a interposição do recurso excepcional, pois:

O núcleo do pressuposto do recurso extraordinário [...] é a definitividade da decisão judicial de que se recorre para o STF. Definitividade que se consubstancia no esgotamento de todos os recursos ordinários, via comum, existentes no sistema judiciário que conheceu da causa.

Reforça-se, ainda, que a questão da exigência do esgotamento das vias ordinárias é imperativa e rígida quanto à interposição dos recursos excepcionais; assim, existente alguma possibilidade de interposição de outra modalidade recursal pelas vias ordinárias – como os embargos infringentes –, descabido é o recurso excepcional, seja ele especial, seja extraordinário (MANCUSO, 2013), que tinha cabimento a possibilidade de, ao tempo da publicação do acórdão, ser potencialmente cabível, quando do CPC de 1973, a exemplo, de publicação antes da entrada em vigor do NCPC (2015), pois na atualidade não existem mais os mesmos, como modalidade recursal. Saliente-se, também, que aqui não se faz referência aos embargos infringentes de alçada, previsto na LEF.

Nesse sentido, o acórdão do STF, traz o seguinte:

[...] 2. Embargos de divergência e recurso extraordinário. Interposição contra uma mesma decisão. Impossibilidade. Enquanto não apreciados os embargos opostos pela parte interessada não se pode afirmar que o juízo a quo tenha esgotado a prestação jurisdicional, nem que se trata de decisão de única ou última instância. Pressuposto constitucional de cabimento do recurso extraordinário. Agravo regimental não provido (AI/AgRg 563505/MS, rel. Min. Eros Grau, 1ª T., j. 27.09.2005, v.u., DJ 04.11.2005, p. 21).

E, no âmbito do STJ:

A presente questão não pode ser discutida em sede de recurso especial, uma vez que não ocorreu o esgotamento das instâncias ordinárias. Assim, cabia à parte interpor embargos infringentes para fazer prevalecer tal posicionamento. No entanto, da análise dos autos verifica-se que o recurso não fora interposto, razão pela qual se torna inviável a apreciação da controvérsia por este tribunal. “Nesse sentido enuncia a Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: ‘É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem’” (REsp 712.816, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 24.04.2007, DJ 21.05.2007, p. 584).

É relente a ressalva que se faz com relação ao esgotamento das instâncias ordinárias, sobre dois pontos de vista: o primeiro, a partir do entendimento de que em determinado momento, podem ser verificadas de forma exauridas as diversas faculdades recursais disponíveis, bem como a única passível de exercício, como no caso dos Juizados Especiais, conforme dispõe os arts 42 e 82, da Lei nº 9.099/95; bem como, dispõe o art. 34, da Lei nº 6.830/80, que trata das execuções fiscais.

A compreensão que se tem, nessas hipóteses, é que apesar da verificação da instância de primeiro grau, estas são únicas, e, dessa forma, tentam o manejo do recurso extraordinário contra suas decisões, respeitando os demais requisitos de admissibilidade do mesmo. E, conforme leciona Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 125), este se reporta à exigência do esgotamento das vias ordinárias que:

É restrito às modalidades recursais propriamente ditas, de forma que não alcança às possibilidades impugnativas não incluídas na nomenclatura '**recurso**', como as ações autônomas de impugnação: rescisória, embargos de terceiro e mandado de segurança (*grifos nossos*).

No entendimento de Araken de Assis (2016, p. 738), na medida em que é considerado um ponto de exigência convergente, existe, sim, uma certa discrepância entre o conteúdo dos dispositivos constitucionais, pois que os mesmos:

Versam sobre os recursos excepcionais no que tange ao prévio esgotamento das vias recursais ordinárias. Enquanto o RE condiciona o seu cabimento às '**causas decididas em única ou última instância**', o REsp enuncia '**causas decididas em única ou última instância, por tribunais**' (*grifos nossos*).

A percepção que se tem é da possibilidade, então, do recurso extraordinário (RE) atacar as decisões de primeiro grau, e o REsp, em tese, ataca acórdãos. Inclusive estes serão explanados de forma mais efetiva e detalhada em capítulo próprio, considerando a necessidade do prévio esgotamento das instâncias ordinárias, na abordagem sobre o conceito de causa decidida, à luz da análise da segunda similaridade entre os recursos excepcionais, que consiste na não vocação à correção de injustiças no julgado recorrido.

Enunciou Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 143):

Não é a intenção dos recursos excepcionais voltar-se à análise fático-probatória dos julgados, de forma que se pode afirmar, com veemência, que as Cortes Superiores limitam-se a agir de maneira revisora, corrigindo erros procedimentais, jamais modificando entendimentos.

É compreensível de que os recursos excepcionais não foram concebidos para corrigir erros ou injustiças, pois complementando Rodolfo de Camargo Mancuso(2013, p. 144), afirmou que:

Sendo a finalidade do recurso especial é garantir a aplicação adequada da lei federal, uniformizando-lhe a interpretação em todo o território pátrio, enquanto a do recurso extraordinário é a de garantir a guarda da Constituição Federal, dando-lhe cumprimento.

Anteriormente, o posicionamento de José Afonso da Silva (1963, p. 105), foi de não se fazer justiça subjetiva, quando da utilização do recurso extraordinário, tendo em vista que:

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

É possível colocar em questionamento essa posição, todavia, a Súmula 456, STF, quanto à referida função de revisão essencialmente procedimental dos recursos excepcionais, tendo em vista que as Cortes Superior e Suprema, ao aplicarem o direito à espécie, atingem a esfera jurídica individual dos recorrentes.

Outrossim para o STF é inevitável, quando da reforma da decisão que antes denegava direito ao cidadão, no sentido de provê-lo, por considerá-la afrontosa à Constituição Federal vigente, para a atingir o direito subjetivo individual do recorrente, fazendo-se, então, a famosa “justiça” que se afirmou não ser a finalidade dos recursos excepcionais.

Saliente-se que a utilização para classificação dos recursos excepcionais como recursos propriamente ditos é a finalidade precípua dos mesmos, a qual, mais uma vez, sustenta-se não ser a de fazer justiça. O STF, ao prover recurso extraordinário, o faz, pois acredita haver ofensa ao dispositivo constitucional. E,

dessa forma, o exercício do STF é somente de controle objetivo de legalidade ou de constitucionalidade das normas que haviam sido aplicadas ao caso.

Importante salientar que quando se trata de decisão na esfera individual, o entendimento é de que parte é consequência direta da aplicação do direito ao caso invocado. Nesse diapasão, o posicionamento de Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 144-45), é de que a finalidade é somente de revisar, pois que:

É muito simples essa conclusão, tendo em vista que os recursos excepcionais têm a finalidade principal, e tão somente, de revisão, onde no recurso especial, consiste na violação de lei federal, e no recurso excepcional se compreende a violação existente na norma constitucional.

Entende-se, portanto, neste caso, que “o fazer justiça”, ou não, é pura consequência de tal análise paradigmática. E, complementando, o mesmo autor, Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 149), salientou que se pode afirmar que os recursos extraordinário e especial devem ser vistos sobre dois prismas:

O primeiro, precipuamente, estão voltados a um objetivo de ordem pública, de interesse nacional, qual seja o de servirem como instrumento tutelador dos valores indicados por Pontes de Miranda: inteireza positiva, validade, autoridade e uniformidade de interpretação do direito federal, comum e constitucional; nesse sentido, acabam por propiciar um contencioso objetivo, de legalidade ou de constitucionalidade; e, o segundo, corolariamente, dado que nem o STF nem o STJ são Cortes apenas de cassação, senão (e até principalmente) de revisão (RISTJ, art. 257; Súmula 456, STF).

Fica a observância, então, de que, considerando o art. 512, do NCPC, a percepção que se tem é de o conhecimento do mérito daqueles recursos e seu provimento, tem implicação direta no rejeite da decisão recorrida e, conseqüentemente, na prolação de outra que a “substitui”, do que decorrerá – presumivelmente, da qual se poderia afirmar ser a melhor resposta judiciária, ou ainda, quando menos, a última e definitiva. Ou seja, o referido art. no NCPC continua admitindo que se promova a liquidação mesmo na pendência de recurso, a chamada “liquidação provisória”, conforme já previsto no § 2º, do art. 475-A do CPC de 1973.

Sendo assim, o entendimento e de que o efeito secundário da sentença, é mantida pelo art. 512 do NCPC, de forma que a liquidação poderá ser realizada na pendência de recurso, processando-se em autos apartados no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

Assim, analisado mais uma característica dos recursos excepcionais, que, diga-se de passagem, é similar a esta já exposta, a compreensão é de que estes, não servem para revisar matéria de fato. De início parece; contudo, ao levar em consideração que já se elaborou quanto ao fato de os Tribunais Superiores não estarem vocacionados à correção de injustiças, é importante, de forma breve, tecer alguns comentários sobre o que é ou não matéria de fato.

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior (2011, p. 152): “A questão será predominantemente fática, do ponto de vista técnico, se, para que se redescida a matéria, **‘houver necessidade de se reexaminarem provas’** (*grifos nossos*)”. Que na visão de Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 152): “a matéria de fato que fica excluída do âmbito dos recursos excepcionais é aquela cujo conhecimento pelo STF apenas levaria a um reexame de prova”.

Anteriormente, Teresa Arruda Alvim Wambier (2008, p. 245), afirmou ser os recursos especial e extraordinário:

Recursos de direito estrito, não se tratando de terceiro ou quarto grau de jurisdição; por corolário, o espectro do que pode ser trazido nestes recursos é deveras reduzido se comparado a um recurso de apelação, por exemplo, pois nos recursos excepcionais examina-se, fundamentalmente, os aspectos jurídicos da decisão recorrida.

Considerando os arts. 102, inciso III e 105, inciso III, previstas na Constituição Federal vigente, são os recursos excepcionais que têm fundamentação vinculada, ou seja, atrelada às hipóteses de cabimento.

Nesse diapasão, o posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno (2013, p. 249) é o seguinte:

Nos recursos de fundamentação vinculada, é imperioso à parte demonstrar um prejuízo específico, previamente valorado pelo legislador, sendo que, ausente este, não se abre a via recursal. São recursos, portanto, **que possuem como fim a correção de específicos vícios de atividade ou de julgamento, que, se ausentes, não dão margem ao contraste da decisão** (*grifos nossos*).

A compreensão, então, é de que quando da fundamentação livre existente nos recursos, é possível a alegação do recorrente de qualquer tipo de vício existente na decisão recorrida; já nos de fundamentação vinculada, cabe alegação por parte do recorrente somente de algumas matérias ou vícios expressamente designados pela norma jurídica (MEDINA; WAMBIER, 2013).

O que leva ao entendimento, então, da inexistência junto aos recursos especial e extraordinário de fundamentação vinculada, e, dessa forma, não visa à discussão da matéria de fato, mas, sim, a correção de aspectos jurídicos que foram considerados como julgados de maneira equivocada pelo juízo *a quo*.

No tocando ao sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, relacionados aos recursos excepcionais, estes seguem o rito constante nos arts. 541 e 542, do NCPC, uma vez que a Constituição Federal vigente não fez nenhuma menção de atribuição e procedimento diferenciado. E, dentro desse contexto, é possível a interposição dos recursos cíveis perante o próprio órgão que proferiu a decisão recorrida, inclusive perante o órgão que detém a competência de julgar o recurso; existindo casos em que o próprio órgão que proferiu a decisão julga o recurso interposto. O art. 542, do NCPC prevê ainda que estabelecendo após interposto esse recurso, deve ser aberta vista para o recorrido e os autos serão conclusos para admiti-lo ou não, em quinze dias com decisão fundamentada. Nesse momento, deverá o tribunal local proferir seu juízo de admissibilidade que possui características próprias, como por exemplo, o fato de ser provisório.

Assim, anteriormente, ao NCPC, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2013, p. 84), afirmaram que podem ocorrer três situações diante da interposição de um recurso:

No primeiro, onde o recurso é interposto perante o órgão que proferiu a decisão recorrida, sendo que a competência para julgá-lo é de órgão hierarquicamente superior; neste caso, ainda que a competência para falar sobre a admissibilidade e o mérito do recurso seja do juízo *ad quem*, permite-se, em regra, que também o órgão a quo, perante o qual o recurso é interposto, realize o juízo de admissibilidade; no segundo quando o recurso é interposto perante órgão hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão recorrida, e por aquele órgão é julgado (a exemplo, agravo de instrumento, conforme art. 524, *caput*), ou, então; terceiro, o recurso é interposto perante o órgão que proferiu a decisão recorrida, que tem competência para julgá-lo.

O entendimento é de que o juízo de admissibilidade desses recursos, assim, é bipartido (ou desdobrado), podendo ser realizado tanto pelo órgão a quo quanto pelo *ad quem* (exemplificando: agravo retido, apelação, recurso especial); e a ainda de que tal como ocorre com os embargos de declaração (art. 1.023, do NCPC) ou com os embargos infringentes previstos no art. 942, quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser

designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Considerando essas assertivas, Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 162), afirmou que:

Vê-se, portanto que o RESp e o REx têm o seu juízo de admissibilidade e de mérito bifurcados, havendo cisão entre os órgãos que os julgam; o Tribunal ou juízo a quo trata de analisar o juízo de admissibilidade, enquanto as Cortes Superiores, STJ ou STF, fazem o juízo de mérito.

Assim, entendeu-se, até o presente momento, a existência das principais características dos recursos excepcionais, no tocante às suas similaridades, pois são os recursos meios de impugnação de decisões insatisfatórias; os recursos excepcionais, por sua vez, os quais englobam o recurso extraordinário e especial.

E, nesse contexto, a diferenciação existente entre ambos é que são ordinários, em face das características que possuem rigidez nas regras formais e são dirigidos às Cortes Superiores (STJ e STF), e suas determinadas peculiaridades.

Dessa forma, discute-se a seguir a abordagem em torno da análise dos juízos de admissibilidade e de mérito nos recursos extraordinário e especial, caracterizando as diferenças existentes, incluindo o aprofundamento de cada uma de suas características.

2.3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE x JUÍZO DE MÉRITO

Na jurisprudência brasileira, os recursos excepcionais passam por dois crivos judiciais: o juízo de admissibilidade e, posteriormente, o juízo de mérito. Contudo, de forma notória, é sabido que estes dois juízos são discrepantes entre si, sendo, inclusive, realizado por órgãos diferentes.

No primeiro entendimento, compreende-se ser a diferenciação entre o juízo de admissibilidade e o de mérito, pouco relevante para análise dos recursos

excepcionais; no entanto, considera-se ser de suma importância compreender as disparidades entre ambos, bem como esta é tratada no direito pátrio.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 64), como jurista, salienta dois casos práticos, demonstrando a relevância que se deve dar para diferenciar o contexto entre os dois juízos, a saber:

A resolução do problema tem bastante relevância. Por exemplo, basta que se mencione o disposto no art. 500, III, do CPC, segundo o qual o recurso adesivo será conhecido caso também não o seja o recurso principal: não sendo conhecido o recurso principal, os dois recursos não serão conhecidos. Lembre-se, também, da questão atinente à definição do juízo competente para o julgamento de ação rescisória, cuja resolução dependerá do resultado do julgamento, quanto ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial.

No judiciário brasileiro o ajuizamento de ação deve, de forma impreterível, respeitar determinados requisitos (MEDINA, 2012; MIRANDA OLIVEIRA, 2013), que se encontram elencados no art. 319, do NCPD; da mesma maneira, para que se interponha recurso excepcional, também necessário se faz a observação de determinadas condições, as quais constituem o chamado 'juízo de admissibilidade' (TONIOLO, 2015).

O art. 319 estabelece os requisitos da petição inicial do procedimento comum, mantendo, com aprimoramentos, as exigências feitas pelo art. 282 do CPC de 1973. Quanto a este ponto específico, há (aparente) novidade no inciso II a respeito da necessidade de indicação do CPF ou do CNPJ (aparente porque esta obrigação já decorre do art. 15 da Lei nº 11.419/2006) e, esta sim, exigência nova, do endereço eletrônico do réu. O inciso VII merece também ser sublinhado porque permite ao autor já declinar, desde a petição inicial, se tem ou não interesse na audiência de conciliação ou mediação, que só se realizará se autor e réu a quiserem (art. 334, § 4º, I) (BUENO, 2015).

Quanto ao paralelo que pode ser traçado entre os pressupostos de admissibilidade do julgamento da lide e do recurso, bem como do mérito dos mesmos, Teresa Arruda Alvim Wambier (2008) é enfática quando afirma que pode ser feita analogia entre tais mecanismos.

Nesse diapasão, o posicionamento de Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 99), foi o seguinte:

O juízo de admissibilidade é a primeira etapa do recurso, quando verificar-se-á se restam cumpridos os requisitos impreteríveis ao julgamento do mérito do recurso. Já o juízo de mérito, por corolário, é a segunda etapa, quando se analisa a procedência do objeto do recurso.

Uma das características, observadas nos 102 e 105, ambos incisos III, da Carta Magna é em torno da natureza de excepcionalidade aos recursos especial e extraordinário é, justamente, os seus requisitos de admissibilidade. Estes não se limitam aos pressupostos gerais dos recursos, sendo-lhes exigido um plus, que consiste nas exigências específicas para sua admissibilidade (MANCUSO, 2013).

Entretanto, anteriormente, José Miguel Garcia Medina (2012, p. 64), reportando-se aos requisitos dos recursos, foi enfático salientando que:

A boa doutrina processualista subdivide seus requisitos em duas partes: os requisitos intrínsecos, quais sejam, relativos ao direito de recorrer – cabimento, legitimação para recorrer, interesse de recorrer e inexistência de fato impeditivo do poder de recorrer –, e os extrínsecos, pertinentes estes ao exercício do direito de recorrer – tempestividade, regularidade formal e preparo.

Corroborando com esse entendimento, Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 103), afirmou que:

Uma vez que o juízo de admissibilidade resta positivo, o órgão competente – aquele que deverá, por coação normativa, julgar o recurso, no caso, o STJ ou STF – realizará o juízo de mérito, julgando pelo provimento ou desprovimento do recurso interposto.

Entende-se que em relação ao juízo de mérito este se configura como simples verificação dos argumentos do recorrente, que culmina no acolhimento, ou não, dos pedidos existentes no recurso, pois complementando, o mesmo autor, disse que:

O conteúdo do juízo de mérito, portanto, é a matéria devolvida ao órgão competente com a interposição do recurso e que pode levar à anulação ou reforma da decisão impugnada. Com a ressalva dos embargos de declaração, que possuem o objetivo de esclarecer ou integrar a decisão, os demais recursos, todos, estão voltados sempre para a reforma ou para a anulação da decisão. Esta é a sua pretensão, seu objetivo e seu mérito (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 103).

Compreendendo as diferenças entre juízo de admissibilidade e de mérito, importante mencionar certas problemáticas existentes no direito pátrio, que são

decorrentes da especificidade nos recursos extraordinário e especial, quando do juízo de admissibilidade, pois para Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 104):

Os recursos excepcionais são recursos de fundamentação vinculada, ou seja, a legislação, ao estipular suas hipóteses de cabimento, limita sua argumentação; dessa maneira, o recorrente pode apenas alegar determinadas matérias ou vícios procedimentais, expressamente preconizados no ordenamento jurídico.

Entende-se que no recurso extraordinário, somente é possível se impugnar matéria de cunho constitucional, e, nesse caso, se torna uma etapa complexa para o juízo de admissibilidade, pois complementando, o mesmo autor, discorreu que: “Para que seja conhecido o recurso extraordinário, por exemplo, é necessário apenas que se alegue ter havido ofensa à Constituição. Demonstrá-la é problema de mérito (*op.cit.*)”.

Percebe-se a instauração da problemática, tendo em vista que a própria redação do art. 102, inciso III, da Constituição Federal vigente é confusa; possibilitando ao legislador a imposição como hipótese de cabimento do recurso extraordinário a contrariedade a dispositivo constitucional; no entanto, é importante ressaltar que a referida contrariedade é, também, o objeto a ser analisado pelo juízo de mérito, o que pode vir a causar problemas de ordem prática, considerados como muito sérios.

Ademais, tem se tornado uma constância que muitas das decisões dos tribunais superiores, deixando o conhecimento de lado dos recursos excepcionais, em face da inexistência de violação do dispositivo legal, passaram a utilizar a expressão “negar conhecimento”, quando, de fato, o mérito do recurso foi apreciado, sendo que a expressão que é considerada como mais adequada é a de “negar provimento”. E, mesmo, à primeira vista, esse equívoco se pareça simples pode vim acarretar, no futuro, alguns problemas práticos, referentes à ação rescisória e ao recurso adesivo.

De acordo com o que assevera Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 104), discorrendo sobre a indevida sobreposição do juízo de admissibilidade e de mérito, afirmou que esta traz consigo ao menos duas consequências de ordem prática: “a primeira que se relaciona com a competência para julgar eventual ação rescisória; e a segunda, com a sorte do recurso extraordinário interposto pela via adesiva”. Vale salientar, no entanto, que considerando o sistema de admissibilidade dos recursos

excepcionais ser bipartido, porque se divide em juízo de admissibilidade, realizado este pelos tribunais *a quo*, e juízo de mérito, feito pelos tribunais superiores, onde seu cumprimento do juízo de admissibilidade ocorre mediante a observância dos requisitos específicos e formais preconizados na Lei, enquanto o juízo de mérito está para a apreciação da matéria ventilada no recurso.

Há de se notar, no entanto, que a divisão existente entre o STF e STJ não é absoluta, tendo em vista a existência de situações em que o STJ, com a finalidade de cumprir o seu mister, acaba por manifestar-se sobre temas constitucionais (MANCUSO, 2013).

Não se pode olvidar que de uma forma ou de outra, há um cerne comum entre o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, tendo em vista que ambos visam a proteção do direito federal em sentido amplo. Mas, a diferença considerada com mais marcante vem a ser a relacionada à participação de competências entre os mesmos, pois o primeiro cuida, ante o STF, do direito constitucional, e, o segundo, do direito federal comum, perante o STJ.

Não se pode deixar de mencionar a existência da habilidade de diferenciação entre os referidos juízos, por ser considerada de grande relevância, tendo em vista que a sobreposição do juízo de admissibilidade e de mérito pode gerar problemas de ordem prática, a exemplo, da competência para julgamento da ação rescisória, incluindo o destino do recurso extraordinário pela via adesiva.

Por conta disso, o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 90) é de que se trata de recursos com origem e vários pontos em comum, devendo estas características ser analisadas, de forma acurada e compartilhada por ambos, a saber:

- a) Natureza Jurídica Excepcional; b) Impossibilidade de se discutir, em sede de Recurso Especial e Extraordinário, matéria de fato; c) Ambos os Recursos, Especial e Extraordinários, não têm como escopo a correção de injustiças cometidas na decisão recorrida; d) Esgotamento, Precedente das Instâncias Inferiores; e) Juízo de Admissibilidade Bipartido; f) Fundamentação normativa baseada na Constituição Federal; g) Inexistência de efeito suspensivo.

O entendimento, portanto, segundo a visão do referido autor, é de que esse núcleo comum que aproxima e harmoniza esses recursos, permite neles surpreender certas características, que por finalidade precípua explicar o porquê de

sua qualificação como excepcionais. E, como apresentam pontos em comum, poder-se-ia afirmar, então, que o Recurso Especial é uma variante do Extraordinário.

Daí, a importância da análise dos requisitos intrínsecos e extrínsecos, existentes no juízo de admissibilidade.

Em relação aos requisitos para a admissibilidade, os juristas brasileiros, como Pedro Miranda de Oliveira (2013) conhecem que para a interposição de recurso, necessário se respeitar determinados pressupostos processuais, sendo estes denominados pressupostos processuais genéricos. No entanto, para Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 255): Em se tratando de recursos de nomenclatura excepcional, este: “não basta à observância aos referidos pressupostos, sendo imprescindível que se respeitem também os requisitos específicos de admissibilidade”.

Anteriormente, José Carlos Barbosa Moreira (2012, p. 117), afirmou que: “o objeto do juízo de admissibilidade são os requisitos imprescindíveis para que se possa apreciar legitimamente o mérito do recurso, dando-lhe ou negando-lhe provimento”.

Tem-se, que os referidos pressupostos processuais genéricos podem ser, conforme afirmou Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ibidem*, p. 224), subdivididos em objetivos e subjetivos, sendo que são os objetivos:

a) cabimento e adequação (unirrecorribilidade, em regra);
tempestividade (sob pena de preclusão); b) regularidade procedimental (preparo, motivação, pedido de nova decisão e contraditório); c) inexistência de fato impeditivo ou extintivo (deserção, desistência, renúncia, transação), e os subjetivos: a) legitimidade (parte, MP e terceiro interessado); interesse decorrente do ‘fato objetivo da derrota’ ou frustração de expectativa entre o que foi pedido e o que foi concedido.

No que concerne aos pressupostos específicos de admissibilidade, o referido autor Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ibidem*, p. 225), afirmou que estes podem ser divididos em extrínsecos e intrínsecos, sendo os extrínsecos: “a) tempestividade; b) preparo; c) regularidade formal; d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e os intrínsecos: a) cabimento; b) legitimação para recorrer; c) interesse em recorrer”.

Observa-se a discrepância existente entre os posicionamentos dos autores de José Miguel Garcia Medina (2012), José Carlos Barbosa Moreira (2012) e

Rodolfo de Camargo Mancuso (2013) utilizam-se da dissociação dos pressupostos específicos de admissibilidade em intrínsecos e extrínsecos; entretanto, José Miguel Garcia Medina e José Carlos Barbosa Moreira (2012), incluem a inexistência de fato impeditivo, ou ainda, de extintivo do poder de recorrer nos pressupostos intrínsecos, enquanto Rodolfo de Camargo Mancuso (2013) utiliza a classificação de Nelson Nery Jr. (2007), colocando-o nos extrínsecos.

Diante dessas controvérsias e discrepâncias, importante analisar as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário, um dos requisitos intrínsecos que possui mais peculiaridades em comparação às outras modalidades recursais.

Em relação aos requisitos relacionados aos pressupostos de cabimento, este se encontra com maior descrição a seguir.

2.3.1 Pressupostos de Cabimento

As hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais estão previstas nos arts. 102 e 105, ambos incisos III, da Constituição Federal de 1988, dos quais se transcrevem:

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

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

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

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

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

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (BRASIL, 1988).

Partindo da análise do art. 102, alínea “a”, inciso III, da Constituição Federal de 1988, esta elenca as hipóteses consideradas de cabimento de recurso extraordinário, traçando-se paralelos em relação ao recurso especial. José Carlos Barbosa Moreira (2012, p. 580-581) salientou que: “enquanto as alíneas ‘b’, ‘c’ e ‘d’ são axiologicamente neutras, a alínea ‘a’ apresenta juízo de valor”.

De acordo com Zulmar Duarte de Oliveira Júnior (2014, p. 110), este demonstrou a existência de explanação diferenciada, apontando que: “enquanto no art. 102, inciso III, alínea ‘b’, ‘c’ e ‘d’ tem-se hipóteses de cabimento, o art. 102, inciso III, a conta com a única fundamentação possível: a contrariedade à CF”. Este parte, então, da alínea “a” para iniciar-se a análise das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, passando-se também pelo art. 105, inciso III, “a”, referente ao recurso especial.

Os dispositivos supramencionados (102, inciso III, alínea “a” e 105, inciso III, alínea “a”) são compreendidos como aqueles que preveem não apenas a hipótese de cabimento dos recursos excepcionais, mas, também, o seu fundamento, mesmo da existência de algumas dúvidas provenientes da redação dos referidos artigos.

E, ao mencionar a Constituição Federal de 1988, diferentemente da Carta Magna ab-rogada, não repetiu a cláusula limitativa que versava “causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais”, finalizando a nova redação na palavra “instância”. Dentro desse contexto, de acordo com Araken de Assis (2016, p. 738):

O art. 114, inciso III, da Constituição de 1967, já fazia menção às causas decididas por **‘outros tribunais e juízes’**, explicitando a possibilidade de recorrer de decisões de primeiro grau. O Ato Institucional nº 06, de 1969, contudo, suprimiu o texto **‘e juízes’**, o que levou o STF a aprovar a Súmula nº 527 a qual dizia que **‘não cabe recurso extraordinário das decisões do juiz singular’**. Com o advento da Constituição Federal de 1988, e sua redação neutra nesse sentido, mormente se comparada à do recurso especial, bem como com a revogação da Súmula 527, do STF (*grifos nossos*).

Entende-se, portanto que caberia recurso extraordinário em face de decisão de primeiro grau. Saliente-se que com a aprovação da Súmula 640 pelo STF, a qual enuncia: “é cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado

especial cível e criminal”, suprimindo qualquer dúvida que possa ter restado do texto constitucional.

Nesse contexto, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2013, p. 235), afirmaram que:

O ordenamento jurídico pátrio, portanto, prevê como cabível o recurso extraordinário das decisões proferidas nos embargos de “alçada” da Lei nº 6.830/1980 (art. 34) e das decisões proferidas nos juizados especiais (CF, art. 98, inciso I).

Considerando essa assertiva poder-se-ia entender que o recurso extraordinário é cabível em face de decisões monocráticas, como nos casos acima esposados, devido a não limitação no texto constitucional. Todavia, de forma errônea sobre esse entendimento, porque já existem decisões monocráticas de relator em tribunal, por exemplo, contra as quais não cabe recursos especiais, senão depois do esgotamento da instância, coma interposição de agravo interno e julgamento pelo órgão colegiado.

Posteriormente, quanto à expressão “contrariar”, vê-se que esta pode ter interpretações divergentes no que tange ao juízo de admissibilidade: para que seja cabível o recurso, a mera alegação de contrariedade é suficiente? Ou há que restar cabalmente provada para que o recurso seja admitido?

Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 111), apontou, alicerçados nas ideias anteriores de José Carlos Barbosa Moreira (2012), que:

A simples alegação já é suficiente para o cabimento do recurso, sendo que o panorama fica da seguinte forma: contrariar a Constituição ou lei federal é pressuposto para o provimento do recurso extraordinário/especial; para que haja o conhecimento, é suficiente a alegação.

José Miguel Garcia Medina (2012, p. 79), comungando do mesmo pensamento, quanto à hermenêutica do termo contrariedade, já adicionando que:

No recurso extraordinário, não basta a mera alegação de contradição à Constituição, sendo necessário, ainda, que a referida contrariedade ostente repercussão geral. Dessa maneira, tem-se que a questão constitucional suscitada não pode ser simples, devendo ser qualificada pelo requisito da repercussão geral.

Ainda na discussão terminológica, tem-se que o texto do art. 105, inciso III, aliena “a”, referente ao cabimento do recurso especial, conta ainda com outra

expressão, a de “negar vigência”. E ao reportar-se à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/1969, é possível verificar que se previa apenas a hipótese de negativa de vigência da lei federal como hipótese de cabimento do recurso especial (MEDINA, 2012).

Na redação da Constituição Federal de 1988, todavia, incluiu-se, no art. 105, inciso III, alínea “a”, os dois termos “contrariar tratado o lei federal, ou negar-lhes vigência (BRASIL, 1988)”, merecendo atenção, pois, obviamente, não se tratam das mesmas condições.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 227), aduz que o termo “contrariar”, à primeira vista, parece possuir maior abrangência do que “negar-lhe vigência”, pois que:

[...] contrariamos a lei quando nos distanciamos da *mens legislatoris*, ou da finalidade que lhe inspirou o advento; [...] negamos vigência a um texto, porém, quando declinamos de aplicá-lo, ou aplicamos outro, aberrante da *fattispecie*.

Resumidamente, para Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 116) compreendeu que contrariar o dispositivo da Constituição é:

Em seu íntimo, macular norma constitucional através de sua não aplicação ao caso em exame, quando deveria fazê-lo, ou com desvirtuamento do preceito constitucional, quando de sua aplicação no julgado. [E a negação da sua vigência, por sua vez, seria o mesmo que] negar a aplicação do texto legal no qual a parte estava realmente amparada para ter a causa decidida em seu favor, ou seja, deixar de reconhecer eficácia à norma legal aplicável ao caso concreto. É ignorar a lei que obrigatoriamente teria de ser aplicada.

Diversos doutrinadores, a exemplo, de Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 229), afirmou a negativa à vigência da lei federal não somente quando da decisão, afirmando esta não se encontrar em vigor, tendo em vista que já não vigora, ou ainda não vigora, mas, principalmente, pela não aplicabilidade da mesma, pois quando ela é aplicável, ou pretendendo ou fingindo aplicá-la, a iniciativa é oposta frontalmente do que tange *ipisi lieris* a extração do texto.

E no âmbito do STJ, a decisão foi a seguinte: “Processual civil – Honorários advocatícios. Não aplicar o art. 20, § 4º, do CPC quando a Fazenda Pública é vencida significa negar-lhe vigência. Recurso não conhecido (*op.cit.*)”.

Anteriormente, José Miguel Garcia Medina (2012, p. 81), chegou à conclusão de que:

Se ainda estivessemos à vigência da Constituição de 1967, seria deveras restrita a hipótese de cabimento do recurso especial, eis que só se daria em caso de negativa de vigência à lei federal. Com o advento da Constituição de 1988 e a colocação do termo '**contrariar tratado ou lei federal**', abriu-se um maior leque de possibilidades para a interposição do referido recurso excepcional.

Ainda, quanto ao recurso extraordinário, vê-se que a leitura do art. 102, inciso III, alínea "a", deve ser feita em consonância ao art. 102, § 3º, o qual impõe a impreteribilidade da repercussão geral para interposição recursal, qualificando, de certa forma, a mera alegação de contrariedade à Constituição (MEDINA, 2012); o entendimento é de que não basta somente a alegação de contradição à norma constitucional, esta deve ter um plus, ostentando repercussão geral.

Após a análise do art. 102, inciso III, alínea "a", segue-se, em sequência, ao art. 102, inciso III, "b", da Constituição Federal de 1988, o qual versa sobre a hipótese de cabimento em caso de "decisão que declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal". Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 270), fez destaque para duas questões: "a qual decisão se refere o texto constitucional, bem como se a declaração de inconstitucionalidade mencionada é a que se faz via direta ou incidental".

Ab initio, considerando o texto constitucional, tem-se que o propósito do recurso interposto no caso da aludida alínea é diretamente inverso ao previsto na alínea a, pois tem por fim questionar a inconstitucionalidade reconhecida por decisão recorrida. Segundo Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 122), existe a possibilidade de o texto: "ter a decisão de única ou última instância, ao solucionar a lide, quando declarou que determinado dispositivo de tratado ou lei federal é contrário ao texto constitucional". Assim, respondendo a esse questionamento, para que seja cabível o recurso, a mera alegação de contrariedade seria suficiente, Pedro Miranda de Oliveira (*op.cit.*), afirmou que:

A decisão a que se refere o texto constitucional é aquela que declara que o determinado dispositivo é contrário ao texto constitucional, não sendo cabível, por tal alínea, interpor recurso extraordinário contra decisão que afirmar a constitucionalidade de tratado ou lei federal.

Quanto ao segundo questionamento, há que restar cabalmente provada para que o recurso seja admitido, anteriormente, José Miguel Garcia Medina (2012, p. 90), enfatizou, de forma breve, que: "Se trata, restritivamente, o cabimento do

recurso extraordinário pela alínea b à hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Comungando do mesmo pensamento, Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 272), salientou que: “de declaração em via principal não se poderá cuidar, na hipótese, pois tal declaração – através de ação direta de inconstitucionalidade – é competência originária do STF, a teor do disposto no art. 102, I, a, da CF/1988”.

De posse da análise ao art. 102, inciso III, alínea “b”, segue-se com a análise da alínea “c”, a qual dispõe sobre decisão que “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”, aproveitando-se para abarcar também a alínea “d”, de redação similar (“julgar válida lei local contestada em face de lei federal”), que na análise paralela do art. 105, inciso III, alínea “b”, “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”, hipótese de cabimento de recurso especial incluída pela EC nº 45/2004 (MANCUSO, 2013).

Não é por acaso que se encontram similaridades nas redações acima transcritas, pois conforme enunciou Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 278):

Na Constituição Federal de 1967, as referidas hipóteses enquadravam-se todas no recurso extraordinário, em um mesmo dispositivo. Com a promulgação da Constituição de 1988, houve dissociação entre as hipóteses e, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, novo desmembramento, incluiu no art. 105 a alínea ‘c’.

A percepção que se tem é de que nos dois casos há um núcleo comum: “lei ou ato de governo local”; e um importante *discrímen*, que segundo o referido autor, no caso do especial, a validade do ato de governo local implicou na preterição da lei federal (art. 105, inciso III, alínea “b”); no caso do extraordinário, o contexto se bifurca, pois que: “(i) a decisão recorrida julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF (art. 102, III, c) ou (ii) a decisão recorrida julgou válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, d) (*op.cit.*)”.

Vale ressaltar que a EC nº 45/2004 trouxe significativas mudanças para as hipóteses de cabimento de recurso especial ou extraordinário, incluindo a alínea “d”, no art. 102, inciso III, da Carta Magna, estabelecendo que contra decisão final que julgar válida lei local contestada em face de lei federal, cabe recurso extraordinário, pois José Miguel Garcia Medina (2012, p. 87), explicou que as razões das alterações, das quais são controvérsias, pois que: “No caso, a controvérsia não concerne meramente à legislação infraconstitucional”.

Em verdade, a disputa diz respeito à distribuição constitucional de competência para legislar. Entende-se, então, que se lei local está sendo contestada em face de lei federal, se deve ao fato daquela tratar de matéria que, por ordem constitucional, deveria ter sido tratada por esta. Paralelamente a análise do art. 105, inciso III, alínea “b”, tem-se que a referida EC versou sobre o cabimento de recurso especial contra acórdão que reputa válido ato de governo em face de lei federal; assim, a admissibilidade do recurso especial é restrita às hipóteses em que tenha prevalecido, equivocadamente, ato de governo local (ato, portanto, considerada infralegal) em face de lei federal (MEDINA, 2012).

Em suma, o posicionamento, sobre essa questão, trazido por Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 279), reporta-se ao verdadeiro sentido da alínea “b” do art. 105, inciso III, da Carta Magna, que não resulta muito claro à primeira vista, mas o que o constituinte quis dizer se bifurca em duas possibilidades:

a) o acórdão recorrido teve por inválido o ato de governo local, no confronto com uma lei federal; essa hipótese afasta o recurso especial porque aí não se contrariou nem se negou vigência a uma lei federal, mas, ao contrário, com isso se prestigiou a normação federal; b) a decisão julgou válida (entenda-se: fundou-se em) lei local, não recepcionando, pois, a alegação de que ela afrontava lei federal. Aqui, sim, surge a “questão federal”, em sentido largo, porque, então, privilegiou-se a normação local em detrimento da federal, e então se admite o recurso extraordinário para que o STF verifique se a opção feita no julgado recorrido estava correta ou se o afastamento da lei federal na espécie foi equivocado (art. 102, III, d); idem, se se prestigiou o ato de governo local, contestado em face da CF (art. 102, III, c).

Resumidamente, o entendimento é de que o art. 102, inciso III, alínea “c”, do referido instituto, versa sobre a hipótese de cabimento do recurso extraordinário quando o acórdão declara validade de lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição, de forma que o recorrente buscaria, na interposição do recurso, a declaração de invalidade da referida lei ou ato do governo local, conforme já salientou Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 215) que:

A via reversa, por sua vez, não seria possível – tribunal local negou aplicação de lei ou ato de governo local por julgá-los inválidos, recorrente deseja a validade –, pois não haveria ofensa à Constituição, não sendo cabível, por corolário, o recurso extraordinário.

Anteriormente, José Miguel Garcia Medina (2012, p. 87), afirmou que:

O art. 102, III, d, relaciona-se à validade de lei local em face de lei federal, sendo cabível o recurso extraordinário, pois se trata de controvérsia a respeito de distribuição constitucional de competência. Já o art. 105, III, b, abarca a questão da validade de ato do governo local em face de lei federal, uma vez que se trata de disputa entre ato infralegal em face de lei federal.

Ao finalizar a análise das hipóteses de cabimento, resta apenas tratar do art. 105, inciso III, alínea “c”, o qual enuncia que cabe recurso especial ao STJ quando a decisão recorrida “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. A referida alínea advém das Constituições pretéritas, tendo deslocado a competência para julgar as divergências jurisprudenciais para o STJ, que Osmar Mendes Paixão Côrtes (2014, p. 146), entende que:

Obviamente, depreende-se do texto constitucional que a função precípua do art. 105, III, c é a uniformização da jurisprudência no âmbito nacional, visando dar à norma jurídica um único sentido entre os vários que se lhe podem atribuir, sempre relacionando-se a unidade com a constância da realidade social que, se alterada, levará a outros posicionamentos.

Contudo, é possível observar, também, que o recurso especial limita-se às divergências jurisprudenciais da lei federal, não abarcando, aliás, as súmulas. Araken de Assis (2016, p. 836), lecionou que o recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial presume a existência de quatro requisitos simultâneos: “a identidade do objeto do dissídio, a natureza federal do dissídio, a atualidade do dissídio e a diversidade de tribunais do dissídio”.

Já quanto à identidade do objeto do dissídio, tem-se que o acórdão impugnado e o paradigma devem fazer referência à aplicação da mesma lei federal (regra ou princípio); ou seja, só há recurso especial baseado em dissídio jurisprudencial quando se verificar diferentes soluções para uma mesma questão, e não soluções idênticas para questões diferentes. E, no que concerne à natureza federal do dissídio, assevera Araken de Assis (2016) que a divergência deve repousar sobre questão federal, exclusivamente, escapando os dissídios da Constituição Federal e direito local da competência do STJ, cabendo dirimir seus dilemas ao STF e aos tribunais locais, respectivamente.

Sobre a atualidade do dissídio, faz-se mister que a questão ainda não haja sido dirimida pelo STJ, apresentando-se atual. Nesse sentido segue a Súmula

83, do STJ, que versa: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Por fim, da diversidade de tribunais no dissídio, Araken de Assis (2016, p. 841), apontou que o acórdão sobre o qual se diverge deve ter sido prolatado por “outro tribunal”, sendo que os exarados pelo mesmo tribunal não servem como paradigma, pois que:

O dissídio composto pelo especial pode ocorrer **‘entre dois tribunais federais’** – ressalva feita à colação de julgado paradigma oriundo de tribunais trabalhistas, conforme fixou a Súmula do STF n. 432 –, **‘entre um tribunal federal e outro local, ou entre tribunais locais de distintas unidades federadas, ou da mesma unidade’** (*grifos nossos*).

Mas, a conclusão sobre a questão em voga, trazida por Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 308), é de ao se transmutar a legislação constitucional, atribuindo a competência do julgamento de divergências jurisprudenciais a nível federal para o STJ e não se prevendo o mesmo para as mazelas constitucionais e as consequência são:

a) o dissenso pretoriano passou a referir-se apenas à lei federal *stricto sensu*, como fundamento específico de recurso especial; b) o STJ não pode conhecer de recurso especial fundado em divergência de interpretação de texto constitucional, porque essa hipótese não está prevista nos permissivos que regem esse recurso; c) o STF procede, indiretamente, à uniformização da interpretação do texto constitucional, quando conhece de extraordinário interposto com base em qualquer das alíneas do art. 102, III.

Assim, percebe-se que o dissídio pretoriano, mesmo que baseado em norma constitucional, não configura hipótese autônoma de cabimento de recurso extraordinário, pois, na condição de guardião da Constituição, o STF pode interpretar a decisão com base em quaisquer das alíneas do art. 102, inciso III, da Constituição Federal.

3 O PREQUESTIONAMENTO

Este Capítulo discute três pontos articulados entre si: o primeiro que traz as definições jurídicas do prequestionamento; o segundo, a repercussão do breve histórico, no que concerne a classificação e espécies de prequestionamento, bem como seu debate entre as partes no curso da demanda; e por fim, o terceiro que finaliza com a abordagem sobre o prequestionamento enquanto declaração e fruto das atividades jurisdicionais, no que concerne à exigência em constar nas decisões objurgada.

3.1 HISTÓRICO DO PREQUESTIONAMENTO E SUAS DEFINIÇÕES JURÍDICAS

De início necessário se faz abordar, brevemente, a retrospectiva relacionada ao processo a partir da análise da sua evolução para obtenção de elementos que propiciem auxiliar/deem suporte para as argumentações que serão trazidas sobre o prequestionamento.

De acordo com Anselmo Pietro Alvarez e Wladimir Novaes Filho (2008, p. 62), afirmaram que anteriormente a resolução das lides ocorria através da autotutela ou autocomposição, onde:

Esta caracterizada por ser uma ação em que um dos indivíduos, ou ambos, abrem mão do seu interesse por inteiro ou de parte dele para não entrar em conflito com outrem e aquela por ser um método mais primitivo, nascido com o homem na disputa dos bens necessários à sua sobrevivência, impõe sacrifício ao interesse alheio, representa a prevalência do mais forte sobre o mais frágil.

Percebe-se, então, que na medida em que uma determinada pessoa se sentisse lesada por outrem, esta deveria, mediante meios e forças próprios, buscar a solução do conflito. Ou seja, era as lides dirimidas entre os próprios particulares e, dessa forma, não necessitava de um terceiro intervindo na lide.

Com o passar do tempo surgiu a jurisdição do Estado quando os cidadãos em conflito compareciam perante o pretor comprometendo-se a aceitar o que fosse decidido. As partes escolhiam um árbitro que recebia do pretor o encargo de decidir a causa. Era uma participação mínima do Estado, que depois evoluiu para uma participação maior passando-se da justiça privada para a justiça pública, onde o Estado impunha sobre os particulares a solução para os conflitos, atividade denominada jurisdição (ALVARES; NOVAES FILHO, 2008).

Estudos feitos por Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim (2013, p. 397), mostraram que a partir dessa substituição às partes, coube ao Estado a tarefa de administrar a justiça, focando em dirimir as lides, em face da necessidade jurídica de se impedir que a prática da autodefesa, levasse a sociedade à desordem oriunda da inevitável parcialidade da justiça feita com as próprias mãos. E, o Estado, na tripartição de poder, passou a conferir ao juiz, sendo este representante do Estado, o poder que na verdade é um dever de dirimir esses litígios, pois que:

Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.

Nesse diapasão, o nascimento do judiciário foi em meio a um consenso social, cuja visão consistia na proteção do Estado frente ao direito dos particulares, tendo em vista ser o judiciário o meio pelo qual o Estado tem acesso aos conflitos; isto é, caracteriza-se como a forma da sociedade encontrar a proteção almejada para o seu direito.

Neste sentido, considerando as afirmações trazidas por nas palavras de Manoel Antônio Teixeira Filho (2014, p. 69) tem-se que:

[...] existe o processo o qual tem como objetivo ser um instrumento, ser o meio pelo qual se alcança o direito material concretizando, assim, o acesso à justiça. Porém, é da natureza humana não se contentar com uma decisão quando essa é desfavorável a ela, sendo assim surgiram os recursos que tiveram a sua origem na expressão

latina *recursus*, a qual nos remete ao sentido de 'repetição de um caminho'.

A percepção que se tem é do significado real que tem o instrumento processual do recurso, o que de fato realmente se deseja, nada mais é do que a obtenção de uma nova decisão e mais favorável ao interesse do recorrente, pois que os recursos podem se resumir na possibilidade de ter uma decisão revista por um órgão hierarquicamente superior ao prolator da decisão (BASTOS, 2010). E, nesse contexto, encontra-se os recursos ordinários dos quais são os interpostos contra decisões de primeira e segunda instância e os excepcionais ou extraordinários *latu sensu* cuja competência se encontra no STF e no STJ, o prequestionamento.

Anteriormente, de acordo com Cassio Scarpinella Bueno (2002, *on-line*), afirmou que:

Os recursos excepcionais são aqueles constantes nos artigos 102 e 105 da Constituição, nestes, porém, não se reanalisam matérias de fatos e nem de provas, não funcionam, portanto, como um terceiro grau de jurisdição tendo em vista que a devolução da matéria não é ampla. Esses recursos são na verdade uma forma de fazer valer as garantias constitucionais como o artigo 5º, incisos XXV, LV, LIV, II da CF.

Saliente-se que na verdade esses instrumentos servem para propiciar a garantia da prestação jurisdicional e que esta seja entregue com celeridade e justiça, pautadas na segurança jurídica, em face de transmitirem a sensação de proteção contra qualquer arbitrariedade quanto da aplicação da lei ao direito, pois que analisando a assertiva do referido autor, o entendimento é de que a análise desses recursos encontra-se restrita e se delimitada pela matéria trazida no prequestionamento do dispositivo constitucional ou federal suscitado pela parte.

Outrossim, as referidas Cortes só podem versar sobre matérias que já foram amplamente analisadas pelas instâncias *a quo*, das quais se chega a esse julgamento mediante a redação dos arts.102, inciso III e 105, inciso III, da Carta Mana vigente, que dispõe sobre os requisitos necessários para admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário.

Dentre esses, o recurso extraordinário, juntamente como o próprio STF, tiveram origem no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 848 de 1890, sendo este importado do direito norte-americano, mais especificamente da Lei

judiciária norte-americana, “*judiciary act*”, de setembro de 1789, que admitiu recurso das decisões da justiça estadual para a corte suprema, e que recebeu o nome de “*writ of error*”. Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2015, p. 125):

Este recurso teve origem na necessidade de autopreservação do sistema federativo norte-americano, pois as unidades federativas possuíam tribunais próprios com competência para aplicar direito local e federal, podendo desagregar a federação. Sendo assim, o ‘*writ of error*’ assegurava a supremacia do direito federal sobre o direito local, além de uniformizar o direito federal nos Estados Unidos da América do Norte.

Nas palavras do ministro Alfredo Buzaid, relator do AgRg ERE 96.802, 1983, do STF: “[...] 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*”. Nota-se que para grande parte da doutrina e jurisprudência a origem do prequestionamento foi juntamente com o recurso extraordinário, em face deste se enquadrar como um dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários.

O requisito do prequestionamento esteve presente como indispensável à interposição do recurso extraordinário nas Constituições de 1891 (art. 59, § 1º, alínea a) dando sequência ao que já constava na legislação infraconstitucional, assim também fizeram as Constituições de 1934 (art. 76, inciso III, alíneas a e h) e de 1937 (art. 101, inciso 111, alíneas a e h). E, inexistia na vigência dessas Cartas, grandes controvérsias quanto ao tema, haja vista sua expressa previsão nas mesmas (SOUZA, 2008).

A partir da Constituição de 1946, diferentemente das demais, o texto não mais trouxe de forma expressa essa obrigatoriedade, despertado, na doutrina e na jurisprudência, divergências de sua obrigatoriedade e até da constitucionalidade de sua exigência. Ressalte-se que a Constituição de 1967 que foi alterada pela EC nº 1 de 1969, retirou definitivamente do texto constitucional a expressão “questionar”, o que permaneceu até os dias de hoje na Carta Magna de 1988 (SOUZA, 2008).

Nesse diapasão, a conclusão primária que se chega é de que o prequestionamento sempre esteve no ordenamento jurídico brasileiro como pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinários, é da própria natureza desse recurso tendo por base inclusive o direito comparado observando a Suprema

Corte dos Estados Unidos e, também, da Argentina, não sendo, portanto, um mero mecanismo criado pelo STF.

Assim, tem-se que no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do prequestionamento foi inserido desde que se previu pela primeira vez a modalidade de recurso extraordinário, na Constituição de 1891, que em seu art. 60, § 1º, alínea “a”, prescrevia, segundo Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza (2008, p. 18) que: “Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)”.

E, como demonstrado, passado os tempos, houve a cerceamento desse termo nas Cartas Magnas subsequentes, suscitando diversas dúvidas no que concerne a exigibilidade. E, na atualidade, o instituto do prequestionamento em si chega a ser considerado como polêmico, em face dos diversos entendimentos doutrinários, e da divisão existente entre as correntes, das quais consideram sua necessidade ou não, e ainda, sua classificação como requisito de admissibilidade ou apenas como meio para atingir o requisito da causa decidida, que será explanado de forma mais efetiva em item próprio.

De todo o exposto, cabe diversos questionamentos, principalmente no que diz respeito se seria o prequestionamento um pressuposto de admissibilidade dos recursos excepcionais, mesmo de posse do entendimento de que este não chega a ser um pressuposto de admissibilidade recursal, tendo em vista faltar a este não somente autonomia, mas, sobretudo, subsistência própria.

É apenas um dois meios para se chegar ao requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, aqui discutidos – Extraordinário e Especial –, que é propriamente dito o cabimento dos recursos. E, com isso, criou-se um falso problema no direito processual civil, quando da discussão em torno do prequestionamento quanto ao seu aspecto de forma semântica e, em outras vezes quanto à sua menção expressa ou não no texto constitucional.

Não se pode olvidar, e como bem mencionado anteriormente, na análise feita dos pressupostos de cabimento dos recursos excepcionais, o prequestionamento se caracteriza como uma exigência em relação à questão constitucional e/ou federal, relacionadas aos Recursos Extraordinário e Especial e, que tenha sido de forma prévia decidida pela decisão recorrida, prolatada em última ou única instância.

E, mesmo havendo discordância da temática na doutrina e jurisprudência, quando à discrepância da natureza do instituto, bem como a forma de sua verificação, é perceptível na Carta Constitucional vigente, a abertura para muitas questões, a exemplo, de ser envolve todas as matérias que são simplesmente discutidas durante o processo? Se esse instituto está relacionado para com toda e qualquer decisão objurgada? Ou se seria o prequestionamento uma exigência da matéria do mérito recursal, anteriormente discutida pelas partes, mencionadas na decisão?

Nesse diapasão, buscando uma definição, dada a gradual supressão do termo questionamento dos textos Constitucionais Federais que surgiram no meio doutrinário nas últimas décadas, traz à baila várias opiniões de que o prévio questionamento, ou simplesmente, prequestionamento, não seria mais necessário, instalando-se uma enorme celeuma, em face da jurisprudência do STF, conhecedora da opinião doutrinária dominante, passou a adotar o entendimento de que o prequestionamento, mesmo com a eliminação do vocabulário questionamento do texto constitucional, ainda seria exigível.

Com esse posicionamento, a referida Corte passou a asseverar que a expressão “causas decididas” guardaria o mesmo significado e função da palavra prequestionamento, não podendo deixar de mencionar que em consequência da exatidão e discordância generalizada sobre o prequestionamento, as Súmulas 98 e 211, ambas do STJ, e 282 e 356, do STF, são consideradas como insuficientes para dirimir a enorme controvérsia instalada, e por conta disso, encontra-se na doutrina e jurisprudência brasileira, diferentes acepções de prequestionamento.

Outrossim, diante do inobstante o silêncio, a corrente em favor da continuidade da exigência, utilizada pelos doutrinadores brasileiro, sobretudo por força da jurisprudência.

E, dessa forma, quanto à sua conceituação, importa registrar que, segundo Jean Alves Pereira Almeida (2011, p. 81): “um dos problemas mais complexos no processo civil é o relativo à definição de prequestionamento, porque vários sentidos são dados a essa expressão, na doutrina e na jurisprudência”.

Nas palavras de Luís Eduardo Simardi Fernandes (2012, p. 57):

Muitos doutrinadores discutem o real significado da expressão ‘prequestionamento’, e três correntes se formaram. Para alguns, consiste o prequestionamento na necessidade de que a matéria federal ou constitucional tenha sido suscitada pelas partes antes do

juízo da decisão recorrida. Outros sustentam que a sua presença depende não apenas da matéria ter sido suscitada pelas partes, mas, também, do fato de ter sido efetivamente decidida pelo aresto recorrido; finalmente, segundo o entendimento defendido por uma terceira corrente, para que a matéria seja considerada prequestionada suficiente que tenha sido ela decidida, independentemente, de ter sido previamente levantada ou debatida entre as partes.

Para Maria Silvana Felten (2012, p. 97) o prequestionamento é: “a exposição, no teor da decisão recorrida, das matérias essenciais à sua fundamentação”, dos quais estão sendo objeto de recurso. Esclarecendo, o conceito supra mencionado, embora majoritariamente aceito na doutrina e jurisprudência brasileira, não é unânime e, dessa forma, não pode ser esquecida a interpretação da corrente minoritária que concebe no prequestionamento uma atividade exclusiva da parte, segundo a qual o simples debate do tema ao longo de processo, ainda que por parte de apenas um dos contendores, supriria a exigência.

A questão é bem resumida por Maria Silvana Felten (*Ibidem*, p. 99), quando trouxe a baila o entendimento de duas correntes doutrinárias, a saber:

A primeira corrente se ajusta ao estrito sentido etimológico do termo ‘**prequestionar**’, bastando que o dispositivo sobre o qual é interposto o recurso tenha sido mencionado no curso da demanda, independentemente de recurso anterior. Na segunda vertente, torna-se imprescindível que, em decisão pretérita, o tribunal, *a quo* tenha se pronunciado sobre o tema recorrido, sendo prévia não a pretensão do recorrente, mas também o momento processual imediatamente anterior ao recurso excepcional. Com efeito, essa é a corrente que atualmente prevalece, sendo exigido um debate, no acórdão recorrido, daqueles dispositivos de lei que serão os futuros fundamentos do recurso excepcional (*grifos nossos*).

O entendimento, portanto, é de que na primeira corrente encontra-se o sentido de ser suficiente ao recorrente suscitar a questão em face anterior à interposição recursal; já na segunda corrente, de que exista julgamento expresso sobre o tema que se pretende revisitar.

O conceito do prequestionamento trazido por Cássio Scarpinella Bueno (2013, p. 238): “[...] impõe a necessidade de que a tese de direito constitucional ou infraconstitucional federal que veiculada do inconformismo haja sido enfrentada pela instância inferior, constando expressamente da decisão atacada”; chegam ao entendimento de que sem o próprio recurso especial ou extraordinário não será conhecido.

A corrente para a qual o prequestionamento é alcançado por meio da atuação processual das partes, hoje sem prestígio jurisprudencial, denota a antiga concepção do prequestionamento, utilizando a expressão como manifestação das partes a respeito da questão. Nessa mesma sustentação, Jaqueline Brizante Orteney Hipólito (2013, p. 65), numa abordagem específica sobre a temática, trouxe o esclarecimento da evolução ocorrida quanto ao significado do prequestionamento:

A noção de prequestionamento, como o próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo um elemento que dizia respeito à atividade das partes. As partes é que questionam/discutem ao longo do processo. No entanto, com o decorrer do tempo, prequestionamento passou a se referir à obrigatoriedade de que conste na decisão impugnada a questão federal ou constitucional tida como violada. Dessa feita, como explicado, a conceituação inicial de prequestionamento não é a que hoje vigora majoritariamente em nossa doutrina e em nossos tribunais, mas sim, aquela que considera satisfeito o requisito quando o órgão judiciário emite juízo de valor sobre a temática.

Nesse sentido, a doutrina majoritária e jurisprudência superior enxergam o prequestionamento como o debate da questão no acórdão recorrido, o STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 551.683/RS, cujo Relator foi o Ministro Humberto Martins, no julgamento de data de 16.09.2014. DJ 23.09.2014, se pronunciou da seguinte forma:

Ementa: [...] A configuração do prequestionamento pressupõe debate e decisão prévios pelo colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a análise sobre a violação dos preceitos evocados pelo recorrente.² . Verifica-se que a Corte de origem não analisou, ainda que implicitamente, os arts. 2º, 3º, I, 4º, V, e 43, I, da Lei n.9.394/95. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. [...] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. ARE 835362 AgR.Relator: Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 21.10.2014. DJ 04.11.2014. Ementa: [...] A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário [...].

Já em relação à doutrina majoritária e jurisprudência superior enxergam o prequestionamento como o debate da questão não como atividade da parte (MEDINA, 2012). A corrente majoritária na jurisprudência entende que o

prequestionamento consiste na previsão da questão federal ou constitucional na decisão recorrida, independentemente disto se dar ou não por manifestação da parte. Sendo assim, seria o prequestionamento ato atribuído ao tribunal recorrido.

Assim, a ótica amplamente utilizada, para admissão, quer do recurso especial, quer do recurso extraordinário, segundo Zulmar Duarte de Oliveira Júnior (2014, p. 813), afirmou que: “Não é suficiente que os litigantes tenham debatido matéria federal ou constitucional, mas imprescindível que, efetivamente, o tema tenha sido enfrentado no acórdão vergastado”. Ou seja, o entendimento é de que o prequestionamento é a indispensabilidade da questão veiculada no recurso ter sido discutida no provimento objurgado.

Existe, portanto, uma diversidade de entendimentos e, que se torna difícil conceituar o que seria prequestionamento e, conseqüentemente, o seu fundamento normativo; mas, imperioso se faz mencionar que na verdade, a origem do problema se encontra na forma como é utilizada a palavra “prequestionamento”, que está enquanto debate entre as partes durante o curso da demanda e, dessa forma, antes da prolação da decisão judicial em última ou única instância.

Segundo Maria Eduarda Andrade e Silva (2014, p. 2):

[...] cremos que inexistente nenhum objetivo concreto e útil a ser alcançado com o prequestionamento, afora o meramente formal, consubstanciado no conhecimento do recurso. A própria admissão do prequestionamento ficto, isso é, aquele que dispensa o efetivo debate da matéria na decisão recorrida, comprova a ausência de propósito útil ao requisito.

Ainda, necessário introduzir o tema das questões de ordem pública e a necessidade de serem prequestionadas, porquanto podem ser deduzidas de ofício pelo magistrado.

3.2 BREVE HISTÓRICO E ATUAIS ENTENDIMENTOS JURÍDICOS E DOUTRINÁRIOS DO PREQUESTIONAMENTO: REPERCUSSÃO

Os operadores de direito tem conhecimento que o prequestionamento é compreendido como um requisito específico de admissibilidade, tanto para o recurso

extraordinário quanto para o recurso especial. Entretanto, necessário se faz, um breve retrospecto histórico de tal requisito, com a finalidade de melhor compreensão do seu significado no atual ordenamento jurídico.

Como já mencionado, houve previsão do prequestionamento na primeira Carta Magna que preconizou o recurso extraordinário; a Constituição de 1891, em seu art. 59, inciso III, § 1º, alínea “a”, que estabelecia que o recurso era cabível “quando se questionar sobre a validade e a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal dos Estados for contra ela”.

Dessa forma, o entendimento de José Miguel Garcia Medina (2012, p. 110), é da existência de dois núcleos: “o fato de se questionar a validade de tratado ou lei federal, bem como o de que a decisão recorrida deve ser contrária à validade de tratado ou lei federal”.

A Constituição de 1946 trouxe certa inovação à redação do artigo que tratava das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, enunciando que este tinha vez quando “quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada” (art. 101, inciso III, alínea “b”).

Complementando, José Miguel Garcia Medina (2012, p. 200), afirmou que: “Com a supressão do termo “questionar” do texto legal, surgiram diversos entendimentos, com, inclusive, alguns doutrinadores acreditando ser preterível o prequestionamento”. Percebe-se, porém que a jurisprudência brasileira, não comungou do entendimento, direcionando-se no sentido da exigência implícita do prequestionamento pelas partes.

As Constituições posteriores continuaram a suprimir o vocábulo questionar do texto constitucional, o que colocou em xeque a sua necessidade na interposição do recurso extraordinário. Osmar Mendes Paixão Côrtes (2014, p. 111) demonstrou, com o auxílio de Antônio de Pádua Ribeiro, que, após a Constituição de 1967 “houve quem sustentasse a desnecessidade do prequestionamento. Isso porque a referida Constituição não faz referência à palavra ‘questionar’”.

Apesar da supressão do termo “questionar” na Constituição Federal de 1946 e Constituição Federal de 1967, segundo José Miguel Garcia Medina (*op.cit.*):

[...] parecia inexorável o entendimento jurisprudencial que enunciava sobre a necessidade rígida do prequestionamento para admissibilidade dos recursos excepcionais; salienta-se que algumas vozes fortes da doutrina já se mostravam contrárias a tal

entendimento, contudo, a jurisprudência já se encontrava sedimentada, ocasionando a edição das Súmulas 282 e 356.

A percepção que se tem é que antes da Constituição Federal de 1946, a doutrina era pacífica no sentido da necessidade do prequestionamento e da admissibilidade do Recurso Extraordinário quando a questão constitucional ou federal aparecesse na decisão recorrida sem a provocação das partes. Incide, portanto, em divergência doutrinária e jurisprudencial, exacerbando-se a importância do prequestionamento como atividade das partes e tornando-se mais importante para a jurisprudência que a questão tivesse sido suscitada do que a presença da questão federal ou constitucional na decisão recorrida.

Quanto à necessidade de prequestionamento, muitos autores se manifestaram, destacando-se alguns entendimentos. Para Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 290-291), o do Min. Eduardo Ribeiro de Oliveira, do STJ e, posteriormente, o do Min. Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite, a saber:

O Min. Eduardo Ribeiro de Oliveira, do STJ expõe que: 'tendo o prequestionamento a apontada razão de ser fundado no direito positivo constitucional, forçoso concluir que sua exigência é indeclinável'. Já o Min. Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite, por sua vez, postula de forma mais moderada, entendendo que o prequestionamento é ainda atual, pois **'decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importando o silêncio da Constituição'**, contudo, tal exigência deve ser 'escoimada, porém, dos exageros do formalismo', quais sejam estes a 'indicação expressa do artigo de lei, [...] e a necessidade de oposição de Embargos de Declaração, para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido' (*grifos nossos*).

O prequestionamento, porém, continua, porque não é exigência descabida, mas serve para colocar freio a situações sem sentido processualmente, pois, se assim não for, a controvérsia não fica circunscrita à propositura da ação e à contestação, alargando-se assim, de modo sem limite, para surgirem questões novas apenas no final da causa, em verdadeira surpresa para o adversário, tumultuando o processo. O mesmo requisito serve para o recurso especial pelo objetivo similar ao recurso extraordinário.

Nesse movimento é que se passou a exigir que, caso as partes não tivessem feito o prequestionamento da matéria, mas o Tribunal tivesse resolvido determinada questão federal ou constitucional, ainda assim a parte deveria prequestionar, através dos Embargos de Declaração prequestionadores.

Para Osmar Mendes Paixão Côrtes (2014, p. 111), o requisito do prequestionamento, todavia, persistiu, por acreditar-se já estar arraigado em nosso sistema jurídico, pois que:

Nas palavras de Antônio de Pádua Ribeiro, 'Sem que, concretamente, o acórdão haja apreciado as questões pertinentes aos citados objetivos, consubstanciados nas três letras do permissivo constitucional, não há ensejo para a atuação da jurisdição excepcional competente'.

Hodiernamente, os entendimentos sobre o prequestionamento se multiplicaram e evoluíram, contando-se com diversas correntes doutrinárias para explicar o referido requisito que não se encontra, literalmente, positivado, havendo determinadas teses que mereçam destaque. Para José Miguel Garcia Medina (2012, p. 112):

[...] grande embate de ideias polariza-se entre aqueles que defendem que o prequestionamento é decorrente de manifestação do Tribunal a quo a respeito da matéria federal ou constitucional, e os que sustentam ser o prequestionamento tarefa que incumbe à parte, devendo, portanto, ser provocada por esta.

Saliente-se, então, que mediante quaisquer dos entendimentos acima descritos, não se faz óbice à aplicação da Súmula 282, do STF, a qual enuncia que “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Mediante a leitura da referida Súmula, José Miguel Garcia Medina (2012, p. 113), afirmou: “a existência da necessidade da questão ser suscitada, ou seja, a parte deve tê-la levantado, em algum momento do processo. Ainda, a decisão recorrida deve ter feito manifestação a respeito da referida questão federal”. Todavia, deve-se compreender, também, que apesar do disposto na súmula, não se ficou claro em qual dos dois momentos se perfectibiliza o prequestionamento.

O prequestionamento é passível de entendimento da razão pela qual o tema causa tantas dúvidas e cria inúmeras vertentes, pois complementando, o referido autor, José Miguel Garcia Medina (*Ibidem*, p. 114), apontou que:

A incerteza sobre o prequestionamento reside no alcance do termo questão federal, o qual, à primeira vista, parece se referir apenas à contestação de ponto alegado pelas partes, contudo, também é cabível quando o juiz tenha suscitado a dúvida sobre determinado ponto.

Não se pode deixar de mencionar a expressão no dispositivo constitucional que enseja ainda mais dúvidas e que tange diretamente ao prequestionamento, que é o conceito de “causa decidida”; a CF, ao tratar da competência do STF e do STJ, aponta que lhes cabe julgar “as causas decididas, em única ou última instância, [...]” (arts. 102, inciso III e 105, inciso III, CF).

Para Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 169), está iniciando tratando do conceito de causa, o qual deve ser encarado da forma mais ampla possível, pois que: “O termo abarca a totalidade dos processos em que haja sido proferida decisão jurisdicional, independentemente de ser no âmbito contencioso ou voluntário, bem como abrange também as hipóteses em que não houve julgamento do mérito”.

E, ainda, não se limita também, no referido termo, a natureza do processo, podendo ser cognitivo, execução, cautelar ou procedimento especial, assim como o tipo de decisão (terminativa, definitiva, interlocutória). Ou seja, causa é a existência de uma questão, de uma controvérsia judicial (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013).

Assim, qualquer decisão judicial, seja sentença, seja decisão interlocutória, pode ser alvo de recurso excepcional, excluindo-se, portanto, as possibilidades de interposição de RESp e REx em face de decisões administrativas proferidas por “tribunais” administrativos, como Tribunal de Contas, Tribunal Marítimo, entre outros, pois que a percepção que se tem, então, é de que ainda, não é suficiente à interposição de recurso excepcional a existência de causa, é necessário que a causa tenha sido decidida. E, dessa forma, Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 171), no resgate do entendimento da Súmula 282, do STF, afirmou que:

Se tem, para boa parte da doutrina processualista, a consagrado o verdadeiro sentido de um dos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais, qual seja a existência de causa decidida sobre a questão legal suscitada.

Anteriormente. José Miguel Garcia Medina (2012, p. 114) assinalou que:

O prequestionamento não ocorre na decisão recorrida, mas antes desta, podendo se verificar situações nas quais o juízo, independentemente de suscitação das partes, manifeste-se sobre o assunto. Isso equivaleria ao prequestionamento erigido pelas partes litigantes, eis que, no fim, restou ventilada a questão federal ou constitucional.

Dessa forma, reportando-se a Pedro Miranda de Oliveira (*op.cit.*), entende-se que:

O prequestionamento não poderia ser considerado requisito de admissibilidade, eis que seria apenas um dos meios para se chegar ao verdadeiro requisito, o da causa decidida sobre a aplicação de dispositivo legal constitucional ou infraconstitucional na decisão recorrida, englobado pelo requisito do cabimento.

Assim, a questão (constitucional ou federal) pode surgir na decisão, seja em virtude de prequestionamento realizado pela parte – e aqui usamos a expressão no sentido que temos por efetivamente correto –, seja por “prequestionamento” realizado pelo próprio órgão jurisdicional. O que importa, no entanto, para que seja cabível o recurso extraordinário ou especial, é que a questão constitucional ou federal reste decidida – dê-se a este fenômeno o nome de “prequestionamento” ou não (MEDINA, 2012).

Inferese-se que o primordial para que seja cabível o recurso extraordinário ou especial é que reste decidida, definitivamente, na decisão recorrida a questão federal ou constitucional, independente de ter sido ou não suscitada pelas partes em algum momento do processo, pois se tem que o prequestionamento surgiu juntamente com a primeira previsão de recurso extraordinário, e se manteve presente no ordenamento jurídico mesmo sem estar literalmente descrito nas Cartas Magnas. Hodiernamente, considerando a égide da Constituição Federal de 1988, o prequestionamento é ainda presente e necessário, contando com diversas teorias para resolver as lacunas que o dispositivo constitucional deixa.

E, não se pode olvidar a existência de fortes correntes doutrinárias em várias vertentes, porém, a corrente majoritária da doutrina processualista brasileira converge seus entendimentos no sentido de que o prequestionamento seria atividade das partes, o ato de suscitar alguma questão, e que não seria requisito específico de admissibilidade dos recursos excepcionais, sendo o verdadeiro requisito a “causa decidida”, mesmo porque esta não é suficiente que tenha apenas se proferido manifestação, mas a manifestação deve ser definitiva.

Dentro desse contexto, para que se possa interpor RESp ou REx é impreterível que tenha havido causa decidida, em definitivo, por determinado juízo.

3.2.1 Debate do Prequestionamento entre as Partes no Curso da Demanda

Para os ministros do STJ, a interpretação puramente morfológica do vocábulo prequestionamento é precária para definir o instituto, tendo em vista a grande dificuldade de que se coloca, quando se trata do prequestionamento como condição para viabilizar os recursos extraordinários e especial, além da própria grafia, está no sentido em que é empregada a expressão.

E, como já mencionado anteriormente, comumente é utilizada na doutrina e mesmo na jurisprudência traduzindo a necessidade de que a matéria tenha sido suscitada antes do julgamento recorrido.

Percebe-se que há uma negação dessa definição, porque entende que o prequestionamento significa muito mais do que o próprio termo literal, afirmando, também, que a Carta Magna vigente, ou mesmo qualquer outra lei, não condiciona o conhecimento dos recursos excepcionais ao debate prévio entre as partes da questão de direito agitada nas razões dos recursos especial e extraordinário, mesmo porque a exigência do “prévio debate” entre as partes não prospera na hipótese da alínea “c”, do art. 102, inciso III, da Carta mencionada (FERNANDES, 2012).

Acredita-se que seja incorreto afirmar que a natureza jurídica dos recursos excepcionais exigiria o prévio debate entre as partes quanto à matéria de direito nele inserida.

Entretanto, na medida em que se impõe se ao inverso, o entendimento é de que basta não olvidar a missão dos recursos especial e extraordinário, de caráter eminentemente técnico e, voltada para a defesa do direito constitucional e/ou federal.

Compreende-se, portanto, que tais recursos têm como alvo as decisões prolatadas em última ou única instância, que porventura violem tais valores, e não o mero debate previamente empreendido pelas partes a respeito dos temas versegados pelo recorrente nos recursos excepcionais.

Assim, segundo José Miguel Garcia Medina (2012, p. 206):

Os recursos excepcionais, de fato, somente poderão ser admitidos caso a questão constitucional e/ou federal se faça presente na decisão recorrida, prolatada em última ou única instância; [devendo, portanto, ser, anteriormente, objeto de prévia decisão por parte dos tribunais locais].

Esse entendimento perpassa, então, pela questão agitada nos recursos especial e extraordinário, quando as questões relacionadas a ser o objeto de prévia decisão por parte dos tribunais locais, em consonância com a determinação dos arts. 102 e 105, da Constituição Federal vigente, conforme mencionado anteriormente.

Outrossim, o prequestionamento não seria a atividade jurisdicional empreendida pelo órgão judiciário que prolatou a decisão recorrida, no bojo da qual se encontram questões constitucionais e federais, já aludidas; mas, pelo contrário, seria o prequestionamento uma atividade levada a efeito pelas partes e consistente no debate de questões de direito constitucional e federal, antes mesmo da prolação da decisão objurgada.

Percebe-se a oposição da questão pelo processualista José Miguel Garcia Medina (2012, p. 329), do qual parte do entendimento de que o prequestionamento ocorreria na própria decisão dardejada, asseverando, também, que a sua configuração ocorrerá durante o curso da demanda, graças à controvérsia gerada pelas partes sobre um determinado ponto, apresentando o seguinte conceito:

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

Mas, pode-se inferir, que essa definição não é suficiente, tendo em vista incorrer nos mesmos percalços de todos os que se valeram da interpretação literal e gramatical do vocábulo.

Ademais, considerando essa questão, dos percalços de interpretação, pois como já afirmado, para o prequestionamento é necessário para a admissão desses recursos, atentar para a questão federal e/ou constitucional, sendo, portanto, objeto de deliberação no bojo da decisão recorrida.

Dessa forma, a priori, concordar com a aceção dada ao termo prequestionamento enquanto discussão prévia. Contudo, não se pode aceitar que esse argumento possa redefinir o conceito do instituto a ponto de lhes subtrair a condição de parte integrante do pressuposto de cabimento dos recursos excepcionais, mesmo porque esse posicionamento não se torna suficientemente capaz de afastar o entendimento de que o prequestionamento se materializa, ou não, no corpo da decisão recorrida.

Ademais, entende-se que se a decisão recorrida tem sua gênese em momento anterior à interposição dos recursos contra ela voltados, pode-se dizer, perfeitamente e sem nenhum constrangimento, que nela se fez o prequestionamento da matéria brandida nos apelos recursais.

Portanto, a compreensão que se tem é de que a matéria precisa estar prequestionada, deverá ter sido examinada antes mesmo da interposição dos recursos extraordinários e especial; isto é, terá de estar presente na decisão da qual se recorre, para que o prequestionamento seja visto como atividade do órgão julgador, de decidir a questão federal ou constitucional.

E, por assim, dizer, poder-se-ia afirmar que, de forma definitiva, o prequestionamento não se vincula à ideia de mero debate entre as partes de certa questão de direito constitucional e/ou federal, sendo importante seu entrosamento enquanto declaração e fruto das atividades jurisdicionais, na observância de ser esta uma exigência em constar nas decisões objurgada, conforme se segue a breve discussão.

3.3 PREQUESTIONAMENTO ENQUANTO DECLARAÇÃO E FRUTO DAS ATIVIDADES JURISDICIONAIS: EXIGÊNCIA EM CONSTAR NAS DECISÕES OBJURGADA

À luz do que determina os arts. 103, inciso III e 105, inciso III, da Carta Magna vigente, que os recursos especial e extraordinário tenham como objeto as chamadas “causas decididas”, há de se salientar que na interpretação da referida Carta, a palavra “causa” é interpretada assumindo a definição de “questão”; e, dessa forma, conteria o fundamento normativo para a exigibilidade do prequestionamento.

Esse entendimento adveio do fato de que na medida em que se condiciona a admissão dos recursos especial e extraordinário às causas decididas, estar-se-á exigindo, também, a presença, na decisão recorrida prolatada em última ou única instância, de questões de direito federal e constitucional, que foram claras e resolvidas pela Corte local.

Nesse diapasão, não se tem como conceber o prequestionada a questão federal ou constitucional, simplesmente pelo fato das partes terem debatido durante o curso da demanda. No entanto, torna-se necessário, justificar a assertiva à luz de ambas as questões, tendo em vista, como mencionado anteriormente, para que seja admitidos os recursos excepcionais, estes precisam declara a presença de pelo menos uma delas na decisão recorrida e prolatada em última e única instância, sob pena de não ser admitida.

Entende-se, também, que por este prisma de análise, a exigência do prequestionamento estaria para um reflexo do texto constitucional; não sendo concebível imaginar a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário sem que o acórdão recorrido tenha, realmente, analisado e decidido ao menos uma das questões de direito arroladas nos arts. 102, inciso III, alínea “a”; e 105, inciso III, alínea “a”, da Carta Magna vigente.

Em relação ao controle de admissibilidade difuso, impõe-se, para que o Recurso Extraordinário seja admitido, que a decisão recorrida declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, conforme dispõe o art. 102, inciso III, alínea “b”, da Carta Magna vigente. E, dessa forma, o entendimento é de que o prequestionamento deve ocorrer no bojo da decisão recorrida, prolatada em última ou única instância, sob pena do recurso extraordinário não ser reconhecido.

Outra hipótese está relacionada com o que determina a decisão recorrida e seu julgamento, que torna válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, conforme dispõe o art. 102, inciso III, alínea “c”, ou que julgue válida lei ou ato do governo local contestado em face de lei federal, conforme art. 105, inciso III, alínea “b”, tendo em vista que contrariamente os recursos extraordinário e especial, respectivamente, não poderão ser admitidos.

Outro ponto é a determinação que o recurso especial será cabível quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal, conforme dispõe o art. 105, inciso III, alínea “c”, da Carta Magna vigente.

Face ao exposto, compreende-se que o prequestionamento é da essência dos recursos extraordinário e especial, na qual o objeto de impugnação de ambas as espécies recursais diz respeito às questões constitucionais e federais existentes no acórdão recorrido; isto é, as questões prequestionadas.

É imperioso mencionar que esse é o entendimento de juristas como Nelson Nery Júnior, Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim, em consonância com a jurisprudência, que de forma maciça, também, considera como prequestionada a matéria (*in casu* questões de direito constitucional e/ou federal), decidida na decisão prolatada em última ou única instância, na observância de verificação se as partes debateram, ou não, em ocasião anterior.

Como demonstração do prequestionamento como requisito de admissibilidade para interposição recursal em instâncias superiores é realidade, tal como se vislumbra nos acórdãos abaixo transcritos, prolatados pelo STF e pelo STJ, respectivamente:

AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. As questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário não foram devidamente prequestionadas. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 601.404/RJ, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 28.08.2012, DJe 18.09.2012).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. A ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos declaratórios, impede o conhecimento do recurso. 3. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag 1.152.701/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16.04.2013, DJe 25.04.2013).

Apesar da posição jurisprudencial de que o prequestionamento é requisito de admissibilidade recursal, a despeito de ausência de menção expressa por parte da Carta Magna vigente, e, como se vera em capítulo próprio, não poucos doutrinadores consideram tal requisito inconstitucional. A atribuição da referida inconstitucionalidade está justamente ao silenciamento disposto no referido Instituto.

Sobre outra vertente, existem doutrinadores, que entendem que a exigência do prequestionamento é constitucional, dos quais entendem que mesmo a CF vigente se silenciar a respeito da referência expressa da matéria, o texto constitucional faz menção ao tema quando emprega a expressão “causa decidida” em seu artigo 105, inciso III, ao referir-se à competência do STJ.

Vale salientar que a discussão relacionada ao prequestionamento não tem esgotamento na mera constitucionalidade, tendo em vista a carência de uma definição jurídica pormenorizada, propiciando, com isso, uma série de debates doutrinários, bem como anteriormente mencionado, uma diversidade de conceituações, dado ao referido silenciamento da norma, que não oferece uma definição da matéria.

Infere-se, então, que o prequestionamento, de fato, vem a ser parte integrante do cabimento dos recursos especial e extraordinário, na qual a configuração deve ser efetuada no bojo da decisão recorrida, prolatada em última e única instância, independentemente das partes terem debatido, ou não, a questão de direito agitada pelo recorrente no recurso excepcional, sendo necessário compreender o tratamento dispensado ao prequestionamento no NCPC, salientando as principais alterações e, sobretudo, o prequestionamento ficto como regra no NCPC, conforme se segue a discussão no próximo capítulo.

4 O NOVO CPC E A TESE DO PREQUESTIONAMENTO FICTO

Neste Capítulo são discutidos dois pontos articulados entre si: o primeiro que trata das principais alterações dos recursos excepcionais no NCPC; e o segundo que discute o NCPC e o prequestionamento em três aspectos, a saber:

- a) o primeiro que compreende a abordagem do voto vencido no prequestionamento;
- b) o segundo, que trata do prequestionamento ficto como regra no NCPC;
- c) o terceiro, que traz a discussão em torno do efeito translativo do recurso especial e recurso extraordinário, e as questões de ordem pública no NCPC.

4.1 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO NOVO CPC

Com a promulgação do NCPC, deduz-se com facilidade que muitas alterações surgirão, em face de se tratar da edição de novo códex, feito, inclusive, sobre a égide de alguns princípios processuais diferentes dos que norteavam o CPC de 1973, como ocorre no caso do sistema recursal.

Se no antigo regime, no sistema recursal, predominavam princípios que primavam pela formalidade dos recursos, assim com a vigência do NCPC houve significativa mudança de panorama, sendo preponderante o princípio da primazia das decisões de mérito, explanando sobre as principais alterações ocorridas no sistema recursal, no âmbito dos recursos excepcionais.

Não se pretende explanar todas, para não se perder a objetividade desta pesquisa, mas apenas as mais pertinentes tematicamente que correlaciona a este trabalho.

No art. 1.003, § 5º, de início, destaca-se a unificação dos prazos recursais, excetuando-se os embargos de declaração que continuam com os

mesmos 5 dias, previstos no Código vigente, devendo todos os demais recursos deverão ser interpostos em até 15 dias; no tocante à essa questão, reportando-se ao art. 219, ressalta-se que o referido lapso temporal passa a levar em consideração apenas os dias úteis, dos quais pode, pro ventura, suscitar, em um eventual prejuízo em ganhos de tempo na tramitação processual, uma vez que o legislador estaria estendendo o lapso temporal – em termos de contagem – para que o interessado pudesse impugnar a decisão então proferida.

Outrossim, segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2015, p. 18), a referida alteração, “por si só, não gera demora na prestação da tutela jurisdicional”; tendo em vista que o processo de morosidade na resposta dada pelos órgãos judiciais tem consequência direta do acúmulo de processos, que é, também, o reflexo da crise vivenciada pelo judiciário na atualidade, devido, sobretudo, de problemas estruturais.

No que concerna às prerrogativas de contagem de prazo para interposição de recursos de acordo com Marco Félix Jobim e Elaine Harzheim Macedo (2015, p. 53), estas foram mantidas, como corolário do princípio constitucional da isonomia das partes no processo, na qual: “Conforme o art. 7º, do NCP, esta ideia de paridade de armas que já consta na parte introdutória, demonstrando, a preocupação do legislador em velar pela garantia do contraditório”.

Nesse sentido, é possível mediante o art. 180, recorrer pelo prazo em dobro para o Ministério Público, a Fazenda Pública, conforme art. 183, a Defensoria Pública no art. 186 e os litisconsortes que tiverem procuradores de escritórios de advocacia distintos conforme art. 229, neste último, percebe-se a novação quanto ao entendimento já proferido pelo STJ no tocante à aplicabilidade da referida regra nos casos em que os litisconsortes estivessem representados por advogados do mesmo escritório.

Considerando essa questão, imperioso se faz mencionar que conforme firmou o referido tribunal, tendo os litisconsortes procuradores distintos, é aplicada, de forma objetiva e irrestrita, consoante com o art. 191, do CPC, a regra benevolente, o que leva também incidente no caso de os advogados serem do mesmo escritório (STJ – EDcl no AgRg no AREsp: 325518 ES 2013/01027380, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 27.08.2013, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09.09.2013).

No NCP, no art. 218, § 4º, prevalece a regra segundo a qual o ato praticado antes do termo inicial do prazo é tempestivo, representando o fim da comumente conhecida tese do “recurso prematuro” que são aplicadas pelos tribunais pátrios, cujo entendimento esta amplamente repulsado pela corrente majoritária.

Na discussão quando ainda o NCP era projeto, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 57), se manifestaram no sentido de apresentar a inexistência de intempestividade, pois que:

[Inegavelmente, apresentadas as razões recursais antes da formalização do ato intimatório, não se tem o que falar em intempestividade, tendo em vista que] se o recurso foi interposto, o recorrente dera-se por intimado da decisão independentemente de publicação.

O NCP traz consideráveis alterações no regime de impugnação das decisões interlocutórias, sendo que, segundo Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 9) a “maior das novidades está em que nem todas as decisões interlocutórias serão, no novo sistema processual, agraváveis”. Com a extinção do agravo retido, a apelação teve seu cabimento ampliado, passando a ser o recurso adequado para se impugnar sentenças e decisões interlocutórias não agraváveis.

Mais detidamente, o legislador editou um rol exaustivo dos provimentos contra os quais será cabível o agravo de instrumento (art. 1.015), ficando as demais matérias não abrangidas nas hipóteses previstas em lei para serem discutidas apenas como preliminar da apelação ou nas suas contrarrazões, haja vista que a seu respeito não opera a preclusão (art. 1.009, § 1º).

De acordo com Misael Montenegro Filho (2015, p. 111) a sistemática adotada pelo legislador se assemelha à utilizada nos Juizados Especiais Cíveis, adotada “com a clara intenção de reduzir a quantidade de recursos e de tornar o processo mais racional”, na medida em que o recorrente poderá ponderar se a decisão interlocutória veio a lhe trazer algum prejuízo quando do julgamento da ação.

Em outras palavras, o que se quer fazer valer é a possibilidade de o interessado aguardar a prolação da sentença para, só então, observar se ainda há a necessidade de reclamar da decisão interlocutória, evitando-se, assim, a interposição imediata de agravos destituídos de utilidade prática, apenas com o objetivo de evitar a preclusão da matéria.

É importante salientar, também, que ao considerar o art. 1.007, do NCPC, baseando-se nas alterações relativas ao preparo, a ênfase que se deve dar é de que as exigências foram mantidas no tocante à comprovação do recolhimento no ato de interposição do recurso, inclusive em relação ao porte de remessa e retorno, sob pena de deserção.

Ressalte-se que, ainda considerando o referido artigo, no § 3º, quando se tratar de autos eletrônicos, não é necessário o recolhimento do porte de remessa e de retorno. Bem como no § 1º, do mesmo artigo, foram mantidas, também, a dispensa de recolhimento do preparo quando os recursos forem interpostos pela Fazenda Pública, Ministério Público ou pelos que gozam de isenção legal; sendo que, mediante o § 6º, ter-se-á a possibilidade de relevação da deserção, na medida em que for comprovada pelo recorrente que não o fez, tendo em vista o justo impedimento.

Nessa vertente, mesmo antes da vigência do NCPC, Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 72), se posicionou trazendo à baila os casos de insuficiência e ausência no recolhimento do preparo, afirmando que: “O primeiro quando o valor recolhido não corresponde à completude do montante devido; o segundo quando há total omissão do recorrente em relação ao pagamento das custas de processamento do recurso”.

Compreende-se, portanto, após a vigência do NCPC que no tocante à insuficiência, no art. 1.007, § 2º, houve reprodução pelo legislador da regra já utilizada no CPC de 1973, no qual faz concessão do direito de complementação dos valores no prazo de 5 dias para, dessa forma, poder o juiz declarar a deserção caso o interessado se mantenha inerte, cabendo, assim, direito ao recorrente a intimação para poder recolher o restante.

Não se pode olvidar da expressiva alteração que foi introduzida no caso de ausência no recolhimento do preparo, o que, sobre a égide do NCPC, possibilita a imediata deserção e, obviamente, a inadmissibilidade do recurso, que se coaduna com o que já vinha sendo pacificado pela jurisprudência do STJ, a saber:

O recolhimento do preparo deve ser comprovado no momento da interposição do recurso, sob pena de preclusão, nos termos do art. 511 do Código de Processo Civil, não sendo possível, assim, a juntada posterior de documento com tal finalidade (STJ – AgRg no REsp: 1495921 RS 2014/02939278, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 24/03/2015, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 07.04.2015).

Todavia, mesmo antes do NCPC entrar em vigor, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2011, p. 542), se posicionaram afirmando as controvérsias existentes na doutrina, tendo em vista ser:

Comum encontrar resistência no sentido de que jamais a ausência de preparo pode levar à deserção do recurso e conseqüente inadmissibilidade sem que o órgão jurisdicional, previamente, intime a parte para efetivação do depósito correspondente.

Outrossim, com a entrada em vigor do NCPC, Ernesto José Toniolo (2015, p. 189), considerando o que dispõe o art. 1007, § 4º, é possível que o juiz constate a ausência de comprovação do preparo, podendo somente ser declarada a deserção do recurso, posteriormente à intimação do recorrente, que, na medida em que se posicionar com interesse na admissibilidade do recurso, deverá ser feito o mesmo em dobro, tratando-se de “inovação elogiável, que ameniza as consequências de eventual falha no cumprimento de exigência formal, sem comprometer significativamente a celeridade do processo”.

É importante, também, a reflexão de alguns outros dispositivos do NCPC, no que diz respeito a aplicabilidade das questões genericamente às espécies recursais, tal como a nova regra que estipula a ausência de efeitos suspensivo aos recursos, conforme preceitua o art. 995, com exceção para a apelação, que ainda possui duplo efeito e, inclusive, conforme parágrafo único, do referido artigo, pode nas decisões impugnadas produzir desde logo seus efeitos, salvo a concessão *ope judicis* do efeito suspensivo pelo relator.

No sentido expresso do art. 937, é possível compreender a ampliação do rol de recursos em que se permite a sustentação oral, inclusive no agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória que verse sobre tutela de urgência ou da evidência, contemplando, também, pelo legislador a possibilidade do pagamento de honorários advocatícios em sede recursal (art. 85, § 1º), beneficiando o profissional que trabalhou nesta etapa específica do processo.

Nesse diapasão, mesmo em se tratando de uma análise superficial das modificações trazidas pela Lei nº 13.105/2015, principalmente no que diz respeito ao juízo de admissibilidade, segundo Ernesto José Toniolo (2015, p. 174), é possível: “reconhecer a preocupação do NCPC em mitigar o formalismo excessivo, muito presente na denominada jurisprudência defensiva, que ignora as importantes

funções desempenhadas pelas espécies impugnatórias”; o pressuposto consiste em evitar que os requisitos de admissibilidade se tornem limitadores do acesso aos órgãos judiciários, tendo em vista ser esta concepção ainda enraizada no imaginário dos julgadores brasileiros, quando da aplicação dos dispositivos que constam no Código de 1973.

Não se pode olvidar que na simplificação do procedimento recursal, com aproveitamento ao máximo dos atos processuais, o NCPC dissemina a perspectiva de que se alcançará maior agilidade na resposta do Poder Judiciário, principalmente porque no processo, as etapas consideradas como mortas foram objeto de reformulação.

A percepção que se tem em relação às alterações e suas imbricações em cada espécie recursal quando da análise da teoria geral dos recursos no NCPC – Lei nº 13.105/15, é da existência de peculiaridades, que cada uma dessas modalidades de impugnação das decisões judiciais, dois dos recursos – embargos infringentes e o agravo retido – constantes no mencionado instituto não foram contemplados pelo legislador.

E, é possível compreender que o NCPC traz alterações consideráveis no regime de impugnação das decisões interlocutórias, pois conforme enunciou Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 9): “a maior das novidades está em que nem todas as decisões interlocutórias serão, no novo sistema processual, agraváveis”.

No que tange à apelação, impende destacar que, uma vez interposta, deverá ser remetida ao tribunal independentemente de juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º), o que permite concluir que o exame dos requisitos de admissibilidade ficará a cargo apenas do órgão *ad quem*. Tal regra impede o não conhecimento do recurso por parte do órgão a quo e poderá acarretar o aumento de apelações sendo remetidas aos tribunais, mesmo quando forem manifestamente inadmissíveis, falhas que poderiam ser percebidas na origem, evitando sua chegada à instância superior, onde já é patente o alto índice de congestionamento de processos.

No que concerne ao agravo de instrumento, já foi comentado que o legislador, buscando maior celeridade no procedimento e certa simplificação quanto à sistemática dos recursos, passou a autorizar a interposição de agravo de instrumento somente em situações de maior urgência (GARCIA, 2015), razão pela qual selecionou determinadas situações que reputou mais relevantes (ou graves) para as quais a impugnação deva ser imediata, o que será feito através da

interposição do agravo direto nos tribunais, restando a contestação das demais interlocutórias apenas na apelação, já que não serão afetadas pela preclusão.

Saliente-se que a apelação teve ampliado seu cabimento a partir do momento em que se extinguiu o agravo retido, que passou a ser o recurso adequado para se impugnar sentenças e decisões interlocutórias não agraváveis. De acordo com o art. 1.015, do NCPC, de forma detida, editou o legislador um rol exaustivo dos provimentos contra os quais será cabível o agravo de instrumento, ficando conforme enunciou o art. 1.009, § 1º, do referido instituto, as demais matérias não abrangidas nas hipóteses previstas em lei para serem discutidas apenas como preliminar da apelação ou nas suas contrarrazões, tendo em vista que a seu respeito não opera a preclusão.

Dessa forma, o posicionamento de Misael Montenegro Filho (2015, p. 111), está em relação à adoção pelo legislador da sistemática, na qual se pode inferir que se assemelha à já utilizada nos Juizados Especiais Cíveis, adotada “com a clara intenção de reduzir a quantidade de recursos e de tornar o processo mais racional”, quando o recorrente poderá ponderar se a decisão interlocutória lhe trouxe algum prejuízo quando do julgamento da ação.

O entendimento é de que se quer fazer valer é a possibilidade de o interessado aguardar a prolação da sentença para, só então, observar se ainda há a necessidade de reclamar da decisão interlocutória, o que evita, dessa forma, a interposição imediata de agravos destituídos de utilidade prática, ratificando, objetivando apenas, evitar a preclusão da matéria.

Considerando o NCPC, Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 649), asseverou que, este instituto:

Percebe-se a adoção da regra da produção imediata dos efeitos das decisões judiciais, posto que os recursos no processo civil não terão efeito suspensivo, resguardada a possibilidade de sua atribuição pelo julgador (*ope judicis*). De acordo com o art. 1.012, com exceção única para a apelação, recurso este que continuará dotado de duplo efeito (devolutivo e suspensivo), salvo nos casos em que a lei disponha de forma contrária.

O entendimento é de que somente em alguns casos a interposição da apelação não suspenderá a eficácia da decisão atacada, o que, para o referido doutrinador está tratando, respeitosamente, de um dos grandes retrocessos, trazidos no NCPC.

Outrossim, ainda considerando a apelação, no art. 1.010, § 3º, destaca-se que, uma vez interposta, esta deverá ser remetida ao tribunal independentemente de juízo de admissibilidade, que, de certa forma, permite a conclusão do exame dos requisitos de admissibilidade, ficando a cargo somente do órgão *ad quem*.

Saliente-se, que há impedimento dessa regra do não conhecimento do recurso por parte do órgão *a quo*, podendo, assim, acarretar o aumento de apelações sendo remetidas aos tribunais, mesmo na medida em que forem consideradas inadmissíveis. Compreende-se que essas falhas poderiam ser percebidas na origem, o que evitaria sua chegada à instância superior, onde é muito alto o índice de congestionamento de processos.

Em relação ao agravo de instrumento, de acordo com Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2015, p. 273), existe um comentário do legislador que afirma o seguinte: “buscando maior celeridade no procedimento e certa simplificação quanto à sistemática dos recursos, passou a autorizar a interposição de agravo de instrumento somente em situações de maior urgência”. Poder-se-ia afirmar, então, que essa é a razão pela qual selecionou determinadas situações que reputou mais relevantes (ou graves), das quais deva se considerar imediatamente a impugnação, sendo esta feita mediante a interposição do agravo direto nos tribunais, o que restaria, dessa forma, somente na apelação, a contestação das demais interlocutórias, tendo em vista que não serão afetadas pela preclusão.

A par desse entendimento, raciocínio, mediante o que disposto no art. 1.016, em sendo um recurso que deverá ser interposto diretamente no tribunal, em face da urgência da situação, dessa forma, requer uma apreciação imediata, onde conforme dispõe o art. 1.017, § 5º, deverá a petição do agravo de instrumento ser instruída com alguns documentos indispensáveis, considerados obrigatórios por lei, sob pena de não conhecimento do recurso, ressalvadas as hipóteses de processo eletrônico, quando serão dispensados.

Nesse contexto, duas inovações se destacam, conforme afirmou Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 11):

A primeira, que diz respeito à ampliação dos documentos considerados obrigatórios, somando-se aos já exigidos pelo CPC de 1973 (cópia da decisão agravada, cópia da certidão de intimação e cópia da procuração dos respectivos advogados) as cópias da petição inicial, da contestação e da petição que ensejou a decisão agravada (art. 1.017, inciso I), devendo o advogado declarar a inexistência de qualquer dos referidos documentos (art. 1.017, inciso

II). E, a segunda que diz respeito ao fato de faltar alguma peça obrigatória ou no caso de constatação de vício formal que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, quando deverá o relator conceder ao agravante o prazo de 5 (cinco) dias para sanar o vício.

Percebe-se, que esse procedimento aprimora a regra atualmente prevista pelo NCPC, que determina a imediata inadmissibilidade do agravo, privilegiando a forma em detrimento da instrumentalidade da via recursal – pois combate o formalismo exacerbado, conduta esta reiteradamente reproduzida na jurisprudência defensiva dos tribunais brasileiros (CÂMARA, 2015).

Considerando o que dispõe o art. 1.023, os embargos de declaração passam a ser o único recurso que não terá o prazo de 15 (quinze) dias, sendo mantidos os 5 (cinco) dias para sua oposição, não estando sujeitos a preparo, podendo ser opostos, conforme dispõe o art. 1.022, contra “qualquer decisão judicial” no intuito de esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro material.

Dessa forma, não mais se questiona a possibilidade de oposição dos embargos de declaração contra decisões interlocutórias, dada a má redação do art. 535 constante no CPC atual que menciona apenas sentença e acórdão.

Sobre essa questão, anteriormente à vigência do NCPC, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 185), salientou que:

A opção do legislador reflete os ensinamentos da doutrina no sentido de que resta forçoso concluir serem cabíveis embargos declaratórios para suprir omissão, eliminar contradição e esclarecer obscuridades constantes em decisão interlocutória.

Esse entendimento considera a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, inciso IX.

E, anteriormente, José Eduardo Carreira Alvim (2005, p. 380), salientou que: “a princípio, os embargos de declaração não admitem resposta, pelo fato de que, via de regra, possuem apenas o efeito de integrar a decisão embargada”.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 13.105/2015, opostos os embargos de declaração, de acordo com o art. 1.023, § 2º, o magistrado deverá intimar o embargado para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada, que diferentemente do CPC anterior, o NCPC traz menção expressa aos ditames de obediência ao princípio

constitucional do contraditório em sede de embargos de declaração com efeitos infringentes, conforme enunciou Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2015, p. 279), matéria esta que se já encontra pacificada pela jurisprudência do STJ, conforme se segue:

A ausência de intimação para contraminutar os embargos de declaração a que se atribuiu efeitos infringentes, nos termos da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, torna nulo o julgamento, devendo ser cassada a decisão proferida sem oportunizar o necessário contraditório (STJ AgRg no REsp: 1488613 PR 2014/02226889, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 07/05/2015, T2 SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13.05.2015).

É louvada, também, conforme enuncia o art. 1.025, do qual é objeto desse estudo, a opção do legislador pela adoção do prequestionamento ficto, que se considerando incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

De acordo com Guilherme Beux Nassif Azem (2015, p. 209):

Trata-se de alternativa que ratifica o que já constava na súmula 356 do Supremo Tribunal Federal e confere às partes a possibilidade de utilização dos expedientes recursais tal como previstos no sistema processual, conferindo maior previsibilidade ao procedimento.

O pressuposto nítido consiste, conforme enuncia o art. 1.026, evitar a oposição de embargos com caráter manifestamente protelatório – já que os declaratórios interrompem o prazo para os demais recursos, sendo conforme dispõe os §§ 2º e 3º, majorada a multa da condenação para até 2% sobre o valor da causa e, caso haja reiteração, a multa poderá ser elevada para até 10%, ficando a interposição dos demais recursos condicionada ao prévio depósito daquela.

O temor sobre essa questão trazido por Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 663) é a seguinte:

A intenção do legislador em dificultar o acesso aos tribunais em razão da inadmissão de novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores tiverem sido considerados protelatórios, pois, de acordo com o § 4º, do art. 1.026 ao 'limitar' o número de embargos declaratórios quando protelatórios, dando a entender que o terceiro recurso depois dos dois outros considerados protelatórios será indeferido de plano.

Contrário a sentido, Misael Montenegro Filho (2015, p. 121), afirmou que: “[...] para quem a referida regra é digna de aplausos”.

De acordo com o referido autor, objetivando valorar mais o princípio da instrumentalidade das formas, afastando o apego excessivo às formalidades do Código de 1973 – que dificulta sobremaneira a apreciação do mérito dos recursos especial e extraordinário pelos Tribunais Superiores –, o NCPC, de acordo com o art. 1.029, § 3º, permite que o STJ e o STF desconsiderem a existência de vício formal ou que possibilitem seja sanado, desde que não o repute grave, pois complementando, salienta que:

Trata-se de dispositivo capaz de contornar os tão repudiados equívocos dos tribunais consubstanciados na jurisprudência defensiva, criando, equivocadamente, óbices à apreciação do mérito recursal, em completo desrespeito ao primado constitucional de acesso à justiça, haja vista que negar seguimento a recurso, por conta de filigranas processuais, representa a negativa de prestação jurisdicional (*ibidem*, p. 123).

Mudança significativa também se encontra disciplinada no art. 1.030, parágrafo único, do NCPC, positivando modificação sobre tema referente às características do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, quando o NCPC entrou em vigor sem essa previsão.

Raciocinando nessa linha, poder-se-ia, ao levar em consideração que se deve buscar a finalidade do recurso enquanto instrumento de revisão da qualidade das decisões judiciais e de aplicação correta do direito objetivo, fez o legislador, mediando o art. 1.032, do NCPC, constar a possibilidade do relator do STJ intimar o recorrente para emendar o recurso especial interposto, quando o magistrado observar que o recurso versa sobre questão constitucional, devendo conceder o prazo de 15 (quinze) dias para que o peticionante demonstre a existência de repercussão geral, remetendo-o posteriormente ao STF (SAID FILHO, 2016).

A nova regra imposta no art. 1032 surgiu da dificuldade presente na distinção de ofensa à legislação infraconstitucional federal de ofensa à Constituição. Pedro Miranda de Oliveira (2015, p. 2.305) aduz que: “há questões que podem ser, concomitantemente, constitucionais e legais, comportando análise sobre os dois vieses”.

Esta divisão formulada na Constituição Federal de 1988 acarretou um sério problema que, com o passar do tempo, tornou-se ainda mais evidente: em

grande parte da casuística, é tarefa dificultosa afirmar que a questão suscitada é constitucional e não federal, ou vice-versa (MEDINA, 2015).

Tal dificuldade na discriminação das questões federal infraconstitucional/constitucional ensejou um sério problema: na vigência do CPC/1973, era comum que nenhum dos dois órgãos acabasse por julgar o recurso, uma vez que cada tribunal inadmitia o recurso alegando tratar-se de hipótese de cabimento da outra modalidade recursal, culminando em uma extrema deficiência no julgamento dos recursos especial e extraordinário de forma simultânea, consequência da flagrante negativa de prestação jurisdicional (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015).

Com a sanção do NCPD, Segundo Pedro Miranda de Oliveira (2015, p. 2.303):

A regra inculcada no art. 1.032 vem amparada pelo princípio da fungibilidade, o qual consiste na possibilidade de recebimento de recurso inadequado, como se correto fosse, sempre que houver dúvida objetiva sobre qual seja o recurso cabível contra determinada decisão judicial.

O entendimento trazido pelo referido autor consiste na elucidação dos requisitos quando relacionados à existência de dúvida e inexistência de erro grosseiro, da qual se constitui um único pressuposto, tendo em vista incidir não somente em incerteza sobre a adequação de determinada modalidade recursal, mas, principalmente, e obviamente, equívoco quando da interposição, da qual não pode ser configurado como erro grosseiro.

Vale salientar, também, que inexistia no CPC/1973, de forma expressa, norma jurídica que tratasse do princípio da fungibilidade e, conseqüentemente, da sua aplicação nos recursos; e, dessa forma, passou a valer a teoria da adequação recursal, cuja previsão consiste na existência de um recurso específico para cada decisão. Outrossim, em relação aos recursos excepcionais, é relevante a referida alteração no códex, tendo em vista que, conforme já discutido por Miranda de Oliveira (2015), era ordinária a inadmissão de REsp, em face de se julgar ser matéria constitucional e vice-versa.

De forma semelhante, no art. 1.033, do mesmo instituto, percebe-se que quando tiver sido interposto recurso extraordinário e o STF perceber que a ofensa à

constituição é meramente reflexa, poderá o relator determinar a remessa ao STJ para que seja julgado como recurso especial.

Nesse diapasão é fácil concluir que, diante de tantas análises sobre os requisitos formais dos recursos especial e extraordinário, a grande maioria destes acabava por não ter o seu mérito analisado, encontrando óbice em alguma das aferições feitas pelos juízos de admissibilidade. Assim, grande parte dos recursos excepcionais sequer subia aos tribunais superiores, sendo de pronto inadmitido nas Cortes inferiores.

Ademais, é passível de entendimento, também, que preconiza o NCPC o princípio da primazia da decisão de mérito, sendo, portanto, contraditório manter regra que, de forma exata, culminava no sentido contrário, tirando proveito das decisões que inadmitiam os recursos sem, contudo, fossem analisados seus conteúdos. Nesse diapasão, Pedro Miranda de Oliveira (2015, p. 2.302) ensina que:

Dessa forma, para facilitar os trâmites procedimentais, em atendimento ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade nos tribunais locais foi extinto, devendo os autos serem remetidos ao respectivo Tribunal Superior, independentemente de juízo de admissibilidade.

Esta solução é a que melhor atende o sistema recursal do CPC vigente, pois evita a proliferação de meios de impugnação contra o indeferimento de RE e REsp pelo tribunal de origem.

Conforme o que dispõe o art. 1.035, a repercussão geral continua sendo um requisito de admissibilidade específico do recurso extraordinário, devendo o recorrente demonstrar que a questão constitucional versada possui relevância que ultrapasse os interesses subjetivos da causa.

O entendimento é de que na sistemática atual, a repercussão geral deve ser apontada como preliminar do recurso, pois o legislador exige articulação em tópico próprio da demonstração da repercussão geral, sob pena de seu não conhecimento e, não há contemplação dessa regra pela Lei nº 13.105/15, o que pode o recorrente apontar a existência de repercussão geral ao longo do seu recurso, fazendo com que o STF analise as suas razões recursais.

Tem-se, então, que a nova sistemática da admissibilidade a ser realizada pelo tribunal recorrido permite que seja negado seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência

de repercussão geral ou tenha sido interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo exarado em regime de repercussão geral; também deverá ser negado seguimento a recurso extraordinário ou especial interpostos contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STJ ou STF exarado em julgamento de recursos repetitivos.

São algumas das atribuições do presidente e/ou vice do tribunal, *a quo*, introduzidas pela Lei nº 13.256/2016, que alterou a redação do art. 1.030 antes mesmo da entrada em vigor do NCPC, tendo em vista que a versão original do referido dispositivo trazia a supressão do juízo de admissibilidade realizado pelos tribunais inferiores em relação aos recursos especial e extraordinário (SAID FILHO, 2016).

Em relação aos demais recursos não se tem muito o que se discorrer, tendo em vista que inexistem modificações substanciais, como é o caso do agravo interno que, apesar de não ser uma espécie nova, o fato de constar no rol dos recursos no NCPC (art. 994) já é uma novidade.

Alguns doutrinadores consideram que a introdução mais significativa tenha sido a possibilidade de sustentação oral nos casos de agravo interno originário de recursos de apelação, ordinário, especial ou extraordinário, conforme dispõe o art. 937, inciso VII, este inciso foi vetado sobre o argumento de que a previsão de sustentação oral para todos os casos de agravo interno resultaria em perda de celeridade processual, princípio norteador do novo código, provocando ainda sobrecarga nos Tribunais (BRASIL, 2015).

Outrossim, esse posicionamento criticado por Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 585), pelo fato de que:

É pena que a sobrecarga nos tribunais seja frequentemente empregada como justificativa de eliminação de direitos, aqui o direito de ser ouvido perante o colegiado, direito que deriva diretamente do modelo constitucional.

Com relação aos embargos de divergência e recurso ordinário, ao considerar o art. 1.044, § 3º, entende-se que basicamente são mantidas as mesmas regras no que concerne aos requisitos de admissibilidade, efeitos e procedimento, devendo-se ressaltar que poderão ser interpostos embargos quando a divergência for na mesma turma, desde que a sua composição tenha sido alterada em pelo menos metade dos membros (SAID FILHO, 2016).

Já o agravo em recurso especial e em recurso extraordinário, conforme art. 1.042, sofreu algumas alterações em relação ao seu cabimento, tendo em vista a supressão do juízo de admissibilidade pelo tribunal a quo e a existência de novas regras quanto ao instituto de resolução de demandas repetitivas.

4.2 O NOVO CPC E O PREQUESTIONAMENTO

A elaboração do NCPC visou representar uma tentativa de se superar a morosidade da prestação jurisdicional, principal fator da perda de credibilidade da confiança no poder judiciário. Nesse sentido, partindo da premissa de que a razoabilidade na duração do processo é pressuposto para que se tenha acesso a uma ordem jurídica justa, a comissão de juristas responsável pela elaboração do NCPC primou pela simplificação do procedimento, eliminando ou readequando etapas do processo eivadas de formalismos exacerbados, inadequados para uma prestação jurisdicional célere.

O prequestionamento é um pressuposto processual que deve ser entendido como pormenor anterior e externo ao ato processual, ou seja, um pressuposto extrínseco específico, que é característica da razão de ser os recursos extraordinários excepcionais, e deve estar contido no ato de interposição dos remédios extraordinários dirigidos aos Tribunais de Cúpula.

Nesse contexto, se encontra as questões relacionadas ao voto vencido como prequestionamento, na qual além do NCPC ter ampliado as noções do prequestionamento com a questão dos embargos de declaração, disciplinada no art. 1.025, sobre a qual se discorreu no item anterior, houve outra alteração significativa, constante do art. 941, § 3º, do NCPC:

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

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

Quanto à questão do voto vencedor e do voto vencido, notório é que em decisões proferidas por colegiados, comum é a existência de divergências, debates

e conclusões diferentes por parte dos magistrados. Em relação a essa questão, mantém-se a regra do CPC/1973, não tendo havido alteração no caput do art. 941.

A grande inovação trazida pelo Novo CPC é constante do art. 941, § 3º. Nesse diapasão, o apontamento feito por Osmar Mendes Paixão Côrtes (2015) foi de que no CPC de 1973 não se verifica a obrigatoriedade de que o voto vencido seja declarado e integre o acórdão. O NCPC, por sua vez, traz tal impreteribilidade como regra.

Os tribunais têm decidido que é desnecessária a fundamentação de voto concordante com o relator do acórdão, quando unânime o resultado do julgamento (p. ex., STJ, REsp 45.840/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 08.05.1996; STJ, REsp 176.528/MG, rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., j. 29.09.1999; STJ, EDcl no REsp 49.564/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª T., j. 24.04.2007). O mesmo, porém, não se pode admitir no que tange ao voto dissonante, pois, em decisões tomadas por maioria, é exatamente a fundamentação dos votos (vencedor e divergentes) que permite compreender os porquês de se ter chegado a um ou outro resultado (MEDINA, 2015).

Dessa forma, importantíssimo é que sejam consignados os fundamentos do voto vencido, notadamente considerando o preenchimento do requisito do prequestionamento. Sabido é que o prequestionamento é a decisão de tese suscitada pelas partes, e requisito específico de admissibilidade dos recursos excepcionais – para se verificar se uma decisão, por exemplo, violou determinado dispositivo legal ou divergiu de outra, essencial que a matéria a ser objeto do recurso tenha sido apreciada (CÔRTEZ, 2015).

Assim, passará o NCPC, a ser obrigatória a composição do acórdão contando-se com o voto vencido – e este, por sua vez, deverá conter a devida fundamentação legal –, pois poderá servir para fins de prequestionamento em futuras interposições de recurso especial ou extraordinário.

4.2.1 O Prequestionamento Ficto como Regra no Novo CPC

Na vigência do CPC anterior, sedimentou-se entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de ser imprescindível a realização de prequestionamento pelas partes para que segundo José seja cabível o recurso especial ou

extraordinário. De acordo com tal corrente, mesmo que a decisão se manifeste sobre questão federal ou constitucional, ainda assim seria impreterível a manifestação da parte para configuração do prequestionamento (MEDINA, 2012, p. 221)

Todavia, de acordo com Kátia Aparecida Mangone (2014, p. 95), essa corrente doutrinária não é a única, havendo três fortes teorias sobre certa “classificação” do prequestionamento, pois que:

A primeira delas é o prequestionamento explícito, teoria defendida por aqueles que acreditam que deve constar expressamente o número do artigo constitucional ou da lei federal na decisão recorrida; constando na decisão a matéria decidida, mas não declinado o número do artigo, diz-se haver prequestionamento implícito.

O prequestionamento ficto, por sua vez, ocorreria quando ausente menção expressa da matéria na decisão prolatada, apesar de suscitada pela parte em embargos de declaração, como forma de interpretação da Súmula 356, do STF (MANGONE, 2014). A compreensão é de que em hipótese de a decisão já ter sido prolatada, não haveria às partes outra saída para efetivar o prequestionamento que não através dos embargos de declaração. Tal entendimento, segundo José Miguel Garcia Medina (2012, p. 222), deu-se devido à equivocada interpretação da Súmula 356, do STF, a qual enunciou que : “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Quanto aos “níveis” de prequestionamento, Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 315), adotou posição moderada, apontando a desnecessidade do prequestionamento explícito, ou seja: “[...], considerando desnecessário declinar-se o dispositivo, desde que constante na decisão prolatada o tema a ser recorrido”.

Anteriormente, reportando-se a Nelson Nery Junior (2007, p. 67) asseverou:

Ser inócua a dicotomia entre prequestionamento implícito e explícito para fins de cabimento do recurso excepcional, pois pouco importa qual das formas de prequestionamento se verificou, o RE ou REsp só será admissível caso a matéria tenha sido efetivamente decidida dentro do acórdão que se pretende impugnar.

Ademais, prova de que o prequestionamento explícito é desnecessário decorre do próprio texto constitucional, pois este não faz exigência quanto ao apontamento do artigo da Constituição ou lei federal na decisão recorrida, mas sim,

impõe que a decisão recorrida tenha se manifestado de forma clara sobre a matéria constitucional ou federal objeto do RE ou do REsp (GOUVÊA; NEGRÃO, 2008).

Dessa forma, mais prudente é se tratar o prequestionamento de forma una, não se dividindo entre explícito e implícito, configurando-se o requisito constitucional causa decidida na decisão recorrida, pois de acordo com Kátia Aparecida Mangone (2014, p. 101): “A diferenciação entre os “níveis” de prequestionamento é, portanto, irrelevante, eis que não consta do texto constitucional”.

Imperioso trazer, portanto, a visão de Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 50-51):

[...] o que realmente importa para o acesso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal é o conteúdo, aí incluída a correção procedimental, da decisão recorrida – a causa decidida –, convenço-me cada vez mais de que os adjetivos usualmente apostos ao prequestionamento são falsos problemas. Prequestionamento explícito, implícito, ficto ou numérico são, apenas e tão somente, formas de apresentação – mera materialização, portanto – do que foi ou não decidido pela instância a quo, e que, na exata proporção do que se decidiu ou se deixou erradamente de decidir, poderá ser impugnado pela via especial ou extraordinária fundamentando-se em *error in iudicando* ou *error in procedendo*, respectivamente. O que importa, pois, é o que foi objeto de decisão e não a forma pela qual ela se apresenta.

Como matéria consequente destas mudanças do prequestionamento, surge o prequestionamento por meio dos embargos de declaração, que segundo Kátia Aparecida Mangone (2014, p. 102): “É sabido que os embargos declaratórios não se prestam a modificar o julgamento, de forma que a finalidade precípua dos mesmos não pode ser a infringência”.

Ou seja, os embargos de declaração têm a sua finalidade prevista em lei, qual seja, suprir omissão, obscuridade ou contradição constante na decisão embargada. Assim, a rigor, segundo afirmou José Carlos Barbosa Moreira (2013, p. 157):

O eventual provimento dos embargos de declaração não poderá resultar, no julgado, qualquer modificação além do esclarecimento, da eliminação da contradição ou do suprimento da omissão, com as repercussões acaso necessárias na matéria restante.

Sobre o prequestionamento através dos embargos de declaração, elucidam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2014, p. 205), que:

Prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se sobre a questão constitucional, previamente à interposição do RE. Não havendo sido decidida a questão, se efetivamente alegada anteriormente, a parte terá de opor embargos de declaração (STF 356), para provocar o julgamento do tribunal inferior sobre a questão por ela arguida. Mesmo com a oposição dos EDcl, caso o tribunal permaneça sem julgar a questão, entende-se que houve decisão negativa por omissão e, portanto, admite-se o RE.

Ou seja, se o tribunal não se manifesta sobre determinada matéria, sendo que a decisão ainda não transitou em julgado, é necessário a parte instar o órgão a se manifestar sobre o tema, com a finalidade de cumprir o requisito da causa decidida. Para tanto, há o expediente dos embargos de declaração com fundamento na omissão.

Assim, utilizam-se os alcunhados embargos de declaração dos prequestionadores quando o tribunal tinha o dever de pronunciar-se sobre a matéria – quer porque o apelante a alegou em razões, quer porque o apelado suscitou-a em contrarrazões, quer porque o tribunal tinha o dever de ofício de assim agir, por tratar-se de questão de ordem pública, mas não o fez.

Alfredo Buzaid, idealizador do Código de Processo Civil de 1973 expôs em decisão exarada no ano de 1983 que através dos embargos declaratórios se prequestiona no Tribunal de origem a questão federal, a qual fica, portanto, ventilada, independentemente da solução dada (MEDINA, 2012).

Dessa forma, depreende-se da lição de Buzaid que, em sua concepção, tão ou mais importante que a decisão ventilar a questão federal ou constitucional era o ato das partes de a suscitarem e defenderem nas instâncias ordinárias, no recurso de apelação ou, por fim, por meio dos embargos declaratórios (MEDINA, 2012).

As numerosas decisões dos tribunais superiores nesse sentido traduzem ideologia que se criou desde a Constituição de 1946 e arraigou-se no sistema recursal pátrio até os dias atuais, qual seja esta: para que o recurso especial seja admissível, de duas, uma: ou a questão é enfrentada pela decisão recorrida, ou a parte realiza o prequestionamento através dos embargos de declaração (MEDINA, 2012).

O referido entendimento doutrinário e jurisprudencial que se criou desde a Constituição de 1946 foi efetivado no ordenamento jurídico brasileiro através da edição da Súmula 211/STJ, a qual versa que: “Inadmissível recurso especial quanto

à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”.

A partir disso, a doutrina passou a edificar o entendimento de que existiriam dois tipos de embargos de declaração: os esclarecedores, vocacionados a elucidar dúvidas, obscuridades ou contradições, e os prequestionadores, que visam abordar questões federais ou constitucionais não ventiladas pelo acórdão, no intuito de superar os óbices estipulados pelas Súmulas 282 e 356, do STF.

Nesse tocante, parte da doutrina passou a entender de forma discrepante daquela já esposada anteriormente, José Miguel Garcia Medina (2012, p. 223), sustentou que: “interpostos os embargos de declaração ‘prequestionadores’ perante a instância ordinária, aberta estaria a via do recurso extraordinário ou especial, [...], mesmo que o recurso de embargos de declaração não fosse sequer conhecido”.

Este seria o alcunhado prequestionamento ficto, o qual foi positivado como regra com a sanção do NCPC, que conforme salientou o referido autor, José Miguel Garcia Medina (2012, p. 223), este entendimento, todavia, proporciona o surgimento de três problemas, a saber:

O primeiro, o de haver necessidade de interposição de embargos de declaração para que ocorra o prequestionamento, mesmo havendo manifestação explícita da decisão da questão constitucional ou federal; o segundo, o de se admitir, para parte da jurisprudência, especialmente do STF, como prequestionada determinada questão apenas em decorrência da simples interposição dos embargos de declaração, e independentemente da resposta dada a tal recurso, orientação, no entanto, extremamente controvertida na jurisprudência dos Tribunais Superiores; e o terceiro, o de se criar uma nova figura recursal, qual seja a dos embargos de declaração ‘prequestionadores’, que não teriam as finalidades do art. 535 do CPC, mas, sim, a finalidade de ‘prequestionar’.

José Miguel Garcia Medina (*Ibidem*, p. 233) apresenta solução às próprias questões que levanta, acima transcritas, bem como todas estas encontram-se elucidadas com o NCPC, conforme mostrar-se-á na sequência.

O prequestionamento é realizado, em regra, pela parte, quando da formulação de suas razões recursais, na interposição do recurso de apelação. O levantamento das questões apresentadas nas razões do recurso ensejará a manifestação do juízo sobre o assunto; ocorrendo tal procedimento regularmente, tem-se o prequestionamento no momento em que o órgão a quo ventila a causa (MEDINA, 2012).

O dito prequestionamento realizado por meio dos embargos de declaração, portanto, tem como pressuposto prévio debate estabelecido nas razões recursais, já que, sendo vedado ao juízo pronunciar-se sobre questão não suscitada, de igual modo não seriam sequer passíveis de conhecimento os embargos de declaração que visassem apenas e tão somente incitar o órgão judicante a declarar-se sobre um determinado tema, se o assunto já não tivesse sido levantado em razões recursais (MEDINA, 2012).

Verifica-se que em sede de embargos declaratórios não ocorre o prequestionamento em si, como ato das partes de suscitar questão para que o juízo decida sobre esta, mas, no máximo, perfectibiliza-se o prequestionamento, eis que antes tratava-se de matéria suscitada pela parte e omitida pelo magistrado e, com a oposição dos embargos, busca-se a manifestação sobre o ponto que restou omissivo, contraditório ou obscuro.

Assim, aduz José Miguel Garcia Medina (*op.cit.*) que se poderia entender que a parte, então, “re-prequestionaria” a matéria através da oposição dos embargos de declaração, isso porque já teria ocorrido o prequestionamento e, não havendo manifestação do órgão julgador, a respeito da questão constitucional ou federal, através dos embargos de declaração se visaria a alcançar a supressão da omissão, mas não o prequestionamento, que já é de ter ocorrido.

Quanto ao momento da parte prequestionar, Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 182), asseverou que o prequestionamento deve ser feito antes do julgamento, “seja na inicial, na contestação, nas razões do recurso de apelação ou de agravo de instrumento, ou, ainda, nas contrarrazões”.

No mesmo viés de José Miguel Garcia Medina (2012) e Pedro Miranda de Oliveira (2013) também afirmaram que apenas em hipótese de omissão do tribunal sobre a aplicação dos dispositivos indicados como violados na sentença é que são cabíveis aos alcunhados embargos de declaração prequestionadores, sendo defeso às partes, levantar questão nova em sede de embargos declaratórios.

No mesmo sentido, anteriormente, Athos Gusmão Carneiro (2005, p. 38), asseverando que:

Os embargos só se prestam se, antes de proferido o acórdão embargado, o recorrente já suscitara a questão federal, e a respeito manteve-se, todavia, omissivo o aresto; não se prestam os embargos, portanto, para suscitá-la originalmente, para inovar na matéria.

Quanto à necessidade de interposição de embargos de declaração, mesmo quando houve manifestação explícita da decisão sobre a questão constitucional ou federal, lecionou José Miguel Garcia Medina (2012, p. 225):

Quando a própria decisão recorrida viola a norma jurídica, não há falar em necessidade de prequestionamento pela parte, através de embargos de declaração. Efetivamente, não há razão lógica para tal exigência, pois o requisito imposto pela Carta Magna à admissibilidade do recurso extraordinário ou especial já se encontra presente.

O entendimento é de que os embargos de declaração não se podem prestar a apresentar matéria que já existe na decisão embargada, a não ser que haja contradição, obscuridade ou omissão, pois conforme já explicitado neste capítulo, o NCPC traz novas noções sobre os embargos de declaração prequestionadores, solucionando algumas das dúvidas que pairavam sobre o sistema recursal pátrio desde que os recursos excepcionais foram preconizados. O art. 1.025, do NCPC enuncia:

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 (BRASIL, 2015).

Conforme já discutido, viu-se que quando omissos o acórdão e interpostos embargos de declaração para suprir o vício, estes deveriam ser necessariamente julgados para que se cumprisse o requisito do prequestionamento. Tal entendimento consolidou-se no STJ com a edição da Súmula 211 (MEDINA, 2015).

Levando-se em consideração que somente serão consideradas prequestionadas as causas decididas, os embargos de declaração prequestionadores podem se mostrar uma saída para o recorrente atingir a instância excepcional, porquanto através do seu julgamento, de acordo com Rodrigo Mazzei (2015, p. 2238): “a decisão derivada poderá sanear a decisão embargada, examinando questões (causas) que se pretende levar às Cortes Superiores”.

Para que isso se perfectibilize, é necessário que estejam indicadas nos embargos de declaração as questões não apreciadas no acórdão recorrido, bem como a pertinência e importância de sua análise. Assim, pode-se concluir que não se verifica um outro tipo de embargos de declaração, como dantes já se elucubrou,

mas sim, de manejo do recurso para que os pontos omissos do acórdão primitivo sejam decididos.

O referido autor, Rodrigo Mazzei (2015) apontou que essa nova noção trazida pelo CPC/2015 é proveniente da conjunção da Súmula 282, do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”) com a Súmula 356, do STF (“O ponto omissos da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”).

Essa inovação trazida pelo NCPC, sem dúvidas, traz ampliações quanto à noção de prequestionamento, uma vez que o fenômeno passa a admitir também uma situação nova, segundo salientou Rodrigo Mazzei (*Ibidem*, p. 2.285): “ser considerada prequestionada a questão não examinada, a partir do exame dos elementos que foram indicados nos embargos de declaração, e que não foram prestigiados no seu respectivo julgamento”.

José Miguel Garcia Medina (2015, p. 1.420), asseverou, através de jurisprudência que:

O Supremo Tribunal tem reafirmado a sua jurisprudência – já assentada na Súm. 356 –, no sentido de que, reagitada a questão constitucional não enfrentada pelo acórdão, mediante embargos de declaração, se tem por prequestionada a matéria, para viabilizar o recurso extraordinário, ainda que se recuse o Tribunal a quo a manifestar-se a respeito. (STF, RE 231.452/PR, j. 31.08.2004, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

É possível depreender, através da leitura do art. 1.025, do NCPC, que esta colide frontalmente com o texto da Súmula 211/STJ quando dispõe ser inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

O art. 1.025 quer consagrar o que parcela da doutrina e da jurisprudência chama de ‘prequestionamento ficto’, forte no que dispõe a Súmula 356 do STF. A regra, bem-entendida a razão de ser do recurso extraordinário e do recurso especial a partir do ‘modelo constitucional do direito processual civil’, não faz nenhum sentido e apenas cria formalidade totalmente estéril, que nada acrescenta ao conhecimento daqueles recursos a não ser a repetição de um verdadeiro ritual de passagem, que vem sendo cultuado pela má compreensão e pelo mau uso do enunciado da Súmula 356 do STF e pelo desconhecimento da Súmula 282 do STF e da Súmula 211 do

STJ. Mais ainda e, sobretudo, pela ausência de uma discussão séria e centrada sobre o que pode e sobre o que não pode ser compreendido como 'prequestionamento', tendo presente a sua inescindível fonte normativa, qual seja, o modelo que a Constituição Federal dá aos recursos extraordinário e especial, e, para ir direito ao ponto, à interpretação da expressão 'causa decidida' empregada pelos incisos III dos arts. 102 e 105 da CF (BUENO, 2015).

A prática, contudo, certamente aplaudirá a iniciativa na expectativa (ingênua), somada à previsão do art. 941, § 3º, de que boa parte dos problemas relativos ao prequestionamento – a começar pela sua demonstração – estará superada pela apresentação dos tais 'embargos de declaração prequestionadores'. Sobre o ponto, aliás, cabe evidenciar que na revisão final a que o texto do novo CPC foi submetido antes de seu envio à sanção presidencial a palavra original, constante do Projeto da Câmara, 'pleiteou' foi substituída por 'suscitou'. Para quem conhece a prática do foro sobre o que é e sobre o que não é prequestionamento, há diferença patente (BUENO, 2015).

Pleitear parece ser algo mais incisivo, no sentido de ter de haver, nos embargos de declaração, pedido claro 'para fins de prequestionamento'. Suscitar, por sua vez, que é o verbo afinal empregado, dá margem a entendimento mais brando no sentido de ser suficiente que o tema tenha sido tratado em passant, ventilado, como se costuma dizer, nos embargos. A 'redação' final, destarte, só acaba por aprimorar o ritual referido acima (BUENO, 2015).

A conclusão, *a priori*, é de que o referido dispositivo supera o entendimento firmado pela Súmula 211, derrubando concepção que já estava fortemente alicerçada no ordenamento jurídico brasileiro ao afirmar ser desnecessário o exame dos pontos suscitados nos embargos de declaração prequestionadores. Havia nítida divergência de entendimento entre o STF, o qual admitia o prequestionamento ficto, e o STJ, o qual não o permitia, de maneira que o NCPC surgiu com o intuito de uniformizar os entendimentos.

Assim, optou o legislador pela orientação dominante manifestada pela jurisprudência do STF, no sentido de que, "tendo as partes apresentado embargos de declaração, e sendo esses indevidamente rejeitados, consideram-se examinados e repelidos os fundamentos apresentados pelas partes (MEDINA, 2015, p. 1421)".

Ainda, quanto à aplicação do art. 1.025 do NCPC nos outros ambientes processuais, Rodrigo Mazzei (2015, p. 2285), afirmou que:

Não existindo dispositivo semelhante em outros ambientes processuais, tais como nos processos trabalhista e eleitoral, sua aplicação deve se efetuar de forma supletiva e subsidiária (art. 15, do NCPC). No âmbito do processo penal, o art. 1.025 do NCPC também merece ser recepcionado, em razão do disposto no art. 3º do CPP, que prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica.

Por fim, faz-se ressalva importantíssima ainda no âmbito do art. 1.025, do NCPC, salientando-se que, apesar do dispositivo ser lacônico ao afirmar que deve ser considerada prequestionada a matéria ainda que não apreciada pelo juízo, isso não se aplica em caso de embargos protocolados de forma intempestiva, uma vez que estes não possuem efeito interruptivo.

Importa, no entanto, compreender efeito translativo do recurso especial e recurso extraordinário e as questões de ordem pública no NCPC, conforme se segue a breve abordagem.

4.2.2 O Efeito Translativo do Recurso Especial e Recurso Extraordinário e as Questões de Ordem Pública no Novo CPC

A interposição de um recurso no processo enseja determinadas consequências, decorrentes desta novidade processual que se agrega ao feito; essas consequências, por sua vez, consistem em efeitos jurídicos diversos, que nascem em virtude do novo ato processual – o recurso (OLIVEIRA, 2013).

O primeiro efeito dos recursos é o de obstar a coisa julgada. Para Pedro Miranda de Oliveira (2013, p. 191):

É uma consequência inerente a todo e qualquer recurso, decorrente da sua interposição, qual seja o efeito de prolongar a pendência da causa, evitar a formação da coisa julgada e, destarte, impedir o trânsito em julgado da decisão recorrida.

Além do referido efeito, porém, a doutrina clássica converge no sentido de apontar dois efeitos recursais: o devolutivo e o suspensivo. A doutrina mais recente, por sua vez, já enumera outros efeitos recursais, como o expansivo, o translativo e o substitutivo (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013). Contudo, o foco dessa discussão está no efeito translativo.

O efeito translativo é definido por Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2011, p. 215) como: “o conhecimento de certas questões de ordem pública, mesmo com a inoportunidade de provocação da parte recorrente e da discussão do tema em instância inferior”.

A presença do efeito translativo nos recursos excepcionais é, porém, pauta ainda polêmica no sistema recursal brasileiro; a doutrina processualista mais atual afilia-se à possibilidade de existência de efeito translativo nos recursos excepcionais, tendo, inclusive, o NCPC positivado o texto da Súmula nº 456, do STF, alcunhada como carro-chefe do efeito translativo, em respeito ao princípio da primazia das decisões de mérito.

É importante esclarecer que efeito translativo diz com a possibilidade de o tribunal conhecer matérias de ordem pública “*ex officio*” ao julgar o inconformismo, sem que, a seu respeito, tenha havido decisão anterior.

Essa possibilidade é pacificamente aceita no caso dos recursos ordinários. Porém, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 673):

Existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a existência de efeito translativo nos recursos especial e extraordinário. [Quando necessário se faz salientar que] a corrente doutrinária contrária ao efeito translativo nos recursos extraordinários encontra fundamento para tal posicionamento na ausência de prequestionamento de tal matéria.

No âmbito específico do recurso especial, anteriormente, Angélica Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (2013, p. 25), expõem a controvérsia jurisprudencial que envolve a atribuição de efeito translativo a essa espécie recursal nas seguintes palavras:

O STJ tem, com acerto, não admitido a veiculação, no bojo do recurso especial, de questões federais não devidamente prequestionadas, ainda que as mesmas pudessem ter sido objeto de decisão ‘*ex officio*’ por parte do tribunal local [...]. Todavia, há acórdãos que adotam linha menos vigorosa. Encampam orientação no sentido de que é possível ao STJ vir a conhecer ‘*ex officio*’ de determinadas matérias em recurso especial, tal como se de recurso ordinário se tratasse, desde que o recurso especial seja conhecido (isto é, desde que presentes os pressupostos de admissibilidade desse recurso).

Consoante mencionado na última parte do fragmento transcrito, percebe-se a existência de muito que inúmeros precedentes do STJ que vêm reconhecendo

a possibilidade de apreciar de ofício matérias de ordem pública não prequestionadas após a recepção do recurso.

O art. 1.034, do NCPC, traz a última mudança significativa e pertinente ao tema abordado nesse trabalho, que é, praticamente, a positivação da Súmula 456, do STF, a qual enuncia que os tribunais superiores julgarão os recursos, aplicando-se o direito, do qual se transcreve:

Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.

parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

Retomando o já dito, vê-se que o caput do art. 1.034, do NCPC, positiva a Súmula 456, do STF. Em decorrência desse enunciado, tornou-se comum dizer que os tribunais superiores, ao analisar os recursos especial e extraordinário, rejudgam a causa, não sendo meras Cortes de Cassação – tema já abordado em capítulo anterior.

O problema, todavia, residia em estabelecer e delimitar as diretrizes para esse rejudgamento da causa. Nesse sentido, Pedro Miranda de Oliveira (2015, p. 2307), resume os fatos apontando que os tribunais superiores deverão receber os fatos tais como foram postos no acórdão recorrido e “rejudgarão as questões decididas na instância de origem, já que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso extraordinário (Súmula 279 do STF), tampouco recurso especial (Súmula 7 do STJ)”.

Com a edição do novo dispositivo legal, verifica-se a questão da ampla devolutividade nos recursos excepcionais. Pedro Miranda de Oliveira (2015, p. 2307), complementando o tema, ensina que é prosaico que se formulem pleitos perante o Judiciário alicerçados em pluralidade de causas de pedir; por corolário, a defesa sustenta sua tese em mais de um fundamento, diz-se que: “A causa de pedir é a razão em virtude da qual se formula um pedido (se propõe uma ação) perante o Poder Judiciário”.

Vislumbra-se certo paralelismo entre os conceitos de causa de pedir e fundamentos da defesa, o que demanda tratamento jurídico simétrico aos mesmos, pois a causa de pedir é toda aquela *ratio* que, por si só, pode levar à procedência da

demanda; assim como fundamento da defesa é a ratio que, por si só, pode levar à improcedência do pedido, ou à extinção do processo sem julgamento do mérito (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015).

Pedro Miranda de Oliveira (2015, p. 2308), utiliza exemplo para melhor realizar sua explanação sobre a ampla devolutividade dos recursos excepcionais, novidade trazida pelo NCPC:

Imagine-se que A impetire mandado de segurança contra o Fisco, afirmando não poder ser cobrado por certo tributo, por ter havido prescrição e também por ser ilegal alíquota aplicada. Na sentença, o juiz acolhe a prescrição. O mesmo se faz no acórdão, que julga o recurso interposto pelo Fisco. O Fisco maneja, então, recurso especial, e neste recurso se decide não ter havido prescrição. Então, é claro, deve haver pagamento. É claro? Mas e a questão (=outra causa de pedir) da ilegalidade da alíquota? Fica sem solução? Não tendo sido aquela causa de pedir examinada, a ação poderia ser reproposta? Os autos deveriam retornar à segunda instância, para que houvesse decisão a respeito da outra causa de pedir?

Explica o doutrinador que, na vigência do CPC/1973, os recursos especial e extraordinário não eram dotados de efeito devolutivo em dimensão vertical, pois o tribunal superior, via de regra, limitava-se a compulsar o acórdão recorrido e o recurso, para fins decisórios. E, complementando, Pedro Miranda de Oliveira (2015, p. 2308), afirmou que:

Se os tribunais superiores admitissem certa dose de verticalidade no efeito devolutivo do recurso especial e no recurso extraordinário, este dever do Tribunal não seria tão relevante, e seu descumprimento não geraria consequências desastrosas. Foi exatamente por esta solução que o legislador optou.

No NCPC, então, há a expressa permissão para que o tribunal superior decida sobre as demais causas de pedir, contrariando os ditames até então predominantes na doutrina e jurisprudência processuais, e dando aos recursos excepcionais o efeito devolutivo em sua dimensão vertical.

Nesse mesmo tocante, porém, indo por um viés um pouco diferente, cabe fazer um à parte sobre outro tema deveras polêmico no regime anterior: a existência do efeito translativo no âmbito dos recursos excepcionais.

É sabido que a devolutividade dos recursos dá-se de forma bidimensional; enquanto o plano horizontal refere-se à extensão do recurso (matérias), sendo

limitado ao recorrente, o plano vertical é aquele que possibilita ao magistrado atingir em profundidade a cognição dos fundamentos defendidos.

Isso posto, Pedro Miranda de Oliveira (2015, p. 2309) assevera que o “efeito translativo é um plus ao princípio do efeito devolutivo, pois amplia a devolutividade do recurso no que tange a seus dois planos”.

Quanto ao plano horizontal, prossegue o autor assinalando que o efeito translativo ativa a possibilidade de se devolver ao tribunal até mesmo as matérias que não restaram abordadas na decisão/impugnação; no plano vertical, devolve ao tribunal fundamentos que não foram objeto da decisão/impugnação (*op.cit.*).

O efeito translativo tem sua origem no princípio inquisitório, enuncia que “as questões de ordem pública podem ser apreciadas de ofício pelo juiz ou tribunal, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015, p. 2039)”.

Dessa forma, nestes casos de matéria de ordem pública, o órgão julgador se vê livre para julgar para além dos rígidos limites recursais – tanto extensão quanto profundidade –, inclusive na seara dos recursos excepcionais, inovação trazida pelo NCPC (art. 485, § 3º) que pôs fim às discussões travadas na vigência do antigo CPC. Nesse tocante, impreterível mencionar o texto do art. 485, § 3º, do NCPC, que traz modificação em relação à redação de seu artigo correspondente, o 267 – que se extinguia o processo, sem resolução de mérito, pois que o § 3º, do NCPC, dispõe que:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

§ 3º. O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado (BRASIL, 2015).

Primeiramente, vê-se que houve acréscimo na redação do artigo, incluindo-se o inciso IX (“em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal”) nas ditas matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo magistrado. O restante das matérias de ordem pública, antes prevista no art. 301, CPC, agora encontra correspondência no art. 337, NCPC (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015).

A mudança significativa para o âmbito dos recursos excepcionais, porém, encontra-se na redação final do art. 485, § 3º, tendo havido alteração do texto anterior, que segundo José Miguel Garcia Medina (2015, p. 1520), versava: “[...] em

qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, [...], para [...] em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”.

Ou seja, não mais se pode suportar a corrente doutrinária que pregava o conhecimento de ofício de matérias de ordem pública apenas em instâncias ordinárias, possibilitando a nova redação do art. 485, § 3º, conjugada com o art. 1.034, verificar-se a plena possibilidade do conhecimento das matérias de ordem pública de ofício nos recursos excepcionais, ainda que não restem prequestionadas, aplicando-se o efeito translativo.

Entende-se, então, que para que se opere o efeito translativo, basta que o recurso excepcional seja admitido. Uma vez ultrapassada tal etapa, sendo este admitido por um fundamento, abre-se a instância e aí a causa deverá ser re julgada. Na oportunidade, poderá o tribunal superior apreciar de ofício qualquer questão de ordem pública (matéria ou fundamento), aplicando o direito à espécie.

5 CONCLUSÃO

Esta dissertação discutiu as principais mudanças advindas com a entrada em vigor em 18 de março de 2016 do NCPC, no que tange a matéria do prequestionamento, principalmente com a consagração expressa da tese do prequestionamento ficto, art. 1.025, que trata das Súmulas 356/STF e 211/STJ.

Esse entendimento foi possível pela abordagem e entendimento das premissas do direito processual, quando se enfatizou os princípios constitucionais intrínsecos que promovem a transformação do Direito Processual em Sociedade e pela Sociedade, a partir da análise conceitualmente dos recursos quanto a sua importância e relevância constitucional, bem como as questões em torno da admissibilidade recursal.

Compreende que a todo e qualquer recurso é dever da parte evidenciar o cumprimento dos requisitos de admissibilidade dos recursos aos tribunais superiores, onde a redação inicial do artigo 1.030 do NCPC, originalmente, previa que os recursos especiais e extraordinários deveriam ser enviados diretamente aos tribunais superiores, sem prévio juízo de admissibilidade nos tribunais de origem. No entanto, este foi modificado na redação final.

Não se pode negar que tal dispositivo representava um compromisso com a celeridade, pois, no modelo do antigo CPC de 1973, previa que as partes, quando tinham negado o seguimento ao seu recurso em 2º Grau, recorriam às Cortes Superiores e, se a decisão denegatória fosse mantida, interpolavam agravo regimental, fazendo com que a mesma tese fosse julgada três vezes, tornando demorado ainda mais o julgamento da lide.

Na análise feita dos requisitos de admissibilidade dos recursos, a ideia de alterar sistemática não foi bem recebida pelos demais ministros, que argumentavam que aumentaria muito a carga de trabalho dos tribunais superiores, defendendo as mudanças no referido dispositivo, para que retornassem à sistemática anterior, e conseguiram, pois a Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, retomou o que já existia no CPC de 1973.

Compreende-se, também, que ambos posicionamentos, seja este o proposto ou o mantido, tem representatividade de filtros ineficientes de acesso às

instâncias superiores, tendo em vista não evitam o processamento de recursos desnecessários e, dessa forma, se tona impossível que o STF e o STJ julguem, de forma efetiva e célere, todos os recursos interpostos, o que, de fato, também, não nenhuma novidade.

Mesmo em se tratando de um CPC recente, é necessária uma efetiva revisão no sentido que envolve a admissibilidade do recurso.

É sabido, também, que a solução não reside na realocação da competência sobre a admissibilidade de recursos, conforme foi proposto no projeto original do NCPC, porque por si só, não incide na alteração e quantidade de recursos, que não deixarão de serem interpostos. Mas, imperioso se faz compreender a única diferença existente entre se o controle dos recursos fica concentrado nos tribunais superiores ou se difuso nos diversos tribunais estaduais e regionais, pois se entende que a verdadeira mudança depende, somente da forma como esse controle deverá, e será, feito.

A bem da verdade, a compreensão que se chega é que a resposta plausível para a referida questão da admissibilidade do recurso engloba uma discussão muito mais importante sobre o papel dos tribunais superiores que envolve o direito no cenário brasileiro.

Compreende-se que o papel constitucional considerado como verdadeiro do STF e STJ está em decidir, respectivamente, sobre as questões que envolvem a interpretação da Constituição e da legislação federal na ordem jurídica brasileira, que, nada mais é, que determinar a última palavra no tocante à interpretação da lei e da Constituição, com a finalidade de promover a harmonização do sistema jurídico no Brasil e, conseqüentemente, muni-lo de segurança.

Não se pode olvidar da sobrecarga existente nos tribunais, sendo, inclusive, impossível a realização do trabalho baseado no processo hermenêutico que se é necessário para a referida harmonização do sistema, e, dessa forma, se reduz o STF e STJ ao papel de serem meras casas revisoras.

Assim, considerando esse entendimento, ao discorrer no bojo dessa pesquisa, sobre recurso especial e recurso extraordinário, buscou-se, primeiramente salientar o conceito de recursos excepcionais à luz da análise dos requisitos para admissibilidade e pressupostos de cabimento do juízo de admissibilidade e juízo de mérito, quando se definiu juridicamente o que vem ser prequestionamento, salientando brevemente o histórico, as repercussões e atuais entendimentos, debate

do prequestionamento entre as partes no curso da demanda, e a exigibilidade para constar na decisão objurgada.

Compreendeu-se que o prequestionamento é uma exigência que dificulta o acesso de jurisdicionados às instâncias superiores, cuja parca disciplina é realizada apenas a partir de enunciados sumulares antigos. Não existe contemporaneamente qualquer preceptivo infraconstitucional que normatize a matéria. Entretanto, com a vigência do NCPC houve algumas mudanças consideradas como significativas no prequestionamento dos recursos excepcionais, quanto às questões do voto vencido, do prequestionamento ficto como regra; do efeito translativo do recurso especial e recurso extraordinário, e das questões de ordem pública.

Entendeu-se, na análise das mudanças ocorridas no NCPC que sua elaboração representa a tentativa de superação da morosidade na prestação jurisdicional, que tem sido um dos principais fatores da perda de confiabilidade e credibilidade no poder judiciário. E, na medida em que, parte da premissa de que a razoabilidade na duração do processo é pressuposto para que se tenha acesso a uma ordem jurídica justa, a comissão de juristas que foi responsável pela preparação do NCPC buscou enfatizar a simplificação do procedimento, quando eliminou e readequou algumas etapas do processo, que são cheias de exacerbados formalismos, considerados na prestação jurisdicional, inadequadas por não serem céleres.

Ao longo da análise foi possível compreender as modificações introduzidas que resultaram no NCPC, principalmente, com consideráveis previsões para o sistema recursal, tendo em vista que, conforme já esposado, historicamente, os recursos quase sempre foram vistos como os vilões de uma resposta rápida por parte do poder judiciário, quando da imputação ao referido mecanismo de impugnação das decisões judiciais incluindo o problema que faz referência ao acúmulo de processos nos órgãos encarregados da distribuição de justiça.

Por tais razões, não se pode negar que o NCPC, antecedeu e acompanhou as recentes reformas processuais, quando da inclusão de alterações na sistemática recursal, com a finalidade precípua de imprimir maior presteza ao processo, flexibilizando alguns aspectos no que tange à sua admissibilidade, além de suprimir algumas espécies recursais.

Assim, ao responder ao questionamento sobre com as mudanças ocorridas no NCPC, e na medida em que o Direito Processual se encontra em transformação, quais as mudanças ocorridas no prequestionamento com a entrada em vigor do NCPC, em 18 de março de 2016, principalmente em relação à consagração expressa da tese do prequestionamento ficto, art. 1.025, compreendeu-se que no referido Instituto, no tocante à interposição dos embargos de declaração – ainda que estes sejam inadmitidos ou rejeitados – para efeitos prequestionadores, houve significativa alteração no referido artigo, quando da consagração do entendimento que antes havia sido adotado pelo STF, quando a Súmula 356, principalmente porque no NCPC existe a consagração da tese do prequestionamento ficto no referido artigo.

Percebe-se que o prequestionamento ficto é aquele que se considera ocorrido com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão judicial, independentemente do êxito desses embargos.

Nesse contexto, chega-se à conclusão de que mesmo diante da inexistência do julgamento da matéria – controvertida e decidida – com a interposição dos embargos são considerados incluídos no acórdão os elementos ventilados nos aclaratórios opostos para fins de prequestionamento. Anteriormente ao NCPC, eram acalorados os debates em torno da questão, sobretudo, nos Tribunais. As cortes superiores vinham admitindo três espécies distintas de prequestionamento: o implícito – quando deixa de mencionar o texto ou número do dispositivo afrontado; expresso ou explícito; e o prequestionamento ficto.

Com o NCPC o prequestionamento ficto, é o reflexo da antes aludida Súmula 356 do STF. Desse modo, com a simples apresentação dos embargos de declaração, anunciada com o propósito de prequestionar matéria jurídica pelo tribunal *a quo*, ainda que não enfrentado e julgado, tem-se que o tema fora prequestionado, permitindo, assim, que seja analisado pelo tribunal superior.

Assim, confirma-se a primeira hipótese, porque o Direito Processual se encontra sim em transformação, e, dessa forma, as principais alterações do NCPC no prequestionamento estão nas questões do voto vencido, no prequestionamento ficto como regra, no efeito translativo do recurso especial e recurso extraordinário, e nas questões de ordem pública que envolve o Instituto.

Confirma-se também a segunda hipótese que a partir da consagração da tese do prequestionamento ficto, art. 1.025, do NCPC, então a Súmula 211/STJ, se

encontra SUPERADA, pois o entendimento fixado na Súmula 211 do STJ foi rejeitado pelo NCPD, que como e observou consagra em seu art. 1.025 a tese do prequestionamento ficto. Ademais, no tocante ao STF, a Súmula 356/STF, já contempla o disposto no referido artigo.

Dessa forma, com a entrada em vigor do Instituto, a Súmula 211 do STJ restará, sim, SUPERADA, mesmo essa Corte não admitindo o prequestionamento ficto, porque adota o entendimento de que, para fins de prequestionamento, não basta a simples interposição de embargos de declaração, sendo necessário que o tribunal inferior emita juízo sobre a questão.

Com efeito, uma vez rejeitados os embargos declaratórios, interpostos com a finalidade de trazer a debate tema sobre o qual se omitiu o tribunal a quo, não se tem por suprido o requisito do prequestionamento e, conseqüentemente, o recurso especial não será admitido.

Mas, imperioso lembrar que de acordo com o NCPD, a simples interposição dos embargos de declaração já é suficiente para prequestionar a matéria, **ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade**, conforme enuncia o art. 1.025, do NCPD.

Face ao exposto, conclui-se que o requisito constitucional do prequestionamento é indispensável para a admissibilidade dos recursos especiais.

Contudo, é preciso ressaltar que, em que pese a readequação do sistema recursal brasileiro aos anseios de efetividade da prestação jurisdicional, com as necessárias alterações relativas ao excesso de formalidades previsto pelo Código de 1973, não se pode creditar exclusivamente aos recursos o problema da morosidade que afeta a atuação do Poder Judiciário. Na verdade, cerca de 90% dos processos ainda pendentes tramitam na primeira instância, demonstrando que apenas cerca de 10% encontram-se aguardando julgamento na justiça de segundo grau, ou seja, a quantidade de recursos pendentes de apreciação é consideravelmente inferior aos processos ainda não sentenciados.

Dessa forma, é indubitável que a demora é um efeito do descompasso entre o aumento das reivindicações por justiça perante o poder judiciário e sua real capacidade para atender tais demandas, sendo que parcela da inoperância na efetividade da prestação jurisdicional decorre de diversos fatores relativos à

inadequação dos instrumentos que detêm os tribunais para o julgamento das lides, e isto inclui a própria legislação.

A criação de uma comissão com a reunião de estudiosos do tema, operadores de diversos segmentos envolvidos na situação e conhecedores das mazelas que afligem o processo e o Poder Judiciário é uma iniciativa louvável.

E, não se pode olvidar que a elaboração do NCPC com as modificações introduzidas no sistema recursal representa o primeiro passo para a superação da morosidade da justiça, mas, ao contrário das falsas expectativas até então criadas, não pode ser considerada a salvação para o processo.

Entende-se que o novo diploma será uma grande oportunidade para que se pacifiquem orientações e se corrijam distorções que hoje existem em torno do prequestionamento, aumentando as chances de prestar a jurisdição de forma mais adequada e célere, pois, mesmo que não se caminhe para extinguir o requisito, ao menos o seu tratamento ganhará certa disciplina, uniformidade e clareza.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Teoria geral do prequestionamento. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n.97, p.71/81, abril, 2011.
- ALVAREZ, Anselmo Pietro; NOVAES FILHO, Wladimir. **A constituição dos EUA anotada**. São Paulo: LTr, 2008.
- ALVIM, Eduardo Arruda Alvim; ALVIM, Angélica Arruda. **Manual de Direito processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016.
- AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Breves notas sobre o prequestionamento no Novo Código de Processo Civil**. In: RUBIN, Fernando; REICHELDT, Luis Alverto (Org.). *Grandes temas do Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O Direito fundamental, a razoável duração do processo e a reforma do poder judiciário: uma desmi(s)tificação**. 2010. Disponível em: <http://www.adonias.adv.br/artigos/TGP_2.pdf>. Acesso em 17 jun. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Brasília, 1988.
- _____. **Lei Nº 8.950/94**, dispõe sobre os preceitos da Lei de Recursos que passaram a fazer parte do Código de Processo Civil (CPC). Brasília, 1994.
- _____. **Lei nº 9.756/98**, dispõe sobre a ciência do agravo para dar provimento ao recurso especial. Brasília, 1988.
- _____. **AgRg no AREsp 551.683/RS**. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Data do julgamento:16.09.2014.DJ 23.09.2014.
- _____. **Lei nº 13.105/2015**, que dispõe sobre o Novo CPC. Brasília, 2015.
- _____. **Mensagem nº 56**, de 16 de março de 2015. Presidência da República. Disponível Site: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/Msg/VEP56.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.
- BRUYNE, P. et. al. **Dinâmica da pesquisa em ciências sociais**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1991.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 08 mai. 2016.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais - técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Do agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravo e agravo interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os tribunais superiores**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014.

DELGADO, José Augusto. **Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal**. Manifestações doutrinárias. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodvim, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual**. Salvador: Juspodvim, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FELTEN, Maria Silvana. O prequestionamento nos recursos excepcionais cíveis. **Revista Jus Plenum**, Caxias do Sul, ano VIII, n.43, (jan/fev.) 2012.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de Declaração**: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo Código de Processo Civil**: principais modificações. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOLDEMBERG, Miriam. **A arte de pesquisar**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

GOUVÊA, José Roberto Ferreira; NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral do processo e procedimento.** São Paulo: Saraiva, 2015.

HIPÓLITO, Jaqueline Brizante Orteney. O prequestionamento como requisito de admissibilidade para os recursos especial e extraordinário. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, n.122, p.64/81, maio 2013.

JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 53.

JORGE, Flávio Cheim. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANGONE, Kátia Aparecida. **Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZEI, Rodrigo. Prequestionamento. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. (Coord.) **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. **Recursos e ações autônomas de impugnação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil: alterações substanciais.** São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: Juspodium, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2015, p.672.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. Embargos declaratórios: Efeito integrativo (prequestionamento virtual). In: DIDIER Jr, Fredie et alii (orgs.). **Novas tendências no processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2014.

ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**: Teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal. Da ordem dos processos no tribunal. Leis n. 11.187, de 19-10-2005, 11.232, de 22-12-2005, 11.276 e 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Coords. Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Roberto Gouveia. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REsp **53.224-8-SP**, 3ª Turma do STJ, rei. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 19-12-1994.

RSTJ, **27/466**.

SAID FILHO, Fernando Fortes. Breves considerações acerca dos recursos no novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 94, p. 91110, abr./jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, n. 114.

SILVA, Maria Eduarda Andrade e. **Prequestionamento**: Constitucionalidade, Análise na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e Disciplina no Projeto do Novo Código de Processo. Brasília: Universidade de Brasília/Faculdade de Direito, 2014.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. Belo Horizonte: Maza Edições, 2014.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. **O prequestionamento no recurso especial**. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. **AgRg no AREsp 512358/DF**. Processo Civil. Agravo Regimental. Agravo em Recurso Especial. Plano de Saúde. Violação de Dispositivo de Lei Federal. Falta de Prequestionamento. Súmulas N. 211 do STJ e 282 do STF. Limitação do Tempo de Internação. Coparticipação do Beneficiário. Cláusula Contratual Nula. Incidência das Súmulas N. 5 E 7 Do STJ. 3 mar. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. Plenário. **AgRg ERE 96.802**. Relator: Alfredo Buzaid, DF, DJ de 04.11.1983.

_____. STJ - RECURSO ESPECIAL: **REsp 1450416 GO 2014/0092711-1**. Processual Civil. Agravo Regimental. Embargos Declaratórios. Nulidade. Negativa De Prestação Jurisdicional. Decisão Agravada Mantida. 2014.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Sistema dos recursos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto *et.al.* **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TONIOLO, Ernesto José. Os requisitos de admissibilidade dos recursos no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). In: RUBIN, Fernando; REICHELDT, Luis Alberto (Org.). **Grandes temas do novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Limites ao efeito translativo dos recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.