Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Gabriela Shirozaki Cunha

A (in)constitucionalidade do Prequestionamento Ficto como Requisito de Admissibilidade dos Recursos Constitucionais Segundo o Novo Código de Processo Civil.

Brasília

2016

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

A (in)constitucionalidade do Prequestionamento Ficto como Requisito de Admissibilidade dos Recursos Constitucionais Segundo o Novo Código de Processo Civil.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Carvalho

Brasília

2016

GABRIELA SHIROZAKI CUNHA

O Prequestionamento Ficto como Requisito de Admissibilidade dos Recursos Constitucionais Segundo o Novo Código de Processo Civil.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Carvalho

Brasília, 02 de setembro de 2016.

Banca Examinadora

_____

Prof. Paulo Gustavo Carvalho,
Orientador

_____

Prof.

_____

Prof.

Agradecimentos

Em primeira ordem, agradeço a Deus por ter me concedido todas as oportunidades e, além disso, por me dar forças para que, nos momentos de dificuldade não desistisse.

Aos meus pais, Nilson e Tânia, a minhas irmãs Carolina e Letícia, por todo o carinho, amor e paciência durante o período de conclusão do curso.

Ao meu namorado, Daniel, por sua compreensão pela minha ausência e o mais importante seu apoio e carinho.

Ao meu orientador, Professor Paulo Gustavo, pela confiança e seu comprometimento com o trabalho. Obrigada por ter acreditado e me ajudado.

Aos meus colegas de faculdade, pela convivência sadia e amigável durante todos esses anos.

“O fato de acontecerem tantas coisas tristes e erradas não nos dispensa de procurarmos agir com integridade e correção. Estes não são valores instrumentais, mas fins em si mesmos. São requisitos para uma vida boa. Portanto, independentemente do que estiver acontecendo à sua volta, faça o melhor papel que puder. A virtude não precisa de plateia, de aplauso ou de reconhecimento. A virtude é a sua própria recompensa.”

(Luís Roberto Barroso, “Cinco lições sobre a vida e o Direito”, 2014)

Resumo

No presente trabalho, trataremos sobre o prequestionamento ficto sendo um requisito específico de admissibilidade do recurso especial bem como do recurso extraordinário estabelecido e pacificado pelo Novo Código de Processo Civil. Primeiramente, são apresentados os dois recursos constitucionais e suas Cortes de julgamento, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, como também seu requisitos e hipóteses de cabimento. Aborda-se o conceito de prequestionamento, sua origem e suas classificações afim de alcançar a explicação sobre o conceito jurisprudencial e doutrinário do prequestionamento ficto e sua exigência. Por fim, verifica-se a constitucionalidade do requisito exigido por uma lei infraconstitucional em se tratando de um requisito exigido pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Código de Processo Civil 2015. Recurso especial. Recurso extraordinário. Requisito de admissibilidade. Prequestionamento ficto. Inconstitucionalidade.

Lista de abreviaturas

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

g.n – grifos nossos

REsp - Recurso Especial

RE - Recurso Extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TRF - Tribunal Regional Federal

Sumário

Introdução.....9

1. RECURSOS EXCEPCIONAIS (RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO).....11

1.1 Recurso Especial e Extraordinário.....11

1.2 Objetivos.....14

1.3 Previsão legal.....17

1.4 Hipóteses de cabimento.....20

1.5 Requisitos.....27

1.6 Efeitos.....30

2. PREQUESTIONAMENTO.....33

2.1 Origem.....33

2.2 Classificação e tipos.....34

3. O ARTIGO 1025 DO CPC E O PREQUESTIONAMENTO.....43

3.1 Previsão Constitucional.....43

3.2 Análise da constitucionalidade dos dispositivos.....51

3.3 Eficácia do instituto.....56

CONCLUSÃO.....59

REFERÊNCIAS.....62

Introdução

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 105, inciso III e 102, inciso III, o cabimento de recurso especial e recurso extraordinário no ordenamento jurídico brasileiro. Há três hipóteses em que é cabível recurso especial. Há casos em que o julgado for proferido em única ou última instância e que em primeiro caso contrariar ou negar vigência a dispositivo de lei federal ou tratado. No segundo caso se considerar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. E por último se caso atribuir preceito de lei federal interpretação diferente da conferida por outro tribunal (SOUZA, 2014, p. 630 e 693).

O recurso tem como objetivo reexaminar a decisão judicial e é uma continuação do processo. Para que o juízo *ad quem* analise o recurso deve estar presente alguns requisitos de admissibilidade que é feito pelo juízo *ad quo*, o mesmo que proferiu a sentença em questão (NERY JUNIOR, 2014, p. 239). A decisão que é dada no juízo de admissibilidade é se conhece ou não conhece o recurso, ou seja, se caso a decisão for de conhecimento dos recursos quer dizer que este cumpri todos os requisitos de admissibilidade e deve ir para a instância superior para que esta julgue o mérito da questão.

Os requisitos de admissibilidade dos recursos estão vinculados as questões preliminares, se possibilitam ou não o exame do mérito do recurso. Se caso faltar algum recurso o tribunal *ad quem* não poderá julgá-lo (NERY JUNIOR, 2014, p. 265). O recuso especial só é cabível em casos de discussão de questões de direito legal federal. Questão de direito é a controvérsia que envolve validade, a vigência, a interpretação, enfim, da aplicação das normas que integram o ordenamento jurídico (LIMA, 1994, p. 15-19).

A Constituição Federal também exige que a matéria veiculada no recurso tenha sido prequestionada anteriormente, não é o caso de ter menção expressa do artigo que está sendo violado, mas deve ter sido discutido tal violação.

Mas em caso que a matéria foi meramente suscitada não considera que tenha sido prequestionada, o juízo deve ter decidido a questão para que se configura o prequestionamento (SOUZA, 2014, p. 635).

Segundo entendimento do STF previsto nas súmulas 282 e 356 do mesmo, são aplicadas ao recurso especial por analogia e com isso é aceito o prequestionamento implícito. Como já foi explicado, não é necessário que a matéria tenha sido discutida expressamente, ou seja, que esteja expresso a lei federal ou tratado violado mas basta que a matéria tenha sido questionada e resolvida (SOUZA, 2014, p. 694).

O prequestionamento é um dos dois requisitos de admissibilidade do recurso, com isso afirmamos que a matéria jurídica veiculada deve ter sido decidida até mesmo quando ocorre o surgimento de erro *in procedendo* no próprio julgamento do tribunal *a quo* (SOUZA, 2014, p. 635).

Quanto ao prequestionamento ficto, a questão que será discutida nesse trabalho, o STF entende que pode haver o prequestionamento ficto já o STJ entende que o prequestionamento ficto não configura o requisito de admissibilidade do recurso. Com isso, o Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigência no ano de 2016 entende e uniformizou o entendimento prevendo que o prequestionamento ficto vale como requisito de admissibilidade tanto nos recursos especiais como nos recursos extraordinários. Ou seja, mesmo que a questão não tenha sido decidida mas tenha sida questionada entende-se que teve o prequestionamento e cumpriu o requisito de admissibilidade.

Com isso escolhemos escrever no âmbito do Direito do Processo Civil. Uma área que está sendo muito discutida atualmente devido a grande mudança que sofreu e por ser uma das mais importantes no direito, se não a mais importante. Além de ser uma matéria que eu gosto muito e que me desperta curiosidade e com isso me estimula à estudar sobre.

1 Recursos Excepcionais

1.1 Recurso Especial e Recurso Extraordinário

De acordo com o dicionário Aurélio a palavra “recurso” vem do latim *recurrere,* que significa “tornar a correr, a percorrer” (FERREIRA, 1975, p. 206). O prefixo “re” recorda o ato de fazer novamente e o “*currere”* que significa correr. Ou seja, quem recorrer no âmbito jurídico quer uma *restitutio in integrum,* mesmo que parcial. E tem como objetivo atacar a decisão alegando nela haver nulidade, erro *in judicando* ou *in procedendo*, que dá ao indivíduo a vontade de voltar a situação processual anterior ao julgado que contrariou seu interesse (MANCUSO R. d., 2010, p. 21).

Segundo Bernardo Pimentel Souza (2013, p.41), os recursos têm dois significados, um amplo e um estrito. O sentido amplo é aquele que afirma que o recurso é todo remédio jurídico empregado para tutelar direito que se supõe existir. O segundo sentido é aquele definido segundo a linguagem técnica e é definido como um:

> “ato processual que pode ser praticado voluntariamente pelas partes, pelo Ministério Público e até por terceiro prejudicado, em prazo peremptório, apto a ensejar a reforma, a cassação, a integração ou o esclarecimento de decisão jurisdicional, pelo próprio julgador ou por tribunal ad quem, dentro do mesmo processo em que foi proferido o pronunciamento causador do inconformismo”. (Souza, 2013, p. 41)

Porém, sendo dois os recursos excepcionais previstos na Constituição Federal, é de grande valia ressaltar a conclusão n. 124 aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

> “Conceitua-se recurso como meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar ao recorrente resultado mais vantajoso, decorrente da reforma, da invalidação, do esclarecimento ou da integração”. (GRINNOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001, p. 452)

Todas as vias processuais existentes no ordenamento jurídico com o objetivo de sustentar algum direito são chamadas de remédios jurídicos. Os recursos são a espécie de remédio jurídico que mais se destaca no ordenamento jurídico, já que são os mais utilizados (SOUZA, 2013, p. 42).

Mas existem alguns remédios que não são considerados recursos já que não foram criados por lei federal, como se é exigido pela Constituição Federal, mas fazem as vezes destes já que foram criados com a mesma finalidade de um recurso. Esses remédios são denominados sucedâneos (NERY JUNIOR, 2014, p. 90).

Os sucedâneos recursais são meios de impugnação de decisão judicial, mas não são nem recursos e muito menos ação autônoma de impugnação. Seria uma outra categoria que trata de formas de impugnação de decisão judicial. Dizem, Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha (2004, p. 24), sobre os sucedâneos:

> "A expressão 'sucedâneos recursais', introduzidas por Frederico Marques, ora é utilizada para identificar o conjunto de meios não-recursais de impugnação (e aí estariam incluídas as ações autônomas de impugnação, ora é utilizada em acepção restrita, para referir apenas aos meios de impugnação que nem são recursos nem são ação autônoma".

O recurso excepcional é o gênero que tem duas espécies, o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e o recurso especial para o Superior Tribunal Federal, ambos previstos na Constituição Federal. O recurso extraordinário antes da CF/88 previa que este podia ser interposto se caso a decisão violasse lei federal ou a Constituição. Com a promulgação da Carta Magna de 1988, e consequentemente a criação do STJ veio a divisão das hipóteses de cabimento desse recurso e criou-se então o recurso especial. Sendo assim, o recurso especial pode ser comparado a um recurso extraordinário para o STJ (DIDIER JUNIOR & CUNHA, 2014, p. 241).

Cabe recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça contra decisões finais proferidas pelos tribunais de justiça e os tribunais federais. O artigo 105 da Constituição Federal prevê essa possibilidade e além disso, em sua alíneas, estão previstas as hipóteses de cabimento (SILVA B., 2002, p. 29).

Segundo o artigo 102, inciso III da Constituição Federal o recurso extraordinário é cabível contra decisões em última ou única instância quando estas violarem, de alguma forma, a Constituição. As hipóteses de cabimento, assim como no recurso especial estão previstas nas alíneas do inciso (SILVA B., 2002, p. 109) (BRASIL, 1988 apud SILVA).

O ordenamento jurídico tem uma busca incessante para conciliar a celeridade com a segurança e a justiça, isso encontra-se expresso no CPC quando este trata de regulamentar os recursos cabíveis juridicamente. Não cabe as partes criarem os recursos para que assim pratiquem o seu inconformismo perante a decisão judicial a ser impugnada e além disso, a lei não deixou a vontade das partes para escolher qual desses recursos que melhor protegerá seu interesse (NERY JUNIOR, 2014, p. 67).

É vedada a criação de novos recursos pelas partes já que o ordenamento jurídico adotou o princípio da taxatividade, ou seja, só são considerados recursos aqueles enumerados, em *numerus clausus*, pela lei federal. E segundo o princípio da singularidade não há que se falar em discricionariedade para utilizar os recursos, já que para cada decisão impugnável a lei prevê um recurso específico (NERY JUNIOR, 2014, p. 67).

Segundo o artigo 994 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

> Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:
> I - apelação;
> II - agravo de instrumento;
> III - agravo interno;
> IV - embargos de declaração;
> V - recurso ordinário;
> VI - recurso especial;

> VII - recurso extraordinário;
> VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário;
> IX - embargos de divergência.

Esse é o artigo que sintetiza todo o sistema recursal do ordenamento jurídico civil brasileiro, no que concerne à previsão e cabimento desses. Dessa forma, o que se pode interpretar desse artigo é o princípio da taxatividade, ou seja, na sistemática recursal cível só são cabíveis esses recursos previstos neste artigo. Isso não quer dizer que não há outros recursos além desse no nosso ordenamento jurídico, mas que a designação, regulamentação ou criação desses se dá, tão somente, por lei federal (NERY JUNIOR, 2014, p. 67).

Quanto ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição, que visa assegurar a parte derrotada submeter a decisão, total ou parcialmente, a mais uma apreciação jurisdicional, feita no mesmo processo em uma instancia superior, mas deve preencher determinados pressupostos especificados em lei. É um princípio implícito já que deve ser feita a interpretação sistemática do artigo 5º, inciso LV. Mas não há que se falar do duplo grau de jurisdição aos recursos que tenham natureza extraordinária, pois estes julgam somente matéria de direito. (CORDEIRO, 2014, p. 87-88).

1.2 Objetivos

Os recursos foram instituídos no ordenamento jurídico brasileiro já que, como todo e qualquer homem, os juízes são passíveis de falhas e imperfeições e estas podem ensejar a prolação de decisões defeituosas. Com isso, a sujeição da decisão considerada viciada é necessária já que concede ao jurisdicionado insatisfeito uma reanálise pelo próprio prolator da decisão ou pelo órgão colegiado composto por magistrados mais experientes. Sendo assim, os supostos equívocos que o julgado possa possuir podem vir a ser sanados (SOUZA, 2013, p. 45).

Podemos concluir, então que os recursos têm uma finalidade corretiva e preventiva já que ciente da possibilidade de o tribunal as quem vir a inspecionar a

decisão que foi proferida em instancia inferior, o magistrado há de ser cuidadoso na prolação da decisão já que pode incorrer na pena de restrição para ascensão na carreira. Além disso os recursos têm o desígnio de uniformizar as decisões, já que sem este sistema o risco de haver maiores casos idênticos julgados de maneira diferente seria muito maior causando, assim, uma insegurança quando ao Poder Judiciário (SOUZA, 2013, p. 46).

Como diz o magistério de Antônio Cláudio da Costa Machado (2005, p. 692):

> "Recursos ordinários são aqueles que existem apenas para permitir o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, o exercício da faculdade da parte de se inconformar com uma decisão (apelação, agravo, embargos infringentes, recurso ordinário). Especiais são aqueles instituídos com a finalidade de assegurar a autoridade da Constituição (recurso extraordinário) ou a autoridade, supremacia e uniformidade interpretativa da lei federal (recurso especial)".

O recurso extraordinário, como uma garantia da unicidade do Direito, já é relevante desde o início da República, isso porque o Poder Judiciário no Brasil tem uma característica de duplicidade havendo a Justiça Federal e a Justiça Estadual (SERAU JUNIOR & REIS, 2012, p. 38).

Segundo Ulderico Pires Dos Santos (1977, p. 5):

> "A função do recurso extraordinário não é a de conjurar as injustiças dos julgados; é, isto sim, a de assegurar a aplicação uniforme da Constituição Federal e da lei Federal em todo o território nacional."

Com isso, entendemos que os recursos excepcionais não têm a única função de reapreciar a demanda, fazendo com que o STJ e o STF tenham papel de quarta instância. Esses recursos tem como principal objetivo preservar a plenitude das normas constitucionais como também das normas infraconstitucionais, cada um dentro da sua previsão legal (SERAU JUNIOR & REIS, 2012, p. 39).

Dessa maneira, mesmo que os recursos excepcionais tenham a função de impugnar decisões judiciais, é o significado no sentido estrito da palavra recurso, isso porque eles obstam a formação de coisa julgada e ainda por cima ocorrem na mesma relação processual. Também não são simples recursos ordinários já que os objetivos e fundamentos destes estão previstos na Constituição Federal (SILVA J., 1963, p. 95).

O STF como sendo um Tribunal Constitucional opera como um guardião da Carta Magna e com isso fiscaliza o cumprimento de suas normas com o objetivo de que a supremacia desta seja mantida. Realizando assim, uma função "mais ampla do que meramente técnico-jurídica, pois guardam traços de exercício de função jurisdicional política e legislativa, ora negativa, ora positiva" (GOMES, 2007, p. 92).

E a Constituição sendo a lei máxima do Estado, contém as normas fundamentais do ordenamento jurídico, e a partir desse fato percebe-se a sua superioridade com relação às demais normas do sistema (SERAU JUNIOR; REIS, 2012, p. 26). Por isso, sendo de tamanha importância a preservação desta no nosso ordenamento.

O Supremo Tribunal Federal, rejulga no âmbito de recurso extraordinário as decisões proferidas em última ou única instância que tenham violado dispositivos constitucionais. Ainda que o STF tenha a função de reparar as violações à Constituição, este também deve uniformizar a jurisprudência nacional no que tange a interpretação das normas constitucionais (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 312).

Mas no caso do Brasil ainda há que se destacar a importância do Tribunal Superior de Justiça, tendo este um papel muito semelhante ao do Supremo Tribunal Federal, mas no que diz respeito as normas infraconstitucionais. Ou seja, este tem o dever de uniformizar as interpretações dessas normas que encontram-se abaixo da Constituição (SERAU JUNIOR; REIS, 2012, p. 27).

O Superior Tribunal de Justiça foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal do 1988, onde está lhe conferiu as funções de defender a lei federal e unificar as interpretações do direito federal comum. Sendo assim, por meio de um órgão próprio e um meio processual próprio há como garantir a certeza e a segurança da legislação federal, o princípio da incolumidade do Direito objetivo (SERAU JUNIOR; REIS, 2012, p. 35-36).

Mesmo as decisões do STJ tendo efeito entre as partes, com exceção as decisões proferidas no sistema de recursos repetitivos, a matéria decidida nesse tribunal serve de norte para as decisões semelhantes ou idênticas que venham a ser proferidas pelas instâncias inferiores. Isso ocorre pela elevada posição que o STJ ocupa no Poder Judiciário brasileiro (MONTEIRO V., 2007, p. 271).

Uma das funções do STJ é a interpretação da lei infraconstitucional e assim, corrigir as possíveis ilegalidades que podem ser cometidas pelos julgadores das causas de única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça. Além desta função o STJ deve uniformizar a jurisprudência nacional, esta função está diretamente relacionada ao princípio da segurança jurídica. Isso porque, a Corte Superior ao julgar o recurso estaria corrigindo a decisão impugnada como também uniformizando a jurisprudência quanto à interpretação da referida norma (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 291).

1.3 Previsão Legal

Os Recursos extraordinários constitucionais estão previstos na Constituição Federal de 1988 e em mais dois diplomas, a Lei nº 8.038 de 1990 e o Regimento Interno dos respectivos tribunais com competência para julga-los. Além destes, estão previstos também nas súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (NEGRÃO P., 2003, p. 2).

É competência exclusiva da União Federal legislar sobre direito processual, como está previsto no artigo 22, inciso I da Constituição Federal. Sendo

assim, compete ao Poder Legislativo da União, formado pelas duas casas do Congresso Nacional. Com isso, os Estados Federados não têm competência concorrente e nem residual para legislar sobre este assunto. Sendo assim, os Estados membros não podem nem restringir a aplicação dos recursos já existente e muito menos criar novos recursos. Mas há a possibilidade de criação de novos recursos e até mesmo a complementação dos já existentes por meio de leis extravagantes que não se encontram no corpo do CPC, mas que são editadas pelo Poder Legislativo Federal. Essa previsão em leis extravagantes não fere o princípio da taxatividade desde que observada a competência da União Federal de Legislar sobre o assunto (NERY JUNIOR, 2014, p. 73).

A respeito do recurso especial, este tem previsão no artigo 105, inciso III da Constituição Federal; no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça nos artigos 13, 34, 66, 67, 159, 180, 255, 256 e 257; mais especificamente (NEGRÃO P., 2003, p. 3).

> 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;
> c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Quanto as súmulas que orientam os recursos especiais, são tanto as súmulas do Superior Tribunal de Justiça quanto as do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre já que a Corte Superior encampou todas as súmulas da Corte Suprema. (NEGRÃO P., 2003, p. 3).

Já o recurso extraordinário tem previsão no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal; no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nos artigos 321 a 329. Além disso, este recurso está orientado nas súmulas do Supremo Tribunal Federal (NEGRÃO P., 2003, p. 4).

> 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. (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Ademais, os recursos excepcionais constitucionais estão previstos na esfera cível na Lei 13.105 de 2015, nos artigos 1.029 a 1.035 onde encontram-se previstas as disposições gerais dos recursos. Depois, no artigo 1.003, §5º do mesmo livro constitucional temos a previsão do prazo para a interposição desses recursos, que é de 15 dias (ALVIM, 2015, p. 2).

Vale lembrar que apenas os atos realizados pelos juízes estão sujeitos aos recursos no direito processual brasileiro. Tanto os atos do Ministério Público, quanto das partes e dos auxiliares do juízo não são suscetíveis a interposição de recursos. Isso acontece já que estes não têm capacidade de emitir deliberações com conteúdo decisório que cause gravame às partes ou a uma delas (NERY JUNIOR, 2014, p. 224-225).

Contudo, vale ressaltar o que são os atos dos juízes que estão previstos nos artigos 203 e 204 do Código de Processo Civil, onde os atos dos juízes consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Mas devemos ressaltar que segundo o artigo 1.001 não cabe recurso contra um despacho.

> Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
> § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.
> § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.
> § 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz

> praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.
> § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.
> Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais. (BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)

Os recursos excepcionais são cabíveis em casos de decisões emanadas pelos tribunais. Cabe Recurso Especial em casos de acórdãos que julgarem o mérito da coisa não sendo cabível mais nenhum recurso na instancia ordinária. Em casos dos acórdãos proferidos em última ou única instância e violarem norma da Constituição Federal, declarem inconstitucional tratado ou lei federal, ou que julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF, cabe Recurso Extraordinário contra essas decisões (NERY JUNIOR, 2014, p. 230).

Das decisões proferidas por só dos membros do tribunal que nega seguimento ao recurso extraordinário ou especial deve-se interpor agravo interno. Não cabe recurso especial nem recurso extraordinário pois não é considerado uma decisão final (NERY JUNIOR, 2014, p. 230).

Segundo o enunciado da súmula 735 do STF, que diz não ser cabível recurso extraordinário contra decisão que defere medida liminar. Isso porque o STF fez uma interpretação restritiva do artigo 102, inciso III quanto a expressão “única e última instância”. Já o STJ fez uma interpretação ampla e entendeu ser cabível o recurso especial contra acórdão proferido em agravo de instrumento, ou seja, contra a decisão interlocutória proferida por órgão colegiado do tribunal (NERY JUNIOR, 2014, p. 230).

1.4 Hipóteses de cabimento

Na alínea “a”, do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal estão está prevista a primeira hipótese de cabimento do recurso especial, que diz que cabe recurso especial em caso de contrariedade e negativa de vigência a dispositivo de tratado ou de lei federal. Esse é uma disposição genérica e que as outras alíneas

são mais específicas, mas nada impede que se interponha um recurso especial fundamentado em mais de uma alínea (SOUZA, 2013, p. 640).

Onde o termo “contrariar” é mais abrangente que “negar vigência”, com isso “contrariar” contém “negar vigência”. A primeira expressão pode ocorrer em três sentido como explica Nelson Luiz Pinto (2001, p. 179-180), contrariar:

> “Supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplica-lo às hipóteses que a ele devem subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentido do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal”.

Já segundo Mancuso (1999, p. 146), contrariar um texto:

> “É mais do que negar-lhe vigência. Em primeiro lugar, a extensão daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar a certos respeitos, o outro; segundo, a compreensão dessas alocuções é diversa: ‘contrariar’ tem uma conotação mais difusa, menos contundente”.

Podemos afirmar que contrariar é algo mais grave do que negar vigência, isso porque não cabe nem mesmo uma suposta interpretação razoável no termo “contrariar”, mas se caso o dispositivo tiver sido interpretado de forma razoável não quer dizer que houve negativa de vigência deste. Ou seja, uma contrariedade pode ser caracterizada por uma interpretação inadequada, mas não quer dizer que houve uma negativa de vigência (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 293).

Por outro lado, temos que conceituar o que é “lei federal” para com isso saber o fato que se subsumi a norma. Em primeiro lugar, essa expressão alcança a todas as normas que são elaboradas pelo Pode Legislativo da União, conforme os artigos 2º e 45, caput, da Constituição Federal. Segundo Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 309), afirma que a lei federal não é apenas criada pelo Poder Legislativo da União, como também, deve ter eficácia em todo o território nacional.

Essa expressão “leis federais” empregada no texto constitucional abarca tanto as leis nacionais quanto as leis federais propriamente ditas. Ambas são

editadas pelo Poder Legislativo da União e cabem recurso especial, a diferença é que as leis nacionais são aplicadas a todos os habitantes do território brasileiro. Já as leis federais agem apenas sobre um ente federativo determinada, só diz respeito aos jurisdicionados da União.

Vale destacar as leis federais, mas que são meramente materiais, como por exemplo aquelas previstas no artigo 21, incisos XIII e XIV e no artigo 22, inciso XVII, ambos da Constituição, estas não são passíveis de recurso especial. Isso porque, essas leis são federais mas legislam sobre determinados assuntos do Distrito Federal, sendo assim são leis locais e com isso seu alcance é limitado ao jurisdicionado do Distrito Federal. São leis formalmente federais, mas materialmente locais, ou seja, é uma lei federal mas que sua aplicação é local (SOUZA, 2013, p. 640-641).

São incluídas no conceito de “lei federal” originárias do Poder legislativo da União, as leis complementares, leis ordinárias, os decretos legislativos e até mesmos as resoluções do Senado. Ou seja, todas essas são passíveis de recurso especial. Além destas, há também as normas editadas pelo Pode Executivo da União que entram no conceito de “lei federal’ e com isso cabe recurso especial contra elas, são os atos normativos com força de lei ou aqueles atos normativos expedidos para a execução das leis federais (SOUZA, 2013, p. 641).

Os tratados internacionais e o direito estrangeiro também entram no conceito de “lei federal, mas temos que destacar os tratados sobre direitos humanos que tem natureza constitucional e com isso não são passíveis de recurso especial. Se caso uma causa for julgado com base no direito estrangeiro, mas por um juiz brasileiro, cabe recurso especial já que está inserido no conceito de “lei federal”. Quanto aos tratados internacionais, devem ser celebrados pelo Presidente da República, referendado pelo Congresso Nacional e depois o Presidente da Republica promulga e publica; depois desses atos o tratado é integrado ao direito brasileiro. A expressão “tratados” que vem no texto constitucional do artigo 105, inciso III, alínea ”a” seria desnecessário devido a amplitude da expressão “lei federal” que abarca os tratados (SOUZA, 2013, p. 642-643).

Os regimentos internos dos tribunais não estão inseridos no termo “lei federal”, esse entendimento foi consolidado pela Súmula 399 do Supremo Tribunal Federal que refere ao recurso extraordinário mas é aplicável por analogia ao recurso especial. O recurso especial só trabalha com ofensa a direito federal infraconstitucional, praticado por tribunal regional ou local e não server para discutir violação a direito constitucional, tampouco ofensa a direito estadual ou municipal, sendo cabível ressaltar a Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal. Além destes, não cabe recurso especial para mera interpretação de cláusula contratual, Súmula 5 do Superior Tribunal de justiça (SOUZA, 2013, p. 644).

> Enunciado da Súmulas do STF
> 399: Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada fôr a regimento de tribunal.
> 280: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário
> Enunciado da Súmula do STJ
> 5: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

A outra hipótese de cabimento do recurso especial está previsto na alínea “b”, ocorre quando o tribunal *a quo* “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”. Tanto os atos normativos quando os atos administrativos englobados pela expressão “ato de governo local”, os originários dos Poderes Executivo e Legislativo dos Estados-membros, do Distrito Federal como também dos Municípios, além desses o poder judiciário dos entes da União (SOUZA, 2013, p. 651).

Há a necessidade de divergência entre ato de governo local e uma norma federal, já que há a expressão “julgar válido”, entende-se então que o acórdão julgou válido o ato local em face da lei federal. Neste caso o Superior Tribunal de Justiça é chamado para exteriorizar sua opinião sobre a possível discordância entre o ato local e a lei federal (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 295-296).

Entendemos então que só é cabível o recurso especial pela alínea “b” quando este veicula discussão acerca de ato local que foi julgado válido pela corte de origem em face de legislação federal. Por outro lado, não há que se falar em recurso especial quando a discórdia versar sobre lei editada pelo Poder Legislativo Estadual, isso porque usurpa a competência conferida ao Superior Tribunal de Justiça pela Constituição. Ou quando o conflito for entre ato local em face da legislação própria local também não é cabível recurso especial, já que a interposição desse recurso depende da existência de lei federal (SOUZA, 2013, p. 652).

E por último a alínea “c”, do mesmo texto constitucional, que prevê a possibilidade de interposição de recurso especial no caso em que a corte de origem conferiu à lei federal uma interpretação diversa da que foi atribuída por outro tribunal. Fica claro que neste caso o STJ tem o dever de uniformizar a jurisprudência dos tribunais do Brasil no que tange a interpretação das leis federais. Esta alínea tem como objetivo uniformizar os dissídios jurisprudências que podem vir a ocorrer entre os tribunais e não dentro deles (SOUZA, 2013, p. 653).

Sobre este assunto vale ressaltar o enunciado da Súmula 13 do STJ: “ A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial”, ou seja, só cabe recurso especial com fundamento na alínea “c” se caso houver confronto entre jurisprudências de Tribunais diferentes, se o dissídio for dentro do mesmo tribunal não cabe o recurso especial. O paradigma deve ter sido prolatado por outro tribunal enquanto o julgado deve ter sido proferido por tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça (SOUZA, 2013, p. 653).

Já quanto o recurso extraordinário há quatro hipóteses de cabimento previstas pela Carta Magna no artigo 102, inciso III. A alínea “a” trata-se do cabimento genérico, que é o descumprimento de preceito da própria Constituição e nas demais alíneas do inciso estão as hipóteses específicas, mas estas não deixam de estar contidas na primeira hipótese (BRASIL, 1988).

Em ocasião que, a decisão recorrida contrariar disposição constitucional cabe recurso excepcional para o Supremo Tribunal Federal,

fundamentado na alínea “a”, do artigo 102, inciso III da Lei Maior. Mas há uma restrição quanto ao texto constitucional, não é cabível esse recurso contra desrespeito às Constituições Estaduais ou a Lei Orgânica do Distrito Federal, segundo o enunciado da Súmula 280 do STF. Afinal o que é necessário pra o conhecimento do extraordinário fundamentado na primeira hipótese é que seja indicado o artigo constitucional federal que foi descumprido, ainda que este seja de constituição anterior a que está em vigor no momento de interposição do recurso (SOUZA, 2013, p. 722).

Conforme o verbo contido no dispositivo constitucional tem sentido amplo e com isso podemos entender que cabe a expressão negativa de vigência, como também a correta interpretação para o dispositivo. A aplicação do verbete “contrariar” é o mais amplo possível e com isso não se aplica a Súmula 400 do STF nos casos de recurso extraordinário. Pode ocorrer também a interposição do extraordinário com o intuito de que o STF decida qual é a melhor interpretação dada para o dispositivo, isso acontece quando há mais de uma jurisprudência dando interpretação diversa, porém razoáveis para o artigo (SOUZA, 2013, p. 724).

A afronta a norma da Constituição deve ser expressa, não vale ser apenas uma mera referência genérica na decisão (GRECO FILHO, 2013, p. 406). Vale ressaltar que não enseja recurso extraordinário a alegação indireta de inconstitucionalidade, essa se dá quando há a alegação de violação do princípio da legalidade, quando neste caso sua comprovação necessite rever a interpretação dada as normas infraconstitucionais (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 314).

Na alínea “a” está previsto a hipótese genérica de cabimento do recurso extraordinário, mas além dessa há os permissivos específicos e um deles é a alínea “b” onde prevê o cabimento de RE em casos de declaração de inconstitucionalidade de lei federal ou tratado. No ordenamento brasileiro há o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade, no entanto a alínea “b” é usada no controle difuso, onde os juízes e tribunais podem declarar inconstitucional lei ou qualquer ato normativo do poder público. Esse controle é um

mero incidente, ou melhor, não é o objeto principal do processo e sim uma simples prejudicial em relação ao pedido principal do processo (SOUZA, 2013, p. 728).

O que importa aqui é a manifestação do tribunal *a quo* que determinou a inconstitucionalidade da norma ou tratado. Cabe recurso extraordinário para o STF já que este tem a função de guardar a Constituição Federal e com isso cabe a ele verificar se tal norma ou tratado de fato fere a Constituição ou foi uma decisão equivocada do Tribunal *a quo* (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 315).

Quando a decisão de última ou única instância declarar constitucional o tratado ou lei federal não é cabível o recurso extraordinário pela alínea “b” mas pode-se interpor esse recurso com fundamento na alínea “a”, tendo em vista que este é o mais genérico, basta que o julgado tenha contrariado o disposto na Constituição (SOUZA, 2013, p. 729).

Outro permissivo específico quanto ao cabimento de recurso extraordinário é a alínea “c”, ocorre quando a decisão recorrida validar lei ou ato de governo local que foi contestado perante a Constituição (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 316). A expressão “ato de governo local” compreende tanto os Poderes Executivos e Legislativos estaduais e municipais quanto o Pode Judiciário estadual, a exceção dos atos jurisdicionais praticados por juízes e tribunais que caibam recurso ao próprio tribunal *ad quem*. Também se inclui nesse rol os atos de governo do Distrito Federal bem como suas leis (SOUZA, 2013, p. 729 - 730).

A última hipótese de cabimento do recurso extraordinário prevista na Constituição foi inserida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, é prevê a possibilidade de se interpor recurso extraordinário quando o juiz ou tribunal de origem “*julgar válida lei local contestada em face de lei federal*” (SOUZA, 2013, p. 730). O conflito que porventura possa vir a surgir entre lei local e lei federal diz respeito apenas à competência legislativa, já que entre estas não há hierarquia (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 317).

Segundo o enunciado da Súmula 280 do STF: “*Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário*”, ou seja, se caso for julgamento que nega

validade a lei local não enseja o recurso extraordinário. Neste caso, se a lei local for julgada invalida em face a lei federal cabe o recurso com fundamento na alínea “a” e não na última hipótese de cabimento do recurso, isso porque na última só é cabível quando a lei local for julgada válida e não o contrário, visto que trata-se de uma disposição específica (SOUZA, 2013, p. 731).

1.5 Requisitos

Relativamente aos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais há duas espécies. Os requisitos comuns que consistem na tempestividade e preparo e os requisitos específicos são a causa decidida em última ou única instância pelo Tribunal de Justiça ou Tribunais de Alçada dos Estados, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ou pelos Tribunais Regionais Federais (LENZA, 2014, p. 536).

O requisito da tempestividade refere-se à interposição do recurso dentro do prazo que é estabelecido por lei, trata-se de um prazo peremptório, sob pena de se operar a preclusão temporal e a formação da coisa julgada em caso de julgamento do mérito na decisão recorrida (SOUZA,2013, p. 154). A tempestividade é conferida pela data em que foi protocolado o recurso, se está data tiver dentro do prazo o recurso é tempestivo. O prazo para interpor o recurso está previsto no artigo 1003, § 5º do Código de Processo Civil e este estabelece que são de 15 dias com termo inicial é a data da intimação. Pode haver a suspensão, como previsto nos artigos 220 e 221, do código a cima citado e além disso, o oferecimento dos embargos de declaração interrompem esse prazo (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 50).

Quanto ao preparo, é o requisito de admissibilidade do recurso que divide-se em duas partes, as custas processuais necessárias para o processamento do recurso tanto no tribunal *ad quem* quando no tribunal *a quo* e a outra parte são as custas de porte e retorno que são pagas para o deslocamento dos autos para a instância superior. O artigo 1007, caput, do Código de Processo Civil prevê que o

preparo deve ser comprovado no ato de interposição do recurso, se caso não apresentar a pena é a deserção, mas no §2º do mesmo dispositivo legal há a existência de um prazo de 5 dias para a apresentação da comprovação do pagamento do preparo. Há também no §1º do dispositivo legal a previsão de quem está dispensado de efetuar o preparo (SOUZA, 2013, p. 188-189).

Também há os requisitos que são específicos dos recursos excepcionais, ou seja, que são apenas exigidos para esses recursos especiais e o extraordinário isso por causa de sua natureza constitucional (SERAU JUNIOR; REIS, 2012, p. 54). Esses requisitos são: causa decidida em última ou única instância; matéria de direito; prévio esgotamento de instâncias ordinárias e o prequestionamento.

O primeiro requisito quer dizer que cabe recurso excepcional nos casos de decisão proferida por tribunal, ou seja, não cabe esses recursos contra decisão preferida por juízo de primeiro grau. Sendo assim, não há a passibilidade de se saltar instâncias. Há uma pequena diferença entre o recurso especial e o extraordinário nesse requisito, no que é previsto na Constituição o primeiro recurso para ser interposto deve ter causa decidida em última ou única instância por tribunal estadual ou federal. Já no recurso extraordinário, o artigo constitucional não expressa de quais tribunais a causa deve ter sido decidida, apenas contenta-se com que a cousa seja de última ou única instância (LENZA, 2014, p. 537).

Assim como ensina Rodolfo Camargo Mancuso (2010, p. 150), é possível a interposição de recursos excepcionais contra decisões que não decidem o mérito, ou seja, decisões interlocutórias desde de que estas sejam proferidas por última ou única instância. Mas deve-se levar em conta que não é cabível contra decisões proferidas por Colégio Recursal, já que esse não é um tribunal e sim um colegiado de juízes de primeiro grau, como previsto na Súmula 203 do STJ: “ Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais” (SERAU JUNIOR; REIS, 2012, p. 54).

E esse primeiro requisito está diretamente ligado ao requisito do prévio esgotamento das vias ordinárias, quer nada mais é do que enquanto houver a possibilidade de se interpor qualquer recurso ordinário não se pode interpor o recurso especial nem o recurso extraordinário. Nesse sentido foram editadas as súmula 281 do STF e a 207 do STJ que versa sobre a inadmissibilidade dos recursos enquanto existir a possibilidade de interposição de qualquer recursos de natureza ordinária (LENZA, 2014, p. 537).

Por ter como objetivo preserva e uniformizar a interpretação contra a Constituição Federal, esses recursos não se valem a correção de injustiças que pode vir a decorrer de uma apreciação equivocada de fatos e provas dos autos. Ao contrario dos outros recursos, esses recursos excepcionais presos ao reexame da matéria jurídica sendo assim, resta afastada a possibilidade de reexaminar a matéria de fato e de provas. Também não servem para igualar a interpretação de cláusulas contratuais, apenas para as interpretações da CF (LENZA, 2014, p. 538). Nesse sentido foram editadas as Súmulas 279 e 454 do STF e também a Súmula 5 e 7 do STJ.

Quanto ao último, mas não mais importante que os outros requisitos está o prequestionamento que diz respeito as causas decididas. Ou seja, é exigido pela Constituição que a matéria que será abordada no RE ou no Resp tenha sido discutida e decidida pelo tribunal *a quo*. Até a edição do Código de Processo Civil que está em vigor hoje, não havia regulamentação do prequestionamento na legislação brasileira e com isso esse requisito era regulado pela jurisprudência de STJ e do STF tendo divergências na aplicação deste em cada um dos tribunais.

Segundo o entendimento do STJ não bastava a parte ter suscitado a questão nas instâncias inferiores, o órgão julgador deveria se manifestar a respeito para que estivesse cumprido o prequestionamento, caso não se manifesta-se caberia os embargos de declaração. Já para o STF bastava o que hoje é chamado de prequestionamento ficto, ou seja, a simples manifestação da parte sobre o assunto bastava para que esse requisito fosse cumprido, não havia a necessidade do órgão julgador se manifestar sobre o assunto (LENZA, 2014, p. 538-539).

Além dos requisitos de admissibilidade há os requisitos comuns a todos os recursos bom como ao recurso especial e ao recurso extraordinário é a legitimidade para recorrer, o interesse recursal, regularidade formal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo (LENZA, 2014, p. 536).

1.6 Efeitos

Conforme a doutrina tradicional, os recursos apresentam dois efeitos o devolutivo e o suspensivo. Sendo esse primeiro comum a todos os recursos e, com isso o mais importante, e o segundo é aplicável só para alguns recursos. Sendo que o efeito devolutivo traduz-se na devolução do conhecimento da matéria impugnada ao órgão *ad quem* dessa forma sendo possível o reexame da decisão recorrida (NERY JUNIOR, 2014, p. 400-401). Vale ressaltar que o verbo “devolver” é utilizado no sentido latino de “remeter a” e não no sentido comum de “retornar” (GRECO FILHO, 2013, p. 342).

O efeito devolutivo é a materialização do princípio dispositivo, que é aquele que diz que em regra o juiz não pode agir de ofício, deve esperar a provocação das partes, ou seja, o juiz está constantemente à disposição das partes (CORDEIRO, 2013, p. 47). Com o efeito devolutivo, devolve-se ao órgão ad quem o conhecimento a matéria recorrida e com isso o juízo que é destinado o recurso só pode julgar no limite em que o recorrente impugnou nas ruas razões do recurso que tem fim com o pedido da nova decisão, ou seja, remete ao tribunal *ad quem* a matéria que o recorrente efetivamente impugnou e sobre a qual pede nova decisão (NERY JUNIOR, 2014, p. 401-402).

Além disso, o efeito devolutivo deixa o processo pendente até quando não reste mais nenhum recurso cabível ou quando as partes forem inertes quanto a interposição do recurso. Ou seja, esse efeito postergar a coisa julgada já que enquanto houver recursos cabíveis a decisão não transita e com isso não faz coisa julgada material (NERY JUNIOR, 2014, p. 404).

O segundo efeito é o suspensivo que está presente em apenas alguns recursos. Esse efeito significa dizer que é o “poder que tem o recurso de impedir que a decisão recorrida produza seus eficácia própria” (GRECO FILHO, 2013, p. 343). Vale lembrar que mesmo quando o recurso não tem o efeito suspensivo ele impede o transito em julgado da decisão, ou seja, mesmo que a decisão continue produzindo seus efeitos eles não serão definitivos isso porque a execução definitiva só é possível quando a decisão transita em julgada antes disso a decisão ainda pode ser modificada e por isso os efeitos são apenas provisórios (GRECO FILHO, 2013, p. 343).

Quanto ao recurso especial, este além do efeito devolutivo apresenta mais quatro efeitos que são o efeito obstativo, efeito regressivo, efeito substitutivo e o efeito translativo. O primeiro é aquele que impede que ocorra o trânsito em julgado da decisão impugnada, já que essa pode ser reformada ou até mesmo cassada, a depender do caso (SOUZA, 2013, p. 670).

O segundo é o efeito regressivo, que consiste na possibilidade de retratação. Ou seja, o recurso especial enseja a oportunidade do próprio tribunal recorrido reconsiderar o acórdão nas hipóteses me que o artigo 1036 do CPC prevê. Resta dúvidas quanto a constitucionalidade desse preceito, já que a Constituição Federal diz que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar o recurso especial e não ao o próprio tribunal de origem, isto é, ao aplicar o efeito regressivo o tribunal de origem estaria julgando o recurso especial o que não é de sua competência segundo a Carta Magna (SOUZA, 2013, p. 670).

Já o efeito substitutivo é aquele, conhecido o recurso, há a produção do efeito substitutivo previsto no artigo 1008 do Código de Processo Civil. Entretanto, quando for reconhecido o *error in procedendo* pelo tribunal ad quem, não há a substituição do acórdão recorrido apenas a cassação deste. Na prática, o Superior Tribunal de Justiça tem a função de corte de revisão e por isso há a aplicação do efeito substitutivo a não ser quando há o reconhecimento o *error in procedendo* pela Corte (SOUZA, 2013, p. 671).

E por fim, o efeito translativo que se expressa nas hipóteses em que o sistema processual brasileiro autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que encontra-se presente nas razões ou nas contrarrazões do recurso. Neste caso não há que se falar em julgamento *extra*, *ultra* ou *infra petita*. Isso costuma acontecer com as questões de ordem pública, que são aquelas que devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz e que não se opera a preclusão. O CPC autoriza a translação dessas questões em seu artigo 938 (NERY JUNIOR, 2014, p. 460-461).

Assim como o recurso especial o recurso extraordinário não tem o efeito suspensivo, mas este pode ser requerido pelas partes em casos que a execução provisória causar graves danos a uma das partes. Esse efeito pode ser requerido por meio da medida cautelar quando demonstrado o *periculum in mora* ou o *fumus boni iuris.* E segundo os enunciados n. 634 e 635, só cabe ao Tribunal ad quem julgar a cautelar quando o recurso já tiver passado pelo exame de admissibilidade que é realizado pelo tribunal de origem, caso não tenha sido realizado a admissibilidade do recurso resta ao tribunal de origem julgar a cautelar (SOUZA, 2013, p. 746).

O recurso extraordinário, assim como todos os outros recursos, também tem o efeito devolutivo e além desse possui o efeito *inter partes* e *ex tunc*. Ou seja, a decisão proferida no âmbito do recurso extraordinário tem efeito apenas entre as partes e retroage, mas isso só ocorre no controle difuso (SOUZA, 2013, p. 746).

2. O Prequestionamento

2.1 Origem

O prequestionamento como requisito dos recursos excepcionais é antigo e vem desde a Constituição de 1891, que foi o primeiro livro constitucional que previa o cabimento do recurso extraordinário e previa também que “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela”. Esse requisito tem como origem a Lei Judiciária (*Judiciary Act*) de 24 de setembro de 1789, e esta lei admitiu que as decisões das justiças estaduais chegassem a Corte Suprema dos Estados Unidos da América por meio de um recurso que foi denominado *writ of error*. A doutrina que prevalece nos Estados Unidos é a de que a questão suscitada no recurso deve ter sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado (MANCUSO, 2015, p. 310 - 311).

No ano de 1889 o Brasil passou a ser uma República Federativa, que era composta por 20 estados que eram autônomos e cada um tinha, até mesmo, seu próprio Código Eleitoral e seu Código Processual Civil. Em 1891 foi promulgada a primeira Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil que adotou como base a lei judiciária norte-americana e seus princípios. Nela estava previsto a divisão do poder entre o Legislativo, Judiciário e o Executivo. A lei norte-americana admitia o duplo grau de jurisdição bem como o reexame necessário das decisões prolatadas pela Justiça Estadual, mas como meio de limitar o acesso havia a exigência do prequestionamento, ou seja, as questões que seriam passadas para a Corte Superior reanalisar deveria ter sido objeto de discussão anterior (PAVANI, p. 1 - 3).

No direito brasileiro o prequestionamento está presente de modo expresso desde a Constituição de 1891 até a Constituição de 1946. Por mais que o requisito do prequestionamento não estivesse previsto expressamente no texto constitucional de 1967/1969, o Supremo Tribunal Federal manteve esse requisito em suas Súmulas 282 e 356 no julgamento do ERE 96.802, ac. de 12.05.1983, sendo o Ministro Alfredo Buzaid o relator. Esses mesmos argumentos foram utilizados para a

Constituição hoje vigente que também omitiu a expressão “prequestionamento” nos artigos em que há a previsão do recurso extraordinário e recurso especial (MANCUSO, 2015, p. 310).

O conceito do prequestionamento evoluiu e entendimentos jurisprudenciais concluíram que há prequestionamento quando a decisão recorrida tiver adotado entendimento explícito sobre o tema de direito federal (Monteiro S. , 1992, p. 39). Com isso, era entendi que o prequestionamento constava na decisão recorrida e não na anterior postulação da parte. Atualmente, houve a conjugação desses entendimentos e a jurisprudência adotou o posicionamento de que o prequestionamento consiste na manifestação da parte em uma instância inferior juntamente da decisão da referida instância (MEDINA, 2005, p. 216).

Contudo, o prequestionamento nada mais é do que um requisito específico exigido de forma implícita na Constituição e expresso nos entendimentos jurisprudências da Corte Superior bem como no Supremo Tribunal Federal. Segundo Medina (2005, p. 332), o prequestionamento possui como objeto a “questão constitucional ou questão federal, conforme o caso, de modo a levá-las ao conhecimento do juiz ou Tribunal, para que estes sobre elas se manifestem”. Prequestionar significa, para Mancuso (2015, p.107), “conceder às instâncias ordinárias a oportunidade de resolver (em definitivo) questão de índole constitucional ou de direito federal”. E por fim, para Theotonio Negrão, “prequestionamento quer dizer questionamento antes, apresentação do tema antes do julgamento, e não depois” (NEGRÃO T., 1990, p. 246).

2.2 Classificação e Tipos

A doutrina prevê a existencia de três tipos de prequestinamento: o implícto, o explícito e o ficto. Sendo que a respeito do conceito das duas primeiras classificações temos mais de um posicionamento dentro da doutrina. E quando ao presquestionamento ficto há uma divergência entre os entendimentos dos Tribunais que deve ser levado em conta (LENZA, 2014, p. 539-540).

Sobre as duas primeiras classificações temos dois entendimentos doutrinários distintos. Um lado entende que o prequestinamento implícito ocorre quando a tese jurídica é mencionada na decisão recorrida mas apesar disso nada se fala a respeito da norma jurídica violada. E o prequestionamento explícito, segundo esse entendimento, ocorre quando além da tese jurídica a norma violada também é citada na decisão recorrida (MEDINA, 2005, p. 340-341).

Por outro lado, temos um segundo entendimento que determina que o prequestionamento implícito a questão foi discutida em primeiro grau mas nada se mencionou no acórdão recorrido. Já o prequestionamento explícito ocorre quando há manifestação explicita no acórdão sobre a matéria (MEDINA, 2005, p. 340-341).

Segundo o atual entendimento do STF, a Suprema Corte não aceita o chamado prequestionamento implícito. Ou seja, para que seja configurado o requisito do prequestionamento deve ter sido definido na decisão recorrida todos os artigos constitucional que foram violados. Como podemos compreender do Agravo em Recurso Extraordinário julgado pelos Ministro da Primeira Turma do STF.

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. **AUSÊNCIA DE PREQUESTINAMENTO**. CONEXÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. PRECEDENTES.
> 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nos 282 e 356/STF. Saliento que o Tribunal não admite a tese do chamado prequestionamento implícito.
> 2. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República.
> 3. A controvérsia sobre a existência ou não de conexão entre a ação anulatória de débito fiscal e a execução fiscal é de natureza infraconstitucional. Necessidade de reexame da contenda à luz das normas processuais de regência. Afronta reflexa.

> 4. Agravo regimental não provido. (**Ag.Reg no Recurso Extraordinário com Agravo 770.029/DF**, Relator Ministro Dias Toffoli, DJ 16/09/2014, p. 01)

Sendo assim, José Miguel Medina (2005, p. 348) afirma que só é possível defirenciar o prequestionamento implícito do prequestionamento explícito se este for considerado como sendo a atividade realizada pelas partes com o objetivo de levar ao órgão judicante a ser por este julgada. Neste sentido, entende-se como prequetionamento implícito quando não há manifestacao expressa da parte, já o explícito ocorre quando há a manifestação expressa. Com isso, no prequestinamento implícito as partes não prequestionam, mas para que haja o prequestionamento implícito as partes devem ao menos interpor recurso (MEDINA, 2005, p. 348).

O prequestionamento é uma atividade anterior a decisão recorrida, é realizada pelas partes que tem como objetivo ensejar a manifestação do órgão judicante a respeito do tema. Não há na Constituição a previsão do requisito do prequestionamento, com isso Medina (2005, p. 349) entende que o recurso especial e o extraordinário não podem ser indeferido pela falta do prequestionamento. Isso porque o único requisito exigido pela Carta Magna é que haja uma questão federal ou constitucional, nada se fala da parte ter ou não prequestionado a matéria a ser discutida. Em decorrência do princípio do dispositivo, quando o Tribunal só pode se manifestar acerca daquilo que foi postulado pela partes, se caso não observar poderá estar julgando de forma *ultra* ou *extra petita*, e assim poderá haver a anulação do julgado por meio de recurso especial e recurso extraordinário, em tese (MEDINA, 2005, p. 349).

Segundo José Miguel Medina (2005, p. 350), conseitua-se prequestionamento como sendo:

> “A atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão

> julgador (juiz ou tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre questão prequestionada".

Caso não haja o pronunciamento das instâncias inferiores sobre a questão de lei federal ou constitucional que foi suscitadas deve-se opor embargos de declaração para suprir o omissão do órgão julgador. Ou seja, se caso a decisão não se manifestou a respeito da questão federal ou constitucional que foi suscitada pela parte, sendo assim não cabendo o recurso extraordinário nem mesmo o recurso especial, a parte deve entrar com os embargos de declaração, isso porque não há, na decisão, a questão federal ou constitucinal que seja apta a ensejar a interposição desses recursos. Sendo assim, caracterizado a omissão do órgão julgador e cabendo então os embargos de declaração com o objetivo de suprir a omissão bem como preencher o requisito do preequestionamento para que assim seja cabível os recursos excepcionais (MEDINA, 2005, p. 345).

Os embargos de declaração prequestionadores são cabíveis no caso de a decisão já ter sido proferida, e com isso o único meio de prequestionar seria a interposicao de embargos. Entende-se que o recurso extraordinário ou especial deve versar sobre questão que já foi oportunamente suscitada e defendida nas instâncias ordinárias, a manifestação da parte sobre a questão que viesse a ser recorrido é tão importante quanto a decisão recorrida tê-la apreciado, que pode ser feito por meio de recurso de apelação ou na falta deste, por meio de embargos de declaração. Mesmo que a violação a norma jurídica apareça no acórdão proferido pelo Tribunal local, mesmo assim é necessária a interposicao de embargos de declaração com o intuito de prequestionar (MEDINA, 2005, p. 356).

Vale ressaltar os Enunciados das Súmulas 356 do STF e 98 do STJ, na primeira a Suprema corte entende que o ponto omisso da decisão se não for oposto embargos de declaração não podem ser objeto de recurso extraordinário; e a Corte Superior afirma que os embargos declaratórios que ferem opostos com o objetivo de prequestinar a matéria suscitada não tem caráter protelatório. Sendo assim, a exigencia dos embargos não é um mero formalismo excessivo, seria excessivo se

caso fosse exigido a oposição de embargos para suscitar que fosse especificado os dispositivos legais que não forem indicados na decisão embargada (MEDINA, 2005, p. 345).

Enuciado da Súmula 356 do STF e Súmula 98 do STJ:

> 356. O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.
>
> 98. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

Se caso a parte opor embargos de declaração com o intutito de suprir omissão e assim ser cabível os recursos excepcionais, mas mesmo assim a omissão permanecer. Sendo assim, se caso a parte suscitou por meio de embargos a omissão a doutrina entende que houve o prquestinamento ficto. Isto é, a simples interposição de embargos de declaração com o objetivo de perfazer a omissão judicial considera que foi preenchido o requisito do prequestionamento mesmo que o órgão julgador não se prenucie a respeito da omissão, caracterizado, assim, o prequestionamento ficto (DIDIER JUNIOR, 2014, p. 249).

A doutrina entende que há dois tipos de embargos de declaração, sendo o primeiro os embargos esclarecedores e o segundo são os embargos prequestionadores. Os que são meramente para sanar alguma dúvida são os embargos esclarecedores, já aqueles usados com o objetivo de abrir caminho para os recursos excepcionais são classificados como embargos prequestionadores, isso porque visam apenas suprir o requisito do prequestionamento. Há um outro posicionamento na doutrina defensor de que se interposto os embargos prequestionadores na via ordinária estaria suprido o requisito do prequestionamento mesmo que esses não fossem conhecidos, com isso ocorreria o prequestionamento ficto (DIDIER JUNIOR, 2014, p. 249).

Quanto ao prequestionamento ficto, destaca-se a divergência existente quanto a aplicação desde nos Tribunais Superiores, isso porque o STJ não aceita a aplicação deste e o STF é positivo quanto a sua aplicação segundo o Enunciado 356. Entende-se que esse posicionamento da Suprema Corte é mais justo com o cidadão, já que não submete este ao arbítrio do tribunal recorrido, que por sua teimosia insiste no não suprimento da omissão, tirando do recorrente o direito deste de se valer das instâncias superiores (DIDIER JUNIOR, 2014, p. 248).

Sendo assim, para o STF não há a necessidade de que a questão constitucional tenha sido efetivamente examinada pelo órgão recorrido, basta que a parte tenha suscitado, por meio de embargos declaratórios, a omissão do tribunal. Neste caso não haveria a necessidade de o órgão suprir a omissão, sendo assim não se caso a omissão perdurar a parte não teria seu direito de recorrer para instâncias superiores prejudicado. Com isso, afirma-se que o STF contenta-se com o prequestionamento ficto, isso porque pode não haver a apreciação da questão constitucional pelas instancias inferiores (LENZA, 2014, p. 539).

Por outro lado, o STJ não aceita o prequestionamento ficto, deve haver o prequestionamento real, efetivo como previsto na Súmula 211, da Corte Superior. Segundo a interpretação dada ao seguinte Enunciado, a simples interposição de embargos não são suficientes para cumprir o requisito do prequestionamento, e para isso as instâncias inferiores devem ter examinado efetivamente a questão federal que será objeto de recurso especial (LENZA, 2014, p. 540).

Enunciado da Súmula 211, do STJ:

> 211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal ‘a quo’.

Ou seja, segundo entendimento do STJ, para que seja cumprido o requisito do prequestionamento via oposição de embargos de declaração meramente prequestionadores o Tribunal deve manifestar-se efetivamente a respeito da questão levantada nos embargos. Assim, configurando o requisito do

prequestionamento e abrindo a via recursal para interposição do recurso especial. Sendo este o entendimento abordado na Súmula a cima citada, não sendo bastante a mera oposição de embargos, é necessário que o Tribunal local tenha analisado a questão, só assim configurando o prequestionamento. Se caso o Tribunal não apreciar a questão, persistindo, assim a omissão, a parte pode opor recurso especial fundamentado na alínea "a" alegando violação ao artigo 1.022 do CPC (SILVA B., 2002).

Além dos Enunciados, vale destacar o Informativo 400, do STJ que mostra claramente a divergência das duas Cortes no que tange a aceitação do prequestionamento ficto:

> "Não se desconhece o fato de que o STF, ao julgar RE, prestigiou o enunciado n. 356 de sua súmula, ao considerar prequestionada matéria constitucional pela simples interposição de EDcl (prequestionamento ficto). Sucede que, como consabido, o STJ possui entendimento diverso, pois tem como satisfeito o prequestionamento quando o tribunal *a quo* emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial. Assim, aqui é imprescindível a demonstração de que aquele tribunal apreciou a tese à luz da legislação federal enumerada no especial, quanto mais se opostos embargos de declaração. Daí que, se o tribunal *a quo* rejeita os embargos sem apreciar a tese, o respectivo especial deve necessariamente indicar como violado o art. 535 do CPC, com a especificação objetiva do que é omisso, contraditório ou obscuro sob pena de aplicação da Súm. n. 211-STJ. Com a reiteração desse entendimento, a Turma não conheceu do REsp, apesar de o advogado, da tribuna, trazer a alegação de que, no caso, há matéria de ordem pública (a inexistência de citação) não sujeita à preclusão, de acordo com recente precedente da Corte Especial. Anote-se que o Min. Mauro Campbell Marques acompanhou a Turma com a ressalva de seu entendimento. Precedentes citados do STF: RE 219.934-SP, DJ 16/2/2001; do STJ: EREsp 978.782-RS, DJe 15/6/2009; REsp 1.095.793-SP, DJe 9/2/2009, e REsp 866.482-RJ, DJ 2/9/2008. (BRASIL, informativo nº 400 do STJ, 22 a 26 de junho de 2009)

Segundo o artigo 1.025, da Lei 13.105 de 2015 os embargos declaratórios opostos pelas partes, mesmo que o órgão não supra a omissão resta

configurado o requisito específico do prequestionamento exigido para os recursos excepcionais.

> Art. 1025: Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam admitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existente erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Em casos de a violação a lei constitucional surgir no julgamento do recurso especial, o STJ entende que não é cabível os embargos de declaração prequestionadores. Isso porque a Corte Superior entende que, o recurso especial não pode falar em violação de matéria constitucional, não há que se falar em omissão ao apreciar matéria constitucional por parte do acórdão que julga o recurso, como julgado no EAResp 256256/MG. A maioria dos julgados do STF entende não ser cabível o recurso extraordinário interposto contra acórdão que rejeitam os embargos de declaração em sede de julgamento de recurso especial que violou dispositivo constitucional. A alegação de violação constitucional, no caso concreto, dos dispositivos que garante o devido processo legal, ampla defesa, e os demais princípios constitucionais garantidores do acesso a justiça não são providos. Isso porque, a analise desses dispositivos seria indireta e reflexa, uma vez que se baseiam na análise da legislação infraconstitucional, tal posicionamento encontra-se no AGRAG 262109/RJ.

Destaca-se o julgado EAResp 256256/MG e AGRAG 262109/RJ:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.
> Não é omisso o acórdão, proferido em sede de recurso especial, que deixa de analisar matéria de índole constitucional, a qual deve ser objeto de recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, da CF.
> Embargos rejeitados. (**EDcl no AgRg no REsp 256.256/MG**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2000, DJ 11/12/2000, p. 228)

> Agravo regimental. - O agravante não ataca o despacho agravado no tocante à falta de prequestionamento da questão relativa ao artigo 96, I, "a", da Constituição. De

> outra parte, para se verificar se o agravo de instrumento não podia deixar de ser conhecido porque estava em conformidade com a legislação processual e com as normas emanadas da Presidência do Tribunal "a quo", seria mister que se examinassem previamente esses atos normativos infraconstitucionais, o que implica dizer que a pretendida ofensa aos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º da Carta Magna é alegação de violação indireta ou reflexa, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. Agravo a que se nega provimento. (STF, Primeira Turma, **AGRAG 262109/RJ**, Relator Ministro MOREIRA ALVES, *DJ* de 23/06/2000, j. em 09/05/2000)

Por último, temos os recursos excepcionais de terceiro interessado e o requisito do prequestionamento. Primeiro, não haveria lógica em prever regramento para a interposição de recurso extraordinário ou especial de terceiro diverso do que é exigido para as partes. Não poderia exigir que no recurso da parte tivesse manifestação judicial do tema e no recurso de terceiro não fosse imposto esse requisito. Como sabemos, segundo o artigo 996 do CPC, o terceiro prejudicado pode recorrer da decisão, mas não há, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de recurso próprio para o terceiro. Com isso, o terceiro pode interpor qualquer recurso previsto na legislação federal, mas para isso o terceiro deve preencher todos os requisitos de admissibilidade que são exigidos pela norma. Sendo assim, não há que se falar em isenção do cumprimento do prequestionamento por terceiros recorrentes (DIDIER JUNIOR, 2014, p. 249).

Dessa forma, se a decisão se manifestou expressa ou implicitamente o terceiro prejudicado poderá ingressar com o recurso excepcional. Mas se caso a questão fora suscitada anteriormente e o órgão julgador não se manifestou a respeito, ou trata-se de questão de ordem pública que deveria ser reconhecida de ofício pelo julgador, o terceiro pode opor embargos de declaração com o intuito de prequestionar a matéria e assim abrindo ensejo para a interposição de recurso excepcional (DIDIER JUNIOR, 2014, p. 249).

3. O artigo 1025 do CPC e o prequestionamento

3.1 Previsão na Constituição Federal de 1988

O prequestionamento é um requisito explícito na Carta Magna desde a Constituição de 1891 no artigo 59, §1º, que possuía a seguinte redação:

> Artigo 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:
> [...]
> §1º. – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
> a) quando se **questionar** sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
> [...]

As Constituições de 1926, 1934, 1937 e 1946, onde ainda constava o termo “questionar”, mas nas Constituições seguintes o termo passou a não ser expresso no texto. Assim como na atual Carta Magna, o texto não prevê expressamente a palavra “prequestionar” ou “questionar”, mas o requisito é exigido implicitamente nos artigos 102, inciso III e 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Seabra Fagundes classifica os recursos em ordinários e extraordinários, de acordo com dois critérios. Os recursos extraordinários são aqueles que além da existência de uma decisão recorrível, depende também da presença de requisitos especiais, que são aqueles previstos na Constituição. E o segundo critério é que os recursos extraordinários originam um novo pronunciamento jurisdicional que envolve a análise de aspectos específicos. E por último, os recursos extraordinários são aqueles que a natureza do juízo ad quem tem papel específico (FAGUNDES, 1946, p. 10-12).

A atual Carta Magna nos artigos acima citados prevê os requisitos específicos ou também chamados como requisitos constitucionais, uma vez que são aqueles que a Constituição exige para os recursos extraordinários. Esses requisitos

não são aqueles da Teoria Geral do Processo já que não são aplicáveis a todos e qualquer recurso, apenas para o recurso especial e extraordinário, devido a sua natureza constitucional (SEREAU JUNIOR & REIS, 2012, p. 54).

O prequestionamento exigido pela Carta Magna quer dizer que a matéria a ser tratada no recurso especial ou recurso extraordinário deve ter sido discutida e decidida pelo tribunal *a quo*. O Código de Processo Civil regulamentou o tipo de prequestionamento que seria aceito pela segunda instância, já que a doutrina e jurisprudência criaram espécies desse requisito que não eram aceitos para o preenchimento do mesmo.

Mancuso explica sobre a exigência desse requisito (2015, p. 134-135, g.n):

> "A explicação da exigência de início referida está em que o STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, espraiando a eficácia de suas decisões por todo o território nacional. Em tais circunstâncias, compreende-se que as Cortes Superiores apenas devam pronunciar-se sobre questões federais (STJ) ou constitucionais (STF) – que podem ser até prejudiciais – numa lide cujas *questiones juris* tenham sido cumpridamente enfrentadas e dirimidas nas instâncias inferiores. Se esses Tribunais da Federação servem para dar a última *racio* sobre a questão jurídica debatida e decidida no acórdão do Tribunal *a quo*, não se compreenderia que tal intervenção se fizesse quando ainda abertas as possibilidades impugnativas nos Tribunais de origem. Por aí se compreende que o interesse em recorrer, no caso dos recursos excepcionais, não se configura com o só fato da sucumbência (como se dá com os recursos de tipo comum), mas antes exige, por definição, o anterior *esgotamento* das vias recursais no Tribunal de origem. A não ser assim, o STF e o STJ estariam a dirimir *questiones iuris* em primeira mão, como se atuassem em competência originária!"

Segundo o entendimento jurisprudencial criado pelo STJ para determinar se o prequestionamento havia sido cumprido ou não, dizia que não bastava que a parte tivesse suscitado a questão nas instâncias inferiores, deveria o órgão julgador se manifestar a respeito para que o requisito do prequestionamento tivesse sido realizado. E se caso o órgão julgador não se manifestasse a respeito da

questão, caberia a parte interpor embargos de declaração para que assim sana-se a omissão.

Como podemos ver nos julgados a seguir:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 171, § 3º, DO CP. CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA INQUISITORIAL. **AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.** SÚMULA N. 211 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. ART. 654, § 2°, DO CPP.
> 1. De acordo com reiterada jurisprudência desta Corte, para que se atenda ao requisito do **prequestionamento, é necessário que a questão haja sido objeto de debate pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca do dispositivo legal apontado como violado, o que não ocorreu nos autos.**
> 2. A teor do art. 654, § 2°, do CPP, este Superior Tribunal tem competência para expedir ordem de habeas corpus de ofício, se verificar, no curso de processo, coação ilegal ao direito de locomoção do agravante. O acórdão estadual não evidenciou a maior censurabilidade da conduta do réu e utilizou ações penais em andamento para majorar a pena-base, a título de conduta social negativa e de personalidade voltada para o crime, ilegalidades que podem ser reconhecidas de ofício.
> 3. Agravo regimental não provido. Habeas corpus concedido de ofício, com fulcro no art. 654, § 2°, do CPP, para redimensionar a pena do agravante, nos termos do acórdão. (**AgRg no AResp 60372/SP**, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJ 16/08/2016)

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. INVALIDEZ. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DA NEGATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE **PREQUESTIONAMENTO**. SÚMULA Nº 282/STF. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/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.
> 2. **Ausente o prequestionamento, até mesmo de modo implícito, de matéria suscitada no recurso especial, incide,**

por analogia, o
disposto na Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.
3. Não destoa da orientação desta Corte o entendimento do tribunal
de origem no sentido de que o prazo de 1 (um) ano para o segurado
requerer o pagamento do valor da indenização do seguro começou a
fluir na data em que ele tomou ciência da negativa da seguradora em
pagar a indenização.
4. Rever as conclusões do acórdão recorrido, no que se refere à necessidade de produção de prova pericial, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, procedimento vedado na estreita via do
recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ.
5. Agravo interno não provido. (**AgInt no AResp 212984/GO**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJ 16/08/2016.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. 1. LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. 2. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO.
FALTA DE **PREQUESTIONAMENTO.** 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
1. Tendo o Tribunal de origem, com apoio nos elementos de prova e
interpretando as cláusulas do contrato entabulado entre as partes, concluído estar comprovado nos autos a legitimidade ativa da requerente, ora agravada, não se mostra possível modificar a referida conclusão na via do recurso especial, em razão dos óbices dos enunciados n. 5 e 7, ambos da Súmula do STJ.
2. **Não havendo manifestação da Corte estadual quanto à tese recursal** relacionada ao termo inicial do prazo prescricional, **revela-se inadmissível o processamento do recurso especial, tendo em vista a falta de prequestionamento (Súmula n. 211/STJ).**
3. Agravo interno a que se nega provimento. (**AgInt no AResp 750588/RS**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZ, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJ 19/08/2016.)

Já o STF, em decisões mais recentes, entendeu que para que o requisito fosse cumprido bastava o chamado prequestionamento ficto, que é aquele que a parte suscita a questão, mas o tribunal nada fala a respeito. O simples fato da parte ter mencionado o assunto, mesmo que o órgão julgador nada tenha falado a respeito já basta para ter o requisito preenchido.

Segue julgados do STF:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. NULIDADE DA CDA. **AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (**ARE 885018 AgR/SC**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2016, publicado em 22/08/2016)

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EXTINÇÃO DO FEITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA. DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA DE FUNDO REFERENTE ÀS PERDAS DECORRENTES DA CONVERSÃO DOS VENCIMENTOS EM URV. **FALTA DE PREQUESTIONAMENTO**. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF.
> **1. As questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário não foram objeto de debate no acórdão recorrido. Óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.**
> 2. Quando de índole infraconstitucional a questão relativa à legitimidade de parte, não tem cabimento o recurso extraordinário.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (**ARE 916805 AgR/RJ**, Rel. Ministro EDSON FACHIN, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2016, publicado em 09/08/2016)

> DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI. BASE DE CÁLCULO DA CONFINS. **AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.**
> 1. A questão relativa à inclusão do crédito presumido do IPI na base de cálculo da COFINS **não foi apreciada pelo acórdão impugnado. Tampouco foi suscitada nos embargos declaratórios opostos**. **Nesse ponto, o recurso extraordinário carece de prequestionamento. Incidem, neste ponto, as Súmulas 282 e 356/STF.**

> 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF).
> 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (**RE 594169 AgR/RS**, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2106, publicado em 12/08/2016)

O Código de Processo Civil prevê como objeto do juízo de admissibilidade o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer, a tempestividade, o preparo, a regularidade formal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Esses são os requisitos gerais de admissibilidade ou também chamados de requisitos processuais, uma vez que estão previsto no Código de Processo (NERY JUNIOR, 2013, p. 266).

Que segundo o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que diz que é competência exclusiva da União legislar sobre o direito processual. Com isso, é competência exclusiva do Poder Legislativo da União editar normas que tenham como conteúdo direito processual. Sendo essa competência exclusiva, os entes federados não têm competência concorrente, muito menos residual para legislar sobre o assunto (NERY JUNIOR, 2013, p. 73).

Com isso, nada impede que o Código de processo Civil determine alguns requisitos que sejam comuns a todos os recursos. Mas são requisitos que apenas regulam a forma ou os prazos. Seria então, vedado ao Poder Legislativo legislar sobre os requisitos específicos dos recursos excepcionais, uma vez que estes são previstos pela Lei Maior do ordenamento.

A locução “causas decididas” prevista nos artigos constitucionais 102, III e 105, III, prevê implicitamente dois requisitos específicos do recurso extraordinário e do recurso especial. O primeiro requisito é que para ser objeto de recurso especial ou recurso extraordinário a questão tem que ter sido decidida em última ou única instância, se caso ainda couber algum recurso não é cabível nenhum dos recursos constitucionais.

E individualmente, para o recurso extraordinário, foi acrescentado o requisito da repercussão geral pela Emenda Constitucional n. 45/2004, no §2º do artigo 102 da Constituição. E prevê que o recorrente deve fazer “a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”. Em se tratando de um recurso previsto na Constituição Federal, o requisito que passou a ser exigido foi inserido no texto respeitando os preceitos normativos, uma vez que foi introduzido por meio de uma Emenda Constitucional, instrumento correto para a modificação do texto constitucional (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

O segundo requisito que está implícito na locução é o denominado prequestionamento da questão constitucional ou federal, exigências salientadas pelas Súmulas 282 e 356 do STF, aplicáveis tanto para os recursos extraordinários como para os recursos especiais. A Constituição Federal em seus artigos 102, III e 105, III exige que a questão que é objeto dos recursos excepcionais tenha sido decidida pelo órgão judicial inferior, se caso não tiver sido decidida o requisito constitucional do prequestionamento não terá sido cumprido (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Como visto, o STF e o STJ exigiam diferentes espécies de prequestionamento. A Corte Suprema exigia o prequestionamento explícito em que o acórdão deve decidir efetivamente a questão para que seja caracterizado o requisito constitucional do prequestionamento. Mas, recentemente, o STF julgou diferente e entendeu que a simples interposição dos embargos de declaração, ainda que o tribunal de origem tenha rejeitados serve para cumprir o requisito do prequestionamento previsto constitucionalmente e é denominado pela doutrina de prequestionamento ficto.

Já o STJ tem reconhecido o prequestionamento implícito que acontece quando a questão foi posta em discussão no primeiro grau, porém não foi mencionada no acórdão. Ao adotar esse posicionamento, o STJ está deixando de aplicar o Enunciado 356 do STF que diz que deve ser interposto embargos de declaração contra acórdãos que possuem alguma omissão para que assim seja prolatada decisão sobre a questão. Mas se caso o acórdão tiver ponto obscuro ou

contraditório, é necessário que seja interposto embargos de declaração previamente e com isso o recurso especial seja admitido (NERY JUNIOR, 2013, p. 278).

Como aborda o autor Fredie Didier Jr em sua obra, os tribunais superiores abordem o requisito do prequestionamento da maneira de que a corte deve ter se pronunciado a respeito da questão constitucional ou federal. O prequestionamento tem duas abordagens distintas, a primeira sendo a atividade da parte, como por exemplo ao interpor embargos de declaração e a segunda é a que os tribunais aplicam (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 249).

Segundo o autor, o primeiro entendimento de prequestionamento mostra-se tão equivocado já que se a parte não o fizer anteriormente o terceiro prejudicado não pode interpor o recurso por uma omissão da parte. Sendo assim, com a omissão da parte o terceiro não poderá interpor o recurso por falta do requisito constitucional do prequestionamento, pelo simples fato de que até o momento não participava do feito (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 249)

Segundo a Súmula 320 do STJ, não basta que a questão tenha sido ventilada no voto vencido, sendo assim não cumprido o requisito do prequestionamento nos casos dos recursos especiais. Deve a questão ter sido decidida no voto vencido para que assim se cumpra o requisito em questão.

Enunciado 320 do STJ:

> *"A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento."*

Além disso, nas alíneas dos artigos 102 e 105 da Constituição estão previstas as hipóteses de cabimento de cada recurso constitucional. Sendo assim, a Constituição Federal prevê a competência para julgar tais recursos, suas hipóteses de cabimento que tem um rol taxativo e os requisitos específicos para que este sejam aceitos (BRASIL, 1988).

O artigo 102 em seu inciso III ao colocar a expressão “causas decididas” entende-se que deve o tribunal *a quo* ter se manifestado a respeito da questão. Assim surge o requisito do prequestionamento que, segundo a Constituição, far-se-á quando a questão tiver sido ventilada e decidida pelo juízo *a quo* e, como podemos ver, decorre expressamente do texto constitucional. Ademais, este requisito de admissibilidade está previsto em outros dois Enunciados do STF, como já foi visto (MACHADO; FERRAZ, 2013, p. 599).

Também a a previsão expressa no texto constitucional desse requisito para os recursos especiais, no artigo 105, inciso III. Onde há a previsão da expressa “causas decididas” dando a entender o mesmo posicionamento quanto aos recursos extraordinários, onde a questão deve ter sido ventilada e decidida pelo juízo *a quo* para que assim se tenha cumprido o requisito do prequestionamento. Como podemos observar esse requisito também decorre da própria Constituição e do Enunciado 211 do STJ (MACHADO; FERRAZ, 2013, p. 647).

3.2 Análise da Constitucionalidade do dispositivo

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1025 uniformizou o entendimento dos Tribunais quanto ao requisito constitucional do prequestionamento nos recursos excepcionais:

> 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.

Sendo assim, como já foi dito, o Código de Processo Civil uniformizou o entendimento no sentido de que o prequestionamento ficto, aquele que mesmo que o tribunal rejeite ou inadmita os embargos de declaração, considera-se que o requisito constitucional resta cumprido. A divergência entre a jurisprudência do STJ e

do STF desapareceu já que a Lei 13.105/2015 trouxe uma concepção específica a ser aplicada tanto para os recursos extraordinários como para os recursos especiais.

Segundo os artigos da Carta Magna, em grau de recurso extraordinário ou especial só é possível discutir questões decididas em única ou última instância. Estando ausente o requisito do prequestionamento da questão veiculada é prolatado um juízo negativo de admissibilidade, que é um requisito que encontra-se presente na expressão “causa decidida” (Souza B., 2013, p. 444).

Nesse contexto, por se tratar de recurso constitucionais e, além disso, por seus requisitos estarem expressos na Carta Magna, entende-se que não seria possível uma lei infraconstitucional, tal como o Código de Processo Civil, estabelecer qual espécie de prequestionamento seria aceito para satisfazer tal requisito.

Entende-se então que uma lei infraconstitucional não poderia prever o cabimento de uma espécie de prequestionamento que vai de total desencontro do requisito previsto na Constituição e além disso, não poderia a lei inferior a ela estabelecer qualquer requisito é cabível para os recursos excepcionais. Isso porque, esses recursos são únicos e exclusivos da Carta Magna assim como seus requisitos específicos também.

A expressão “causas decididas” dá ensejo a dois requisitos e um deles é o requisito em questão. Porém, entendemos que causas decididas são aquelas em que o órgão jurisdicional profere um juízo de valor sobre. Dessa forma, os embargos de declaração que são rejeitadas ou inadmitidos não cumpre o requisito do prequestionamento pelo simples fato de não terem sido decididos pelo juízo.

Neste sentido, sob relatoria do Ministro Octávio Gallotti, o Pleno da Suprema Corte entendeu que

> “ [...] a Constituição não exige que a matéria tenha sido “prequestionada”, ou seja, “questionada antes”, ou, ainda, “discutida” no processo, como decidido no acórdão mencionado nesta nota. O que a Constituição exige é que a matéria tenha sido “decidida” pelo órgão a quo, ou seja, não basta haver sido “discutida”, como resulta claro e

> expressamente de texto constitucional (CF 102 III)" (BRASIL, STF, 2000)

Nesse sentido Nelson Nery Jr diz (2013, p. 278, grifos originais):

> "Quando, nada obstante tenham sido interpostos embargos de declaração prequestionadores (**STF 282 e 356**), ainda persistir a omissão do tribunal, não cabe o RE e/ou o REsp por ofensa àquele preceiro que o recorrente invocara e que continua objeto da omissão do tribunal. Sobre esse preceiro, pois, não ocorreu "decisão" e não pode essa matéria ser objeto nem de RE nem de REsp.
> [...]
> A exigência é constitucional, de modo que a lei ordinária (CPC e leis federais) não podem dispensá-la".

Assim como Didier e Cunha (2014, p. 249):

> "Como visto, o prequestionamento é decorrência da própria Constituição Federal, e não pode ser evitado ou minimizado pelos órgãos jurisdicionais, ou então se trata de exigência ilegítima".

Além disso, Nery afirma que mesmo sendo jurisprudência do Pretório Excelso, não poderia ele criar requisitos de admissibilidade para o RE e o REsp assim como previsto nos Enunciados 282 e 356. Isso porque é atividade exclusiva da Constituição Federal prever os requisitos para a admissibilidade dos recursos excepcionais (NERY JUNIOR, 2013, p. 280). Consequentemente, por se tratar de função exclusiva nem mesmo uma lei infraconstitucional, como a Lei 13.105/2015 poderia criar, ou estabelecer a espécie de requisito a ser acolhido no juízo de admissibilidade desses recursos.

E como afirma Didier e Cunha, podemos concluir que a exigência feitas pelos tribunais superiores quanto ao requisito do prequestionamento e além disso, pelo CPC configuraria uma exigência ilegítima pois se trata de uma decorrência da própria Constituição Federal e cabe apenas a ela estabelecer exigências a esse requisito (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 249).

Deve-se constar que o Supremo Tribunal Federal, nas Súmulas 282 e 356 não criou o requisito do prequestionamento. O que a Corte Suprema fez foi apenas interpretar o termo contido na Constituição que é "causas decididas" e com

isso explicitou o texto. Mas vale lembrar que a expressão “questionar” ou até mesmo a “prequestionar” não está expressa na atual CF, mas já esteve presente nas Constituições revogadas. Tema este, presente desde muitos anos no sistema constitucional brasileiro. Desse mesmo modo é incorreto afirmar que a CF silencia sobre o requisito de cabimento dos recursos excepcionais (NERY JUNIOR, 2013, p. 282).

Segundo entendimento de Didier e Cunha, o prequestionamento se vê cumprido quando a questão federal ou constitucional é examinada na decisão recorrida. Desta maneira, se caso tal situação ocorrer o requisito constitucional resta-se preenchido. O que importa é a causa decidida, ou seja, a efetiva manifestação judicial. A matéria deve ter sido decidida e não importa se tenha explicitado o texto ou o número do dispositivo que tenha sido afrontado, o importante é que o juízo *a quo* tenha decidido a questão (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 247).

Afirma Didier e Cunha (2014, p. 248):

> “Não há dúvida de que, enfrentada a questão pelo tribunal recorrido, há o prequestionamento e, pois, o recurso é cabível. No entanto, e se a questão não houver sido examinada pelo tribunal, não obstante ter sido suscitada pela parte? Impõem-se a interposição de embargos de declaração com o objetivo de suprir a omissão”.

Por outro lado, José Miguel Garcia Medina, defende que o prequestionamento é uma atividade da parte e não previsto pela CF nem mesmo em sua expressão “causas decididas”. Por defender que é um ato das partes não haveria fundamento exigir que para configurar o requisito do prequestionamento, a questão tinha que ser decidida já que a decisão não depende da parte e sim do órgão jurisdicional.

Consequentemente, para o referido autor seria admissível o prequestionamento ficto, por ser ato da parte e não necessitar de decisão do juízo, a mera interposição de embargos declaratórios, mesmo este sendo rejeitados ou inadmitidos estaria configurado o requisito de admissibilidade do prequestionamento.

Nesse contexto Medina afirma que (2005, p. 307):

> “Concordamos com os doutrinadores citados, quanto à afirmação de que o prequestionamento não se encontra previsto na Constituição Federal atual. A concepção de prequestionamento traçada no item precedente revela que, para nós, o que exige a Constituição Federal é que a questão federal ou constitucional esteja presente na decisão recorrida, o que não equivale ao prequestionamento realizado pelas partes, que deve ocorrer necessariamente antes da decisão recorrida”.

E afirma Bruno Mattos e Silva (2002, p. 3):

> “Essa análise da palavra prequestionamento, que é mais morfológica do que jurídica, nos daria a entender que prequestionar seria o ato de ter a parte suscitado uma determinada questão em momento pretérito. Haveria prequestionamento, portanto, quando a parte (autor, réu, terceiro interessado) tivesse suscitado em oportuno momento pretérito uma questão jurídica, de fato ou de direito. Irrelevante seria, assim, a apreciação da questão pelo órgão julgador ou sua recusa em apreciá-la”.

Neste cenário, pior seria já que seguindo o pensamento do Medina de que a CF não prevê o requisito do prequestionamento, o novo CPC em seu artigo 1.025 estaria criando um requisito não previsto para os recursos excepcionais. Seguindo essa linha de raciocínio entendemos ser pior a criação de um novo requisito de que o CPC apenas estabelecer qual a espécie de prequestionamento seria admitida. Muito pior criar um requisito que a própria Constituição não criou do que apenas exigir o cabimento de uma espécie que encontra-se em divergência jurisprudencial.

Dessa forma, o pensamento do Medina mostra-se completamente equivocado, já que como foi demonstrado, esse requisito está previsto na Lei Maior na expressão “causas decididas”. E por outro lado, como defende outros autores, o prequestionamento não seria ato privativo da parte mas está em casos de omissão do juízo tem meio de fazer valer o cumprimento desse requisito por meio dos embargos de declaração. Configura-se então, o pensamento confundido de Medina ao fazer tais afirmações.

3.3 Eficácia do Instituto

Ao afirmar que os recursos têm um objetivo superior privatístico, já que são voltados e destinados exclusivamente para o interesse do recorrente, que está descontente com a decisão proferida e por isso resolver reclamar. Como já foi dito, assim como os recursos excepcionais há outros que tem o objetivo muito além do que solucionar insatisfação da parte. Como explica Flávio Cheim Jorge (2015, p. 45):

> "Antes disso, encontram-se os recursos diretamente ligados à função exercida pelo Estado, concernente na prestação da tutela jurisdicional justa e adequada. 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 estritamente conveniente para o estado colocar à disposição dos jurisdicionados os meios recursórios aptos a reparar as injustiças cometidas."

Muitos dos recursos criado pelo Estado visam, unicamente, aperfeiçoar a aplicação das leis e dessa maneira prevalecer a melhor interpretação dada para a lei. O recurso especial (artigo 105, inciso III, da CF) e o recurso extraordinário (artigo 102, inciso III, da CF) são exemplos de recursos criados com essa finalidade, uniformizar as interpretações dada para as leis e para a própria Constituição. Nesses casos o direito subjetivo do recorrente fica em segundo plano já que é dado mais importância ao direito objetivo previsto no sistema jurídico.

Isso ocorre já que na prática a lei pode e é aplicada e entendida de várias maneiras diferentes. Para uma mesma realidade fática pode ter diversas aplicações distintas da mesma lei, mesmo ela sendo criada com um único objetivo e entendimento. Com isso, a certeza jurídica que é um dos pilares do direito fica abalada. Nesse contexto que se cria os recursos com o objetivo de reduzir o número de diversos entendimentos, mesmo não sendo possível que reduzir completamente todos os entendimentos em um só, a intensão é que se reduza ao máximo.

Assim afirma Flávio Cheim (2015, p. 46):

> "No julgamento dos recursos é que se permitirá encontrar a real e correta interpretação a ser dada à norma, de modo a que todos estejam sujeitos a ela de forma idêntica".

Antônio Cláudio da Costa Machado disse (2005, p.692):

> “Recursos ordinários são aqueles que existem apenas para permitir o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, o exercício da faculdade da parte de se inconformar com uma decisão (apelação, agravo, embargos infringentes, recurso ordinário). Especiais são aqueles instituídos com a finalidade de assegurar a autoridade da Constituição (recurso extraordinário) ou a autoridade, supremacia e uniformidade interpretativa da lei federal (recurso especial).”

De acordo com o cada caso, o REsp e o RE não têm apenas o objetivo de reapreciar a demanda e sim de preservar a inteireza das normas constitucionais e infraconstitucionais, trata-se da função dada pela CF para o STJ e o STF. Sendo assim, por tratar de recursos previstos pela CF, não há a mínimo possibilidade do CPC prever requisitos de admissibilidade para tais, uma vez que se trata de recursos específicos deles.

Marco Aurélio e Silas explicam a natureza especial dos recursos excepcionais (2012, p. 40):

> “Diante desse quadro é que se compreende a natureza diferenciada dos recursos excepcionais (extraordinário e especial), visto que sua configuração é constitucional-processual. Esta sua natureza diferenciada implica a exigência de requisitos de admissibilidade igualmente diferenciados, razão a que atribuímos a dificuldade de seu manejo por parte dos operadores do Direito.”

Sobre esse assunto, Nelson Luiz Pinto (1999, p. 170) afirma que os recursos excepcionais são “recursos de fundamentação vinculada, pois se encontram expressamente previstas em lei (na Constituição Federal), em *numerus clausus*, as espécies de fundamentação ou de crítica que podem ser dirigidas à decisão impugnada através desses recursos”.

Eficácia jurídica representa a qualidade da norma produzir, em maior ou menor grau, determinados efeitos jurídicos ou a aptidão para produzir efeitos, dizendo respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma. Sendo assim, é a aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são inerentes. Não se trata apenas da vigência da regra, mas também, e, sobretudo, da "capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições

de atuação". Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível.

Os artigos 102 e 105, da Constituição são normas de eficácia limitada, ou seja, são aquelas normas que o constituinte originário não deu brecha para que o legislador legislasse sobre e restringisse. Consequentemente, o artigo 1.025 do CPC ao prever requisitos que somente a Lei Maior está autorizada a exigir é ineficaz, pois se trata de um artigo inconstitucional que vai contra o previsto na CF.

A norma infraconstitucional não pode restringir a aplicação da norma constitucional sem a expressa autorização da mesma, isso por se tratar de norma de eficácia limitada. Desta maneira, estando o artigo em total discordância com o previsto na Constituição Federal trata-se de um instituto que não produz efeitos no mundo jurídico por sua total ineficácia.

Conclusão

Ao longo de todo o exposto nesse trabalho, das argumentações apresentadas, convencido o leitor da inconstitucionalidade do artigo 1.025 do Código de Processo Civil. Uma vez que vai contra o que está expressamente previsto na Constituição Federal em sua expressão “causas decididas”.

E além disso, que fique claro que o entendimento mais recente do STF sobre o prequestionamento, aquele que aceita como preenchido o requisito mesmo não tendo sido decidido, o prequestionamento ficto é considerado inconstitucional sob o mesmo fundamento do artigo do CPC.

A divergência de entendimentos do STJ e do STF quando ao requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais restou claro e demonstrado que fere o princípio da segurança jurídica. Visto que essas cortes são meios de garantir a aplicação desse princípio no ordenamento jurídico e se os mesmos têm posicionamentos diferentes sobre a aplicação de um mesmo requisito fica claro que a segurança jurídica fica enfraquecida.

O novo Código passa a ser inconstitucional em seu artigo 1.025 pelo simples fato de se tratar de uma regra de eficácia limitada constitucional, ou seja, aquela regra que o legislador constituinte não autorizou que lei infraconstitucional viesse a limitar. Diante disso, e por se tratar de recursos constitucionais cabe única e exclusivamente a Constituição Federal de 1988 prever requisitos especiais de admissibilidade para esses recursos.

Resta claro que o prequestionamento ficto está em total desacordo com o que é previsto na Carta Magna. Visto que a expressão que comporta o requisito de admissibilidade na Constituição é a expressão “causas decididas”, sendo assim está expresso que a causa tem que ser decida pelo tribunal para que caiba RE ou REsp dependendo de cada caso. Se caso a questão não for decidida

pelo tribunal, resta a parte interpor embargos de declaração por omissão já que o tribunal foi omisso e não se pronunciou a respeito da questão federal ou constitucional.

O prequestionamento ficto é aquele que mesmo sem ter o tribunal se manifestado a respeito, depois de interpostos os embargos mesmos que estes sejam inadmitidos ou rejeitados o requisito foi cumprido. Porém, esse entendimento é totalmente contrário o previsto na Lei Maior, e com isso é inconstitucional já que é expresso na Constituição que a causa tem que ser decidida.

Enquanto não for declarada pelo STF a inconstitucionalidade do referido artigo, o princípio inerente a todo sistema jurídico brasileiro ficará fragilizado. A segurança jurídica, que é um dos objetivos dos recursos excepcionais, estará em estado de vulnerabilidade já que as cortes responsáveis por preservar esses princípios encontram-se em discordância com a Constituição e com os seus entendimentos entre si.

Com a aprovação do texto do novo CPC, a Súmula 320 do STJ resta-se superada. Entendimento este que, como discutido exaustivamente restou-se provado que está equivocado em consequência de que, ao nosso ver, tal enunciado está correto e o CPC está contrariando a norma constitucional.

Dessa maneira, a segurança jurídica, um dos maiores princípios norteadores do mundo jurídico, fica fragilizado já que a Lei Maior esta sendo desrespeitada. Por mais que esse diploma venha para uniformizar os entendimentos, ele foi para o lado contrário da Constituição. Nesse sentido equivocado do CPC está devidamente comprovado e a própria Constituição é expressa nesse sentido do não cabimento do prequestionamento ficto.

Contudo, com a inconstitucionalidade desse dispositivo ele se torna sem eficácia no mundo jurídico brasileiro, isso porque fere o que está disposto na Constituição Federal de 1988. Mesmo tendo um objetivo notável quanto a

uniformização dos entendimentos entre as cortes superiores, este artigo não terá efeitos no mundo jurídico devido a sua contrariedade a Lei Maior.

Referências

ALVIM, Rafael. ***Instituto de Direito Contemporâneo***, 2015. Disponível em: http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/08/28/inovacoes-comuns-aos-recursos-excepcionais-no-novo-cpc/. Acesso em: 10 de abril de 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). ***LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.*** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). ***Constituição da República Federativa do Brasil***. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Agravo em Recurso Especial***. AREsp 60372/SP. Sexta Turma. Agravante: Calos Roberto Pereira Dória. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 02 de agosto de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101911640&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 30 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Agravo em Recurso Especial***. AREsp 212984/GO. Terceira Turma. Agravante: Companhia de Seguros Aliança do Brasil. Agravado: Tânia Daher Oliveira e Outro. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201613486&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 30 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Agravo em Recurso Especial***. AREsp 750588/RS. Terceira Turma. Agravante: Brasil Telecom S/A. Agravado: Nery Knach. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501836894&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 30 de abril de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Recurso Especial***. REsp 256.256/MG. Quinta Turma. Recorrente: Sindicato dos Fiscais de Contribuições Providenciárias de Minas Gerais – SINDIFISP/MG. Recorrido: Instituto Nacional de Seguro Social. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 21 de novembro de 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRe

gistro&termo=200000395749&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 02 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Recurso Especial***. REsp 866.299/SC. Segunda Turma. Recorrente: Revena Cassino Hotel LTDA. Recorrido: João Batista de Bassi Filho e Outros. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200601097253&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 02 de junho de 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ***Agravo de Instrumento***. AGRAG 262109/RJ. Primeira Turma. Agravante: Banco ABN AMRO Real S/A. Agravado: Leonel Frech Diniz. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 23 de junho de 2000. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1794973. Acesso em: 02 de junho de 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ***Recurso Extraordinário com Agravo***. ARE 770029/DF. Primeira Turma. Recorrente: Companhia Açucareira Paraiso. Recorrido: União. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 05 de agosto de 2014. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=770029&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M. Acesso em: 6 de abril de 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ***Recurso Extraordinário com Agravo***. ARE 885018/SC. Primeira Turma. Recorrente: D' Agostini Auto Peças LTDA. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 02 de agosto de 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4762995. Acesso em: 30 de agosto de 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ***Recurso Extraordinário com Agravo***. ARE 916805/RJ. Primeira Turma. Recorrente: Alexandre da Silva Vianna. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 28 de junho de 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4850743. Acesso em: 30 de agosto de 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ***Recurso Extraordinário***. RE 219934-2/SP. Pleno. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Nilson Barros Pires. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 14 de junho de 2000. P. 140 Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1687233. Acesso em: 30 de agosto de 2000.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ***Recurso Extraordinário***. RE 594169/RS. Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Curtume Aimoré. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 28 de junho de 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2643420. Acesso em: 30 de agosto de 2016.

CORDEIRO, Luís Fernando. ***Direito Processual do Trabalho***. Brasília: Gran Cursos, 2013.

CORDEIRO, Luís Fernando. ***Processo do Trabalho Descomplicado***. Brasília: Glube dos Autores, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. ***Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais.*** 12ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. ***Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil.*** Rio de Janeiro: Forense, 1946.

GOMES, Rodrigo Carneiro. ***O Tribunal Constitucional: Elementos e Estrutura da Separação dos Poderes.*** 2007. Disponível em: http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/361 . Acesso em: 10 de abril de 2016.

GRECO FILHO, ***Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro***. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINNOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. ***Recurso no Processo Penal***. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JORGE, Flávio Cheim. ***Teoria Geral Dos Recursos Cíveis***. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LENZA, Pedro. ***Direito Processual Civil Esquematizado***. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Alcides de Mendonça. ***Ação Rescisória: Contra Acórdão em Agravo de instrumento.*** In RP 10, 1986, p. 15-19.

LIMA, Alcides de Mendonça. ***Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. ***Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.*** 4ª ed. Barueri: Manole, 2005.

MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida Da Cunha. ***Constituição Federal Interpretada.*** 4ª ed. Barueri: Manole, 2013.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. ***Recurso extraordinário e Recurso especial***. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. ***O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial: E outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento.*** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTEIRO, Samuel. ***Recurso Especial e Extraordinário***. São Paulo: Hermus, 1992.

MONTEIRO, Vitor José de Mello. ***Comprovação do dissídio jurisprudencial no recurso especial.*** São Paulo: Método, 2007.

NEGRÃO, Perseu Gentil. ***Recursos Constitucionais: Técnica e Requisitos de Interposição de Recursos no 2º Grau.*** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/home_interna. Acesso em: 10 de abril de 2016

NEGRÃO, Theotonio. ***O Novo Recurso Extraordinário***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

NERY JUNIOR, Nelson. ***Teoria Geral dos Recursos***. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAVANI, Vanessa Roda. ***O Prequestionamento***. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9489. Acesso em: 02 de junho de 2016.

PINTO, Nelson Luiz. ***Manual dos Recursos Cíveis***. São Paulo: Malheiros, 1999.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. ***Manual dos Recursos Extraordinário e Espacial.*** São Paulo: Método, 2012.

SILVA, Bruno Matos e. ***Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário.*** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. ***Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SOUZA, Bernardo Pimentel. ***Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória.*** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.