



Centro universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

FELIPE COSTA CARVALHO MILHOMEM

**RECURSOS EXCEPCIONAIS: A DIVERGENCIA DA ACEITAÇÃO DO
REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO E SUA REAL IMPORTÂNCIA
PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Brasília

2015

FELIPE COSTA CARVALHO MILHOMEM

**RECURSOS EXCEPCIONAIS: A DIVERGENCIA DA ACEITAÇÃO DO
REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO E SUA REAL IMPORTÂNCIA
PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Projeto de monografia apresentado como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Einstein Lincoln Borges Taquary

Brasília

2015

FELIPE COSTA CARVALHO MILHOMEM

**RECURSOS EXCEPCIONAIS: A DIVERGENCIA DA ACEITAÇÃO DO
REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO E SUA REAL IMPORTÂNCIA
PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Projeto de monografia apresentado
como
requisito para conclusão do curso de
Bacharelado em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Einstein Lincoln
Borges Taquary

Brasília

2015

Banca examinadora

Einstein Lincoln Borges Taquary

Júlio Cesar Lérias Ribeiro

Danilo Porfírio da Costa Vieira

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos que me deram apoio, direta ou indiretamente para que pudesse completar esta obra, sendo certo de que, sem a participação de cada um, a realização deste trabalho não seria possível.

Ao Dr. Einstein Lincoln Borges Taquary, por ter me orientado na elaboração desta monografia, de forma paciente, e prestativa, nunca se omitindo, compartilhando seu conhecimento para enriquecer esta monografia.

Acima de tudo aos meus pais, que me apoiaram, me deram forças, mesmo nos momentos mais difíceis, sem eles certamente não seria possível alcançar este patamar.

RESUMO

O prequestionamento foi instituído pelo Supremo Tribunal Federal como uma jurisdição de defesa, para evitar a alta demanda pelo Supremo, limitando a Corte máxima, ao tempo, em somente julgar questões que demonstrassem a infração de lei constitucional ou infraconstitucional, com o advento da atual Constituição Federal, se criou o Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi delegado a função de julgar toda matéria que ofendesse a legislação infraconstitucional, porém com a criação de um novo órgão, surgiram novos ministros, e com eles novos entendimentos, ocorrendo divergências nos pensamentos de vários temas, dentre eles está o prequestionamento, requisito de admissibilidade dos recursos dirigidos a esses dois Tribunais, devendo demonstrar que a infração a norma constitucional ou federal foi debatida em instancia inferior, podendo então ser julgada pelas Cortes superiores, porém esta variedade de entendimentos sobre a maneira correta de se expor o prequestionamento, causa insegurança jurídica as partes, assim como prejuízo para os advogados, que, se quiserem ver sua causa julgada, devem se adaptar ao pensamento de cada tribunal, sendo que, muitas vezes, pelo tribunal entender que a questão não foi ventilada no órgão *a quo*, remete a parte a uma jornada, fazendo com que esta esteja subordinada ao tribunal, tendo, de qualquer maneira que aceitar a demora imposta pela corte, desvirtuando a celeridade processual, a ampla defesa, a duração razoável do processo dentre outros princípio, em função destas violações, e por tornar o processo menos eficaz e célere, necessário seria uma uniformização de como demonstrar o prequestionamento, querendo este trabalho expor o entendimento que preza pela celeridade, ampla defesa, uma duração razoável e segurança jurídica, zelando pelos direitos garantidos as partes.

Palavras-chave: Direito Processual Civil, Recursos Excepcionais, Prequestionamento, Implícito, Fícto.

ABSTRACT

The *prequestionamento* established by the Federal Supreme Court as a jurisdiction defense, to avert the high demand by the Supreme, limiting the Court, only in judging issues in which were related to infractions of constitutional or infra-constitutional legislation, with the advent of the current Federal Constitution, it was created the Superior Justice Court. It was delegated the role to judge all infractions in the infra-constitutional legislation. However, with the creation of a new Court, new ministers came forth, and with them new understandings, which caused divergence in various topics, amongst them it is the *prequestionamento*. Which is an admissibility requirement of resources directed to these two Courts, demonstrating that the infraction to the constitutional or federal ruling was debated in lower courts, so they can be judged by the superior Courts. Although this variety of understandings about the correct manner to disclose the *prequestionamento*, causes judicial insecurities to both parties, as well as loss to both lawyers, who wants their cases judged. The assessment of the courts should be adapted, wherein, often, according to the courts assessment the matter was not discussed in the court *a quo*, which refers to part of a journey, making it subject to the court. And having to accept the delay imposed by the court, distorting the pace of the procedure, the legal defense, the reasonable duration of the process among other principles, according to these violations, and also making the process less effective and expeditious. It would be necessary the standardization of how to demonstrate the *prequestionamento*. This paper exposes the understanding that values the pace, the legal defense, a reasonable duration and legal certainty and safeguard the rights guaranteed to both parties.

Key-Words: Civil Procedural Law, Exceptional Resources, *Prequestionamento*, Implicit, Supposed.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 TEORIA GERAL DOS RECURSOS	12
1.1 Esboço histórico dos recursos	12
1.2 Conceito	13
1.3 Princípios inerentes aos recursos	17
1.3.1 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	17
1.3.2 Princípio da <i>Reformatio in pejus</i>	20
1.3.3 Princípio da Fungibilidade	21
1.3.4 Princípio da taxatividade	22
1.3.5 Princípio da Unicidade	22
1.4 Juízo de admissibilidade, Efeitos e Espécies	23
1.4.1 Juízo de admissibilidade	23
1.4.2 Juízo de mérito	24
1.4.3 Efeitos	24
1.4.4 Espécies	26
2 RECURSOS EXCEPCIONAIS	27
2.1 Recurso Especial	27
2.1.1 Hipótese de cabimento da alínea “a” do artigo 105, III	28
2.1.2 Hipótese de cabimento da alínea “b” do artigo 105, III	29
2.1.3 Hipótese de cabimento da alínea “c” do artigo 105, III	29
2.2 Recurso Extraordinário	30
2.2.1 Hipótese de cabimento da alínea “a” do artigo 102, III	32
2.2.2 Hipótese de cabimento da alínea “b” do artigo 102, III	32
2.2.3 Hipótese de cabimento da alínea “c” do artigo 102, III	33
2.2.4 Hipótese de cabimento da alínea “d” do artigo 102, III	34

2.3 Procedimento.....	34
2.4 Os recursos extremos retidos.....	39
2.5 Recursos repetitivos.....	41
3 PREQUESTIONAMENTO.....	44
3.1 Conceito	44
3.2 Da causa decidida.....	46
3.3 Formas de Prequestionamento.....	48
3.4 Da divergência entre os tribunais superiores.....	51
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da nova Constituição Federal do Brasil de 1988, junto com seus incentivos ao ingresso à justiça, ocorreu o aumento na demanda nas cortes brasileiras para a solução das lides. Os desentendimentos pleiteados perante o judiciário se mostram cada vez mais urgentes e variados, a espera de uma resolução judicial, de um Poder sobrecarregado e pouco célere, porém, este mesmo Poder se mostra bastante limitado por procedimentos defensivos, criados pelo próprio judiciário, com o intuito de se proteger da avalanche de demandas.

Tendo em vista a situação em que o poder judiciário se encontra, a sociedade desconfia cada vez mais da eficácia e celeridade da justiça. Estaria a justiça, se preocupando em demasiado com procedimentos rígidos, como o prequestionamento, e se “esquecendo” de solucionar a lide de forma célere e eficaz, com tempo de duração razoável de um processo? Será que realmente alguns procedimentos são necessários para o deslinde da causa? São estas as perguntas cuja a solução se busca neste trabalho.

Observa-se que, o requisito do prequestionamento, foco deste trabalho, sofre divergências entre os tribunais, pois o Supremo Tribunal Federal, ao prolatar a maioria de seus acórdãos busca por alcançar a economia e celeridade processual, deixando em segundo plano, ou até mesmo não se importando com atos que não tenham relevância ao processo. Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça já tem entendimento diverso em alguns de seus acórdãos, prezando por uma maior segurança processual, busca ter a certeza de que o requisito se faz presente no processo, mesmo que para isso tenha que estagnar o processo, fazendo com que a parte fique refém de seu procedimento moroso e minucioso.

Portanto, a questão primordial deste trabalho, é desvendar se o requisito do prequestionamento realmente se faz necessário no âmbito processual, e, se este se fizer obrigatório, qual seria a melhor abordagem sobre o tema, pois, por um lado temos a visão do STF, e do outro a do STJ, devendo ser esclarecido qual dos dois posicionamentos traz benefícios mais relevante ao processo, evitando a morosidade e a burocratização da justiça, buscando alterar o olhar que a sociedade tem do Poder Judiciário, demonstrando que as partes tem o direito a um processo célere e eficaz, não sendo, os litigantes lesados do seu direito à duração razoável do processo, garantido a eles pela Constituição.

Surgiu o interesse no assunto, quando em aulas de direito processual, recursos cíveis, do sétimo semestre do curso de direito do UniCEUB, foi abordada a questão pelo professor que lecionava a matéria em sala. Além da questão ser intrigante, é de extrema importância, tendo em vista que tal requisito restringe o acesso aos tribunais superiores, tendo o Supremo Tribunal Federal e o Superior

Tribunal de Justiça, entendimentos diversos, não existindo uma uniformização de um tema que pode restringir o acesso das partes as últimas instâncias do Poder Judiciário, uniformização esta, que é de competência dos próprios Tribunais superiores aqui citados.

Tem este tema, como já dito, imensa relevância social, profissional e acadêmica, podendo, a uniformização do entendimento do que é prequestionamento e como aplica-lo, modificar a maneira de como a matéria é lecionada nos bancos das faculdades, simplificando a interposição dos recursos perante os Tribunais competentes, não exigindo que o advogado se adeque aos requisitos diversos, sobre o mesmo tema, que o STF e o STJ exigem, podendo ainda, dependendo da uniformização realizada, dar mais celeridade e eficiência ao processo judicial.

Logo, perceptível está o conflito existente com relação a questão do prequestionamento entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, haja visto que não existe um único entendimento, uma única resposta correta sobre o tema, pois a legislação da margem para as interpretações, que são realizadas pelos magistrados e doutrinadores, não tendo estes, um consenso sobre a matéria, podendo se considerar correta a interpretação tanto do STF ou do STJ, dependendo do ponto de vista.

Porém, as perguntas que rodeiam este trabalho seriam, o que seria realmente o prequestionamento? Qual a interpretação dada pelas cortes superiores? Qual seria o melhor entendimento? O prequestionamento é de fato um requisito necessário aos recursos excepcionais? E se o prequestionamento estaria implicitamente na Constituição de 1988.

Sobre todos estas questões há divergência entre os doutrinadores e magistrados, não havendo um consenso de um tema de extrema relevância, que pode acarretar no não conhecimento do recurso excepcional, restando prejudicada a lide, que poderia ter final diferente do ali prolatado.

Quanto mais se prolonga essa duplicidade de entendimento entre as Cortes Superiores, mais insegurança jurídica surge entre os manuseadores do direito, assim como a sociedade, que se sente vulnerável, nas mãos dos Doutos Ministros, que prolatam seus acórdãos de maneira desigual, ocorrendo a disparidade não só entre os Tribunais Superiores, mas também entre os próprios julgadores de um mesmo tribunal.

A disposição dos capítulos deste trabalho se deu de forma em que nos primeiros capítulos se abordou assuntos mais abrangentes como a parte histórica dos recursos, passando pelos princípios primordiais, e por fim os efeitos, espécies, e seus juízos de admissibilidade e de mérito.

Em um segundo momento, buscou-se discernir sobre os recursos excepcionais, demonstrando suas hipóteses de cabimento, e suas especificidades, assim como seus procedimentos e requisitos.

Ao final, buscou-se expor a problemática deste trabalho, explicando o conceito de prequestionamento, as divergências existentes na doutrina com relação ao momento adequado e por quem deveria ser suscitado e por último a demonstração da divergência existente entre os tribunais, explicando qual a diferença de cada um com seus ônus e bônus.

O modelo de pesquisa dogmática será utilizado neste trabalho para que com a contribuição teórica se encontre soluções aos problemas práticos, ocorrendo a interpretação de normas jurídicas frente ao entendimento dos tribunais superiores.

As pesquisas sobre normas jurídicas serão feitas através de leis, artigos da Constituição e dos Códigos assim como súmulas das Cortes Superiores que versem sobre o requisito aqui abordado, sendo as pesquisas das interpretações do STF e STJ feita por meio de acórdãos por eles mesmo produzidos, visando mostrar a falta de uniformização e qual o melhor entendimento.

1 TEORIA GERAL DOS RECURSOS

Acredita-se que a ideia de recurso nasceu com a indignação do ser humano com algo, quando se é contrariado ou quando se sente injustiçado, é uma conduta natural do homem, este sempre busca ter seus ideais alcançados, e por este inconformismo que existem os meios de impugnações processuais, para que a parte possa tentar alterar ato judicial, na qual foi prejudicada, ou tenha sido contrariada, integral ou parcialmente. Diversos são os meios de se impugnar um ato judicial, mas veremos adiante que nem todos se configuram como recursos processuais.

1.1 Esboço histórico dos recursos

De acordo com o doutrinador Alcides de Mendonça Lima, o recurso “(...) em essência, a ideia de recurso se acha arraigada no espírito humano, como uma tendência inata e irresistível, como uma decorrência lógica do próprio sentimento de defesa a um direito ameaçado ou violado”¹.

A origem dos recursos no processo civil vem da república romana, que teve seu processo desenvolvido em três fases: *legis actiones*, *pré formulas* e *cognitio extraordinária*.

Nas duas primeiras fases os juízes não eram funcionários do Estado, mas sim particulares escolhidos em assembleias populares e, posteriormente, convencionado entre as partes, e não havia a possibilidade de interpor um recurso propriamente dito. Porém se inconformada a parte com a decisão judicial desfavorável tinha a possibilidade de pedir para outro juiz uma medida que retornasse a situação ao estado anterior ou sustasse a eficácia da primeira decisão.

A partir da terceira fase do processo Romano, que começa após o III d. C., o poder judiciário passou a ser estatal, esta ultima fase trouxe a possibilidade de reexame das decisões, tornando-as recorríveis através da *appellatio* (recurso direcionado ao imperador) e da *supplicatio*.

Leonardo Greco afirma que:

¹LIMA, Alcides de Mendonca. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro-Sao Paulo: Limonad, 1963, p. 15.

“Apelava-se tanto das sentenças, quanto das decisões interlocutórias. A apelação tinha sempre efeito suspensivo e renovava a causa por inteiro perante o juízo *ad quem*, repetindo-se as fases postulatória, instrutória e decisória e podendo ser formulados novos pedidos e alegadas novas questões de fato e de direito, tanto pelo autor quanto pelo réu, inclusive inquiridas novas testemunhas.”²

Partindo para outra cultura jurídica, mas que também influenciou o direito brasileiro, não há notícia que o direito germânico aceitava recursos, pois seus julgamentos eram feitos pela coletividade em assembleia, assim discorre Alcides Lima.

Pela situação peculiar da sociedade primitiva dos germânicos, num índice de estagio ainda rude, todo poder cabia ao povo, que funcionava em assembleia. Não era, porém, mera ficção, mas uma realidade. E o poder judicial era igualmente exercido pelas assembleias populares, as quais competia julgar o fato e aplicar o direito.³

Mais a frente na história, surgiram as ordenações filipinas, que influenciaram diretamente na nossa jurisdição, com ela foi instituído os embargos, como uma espécie de recurso alternativo à apelação, para que o magistrado que exarou a decisão reexaminasse-a.

É inegável a influência de outras culturas jurídicas no direito brasileiro, o próprio código de processo civil de 1939 adotava o sistema austríaco de apelação, este código também trazia consigo nove espécies de recursos, quais sejam: agravo no auto do processo, agravo de petição, agravo de instrumento, embargos de nulidade, embargos de declaração, e infringentes do julgado, apelação, recurso de revista, recurso extraordinário e carta testemunhável. Mesmo com esta variedade de recursos, havia varias decisões irrecorríveis.

No código mais atual desta república, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, continuasse com o mesmo número de recursos⁴, porém, hoje, são raras as decisões que não cabem recursos.

²GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 288.

³LIMA, Alcides de Mendonca. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro-Sao Paulo: Limonad, 1963, p. 21.

⁴Brasil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 de abr. 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.

1.2 Conceito

Os recursos estão dispostos em vários pontos do nosso ordenamento jurídico, como na Constituição Federal, no Código de Processo Civil e nos regimentos internos dos tribunais, porém é no CPC onde ganham maior relevância, existindo um título exclusivo para eles, X, dos recursos, artigos 496 a 565. Apesar do Capítulo I deste título dissertar sobre a disposição geral dos recursos, este não abrange toda teoria geral, necessitando de uma interpretação sistemática com outros artigos dispostos em outras partes do código, como os da apelação descrita no Capítulo II do mesmo título.

Scarpinella Bueno narra que essa necessidade de interpretação de outros artigos pode ser vista pelos 515 a 519, dispostos no Capítulo da apelação, pois estes “se aplicam ainda com alguns temperamentos, a outros recursos que não o de apelação.”⁵

Para a doutrina o conceito de recurso já é edificado, e se traduz nas palavras de dois grandes doutrinadores citados a seguir.

Recurso é, nas palavras de Nelson Nery Junior, “meio processual que a lei coloca a disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro interessado, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada”.⁶

Para José Carlos Barbosa Moreira, recurso é “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna”.⁷

Pelo que depreende-se dos conceitos apresentados, recurso necessita, antes de tudo do elemento volitivo da parte lesada, da vontade que está terá de recorrer, do tamanho de seu inconformismo.

Logo não se pode afirmar que o reexame necessário tem natureza de recurso, pois este é imposto pelo artigo 475 do Código de Processo Civil, sendo também chamado de duplo grau de jurisdição obrigatório, e por ser obrigatório, não existe o elemento volitivo em sua interposição, assim pensa Alexandre Câmara.⁸

⁵BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 43. V. 5.

⁶NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 212.

⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 233. V. 5.

⁸CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12.ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 53. V. 2.

Continuando com o conceito de recurso, Nelson Nery Jr. afirma que o este é disponibilizado as partes, ao Ministério Público, como também a terceiros interessados, significa dizer que qualquer um com interesse legítimo no processo poderá recorrer de alguma decisão ou sentença judicial que o tenha prejudicado de alguma forma, não importando se este é parte ou não, contanto que este ato judicial tenha influenciado de alguma forma negativa em algum bem ou direito de terceiro.

Misael Montenegro Filho narra que “O recurso é o instrumento processual voluntariamente utilizado pelo legitimado que sofreu prejuízo decorrente da decisão judicial”.⁹

Ademais, os dois doutrinadores discorrem que recurso é o meio de impugnação ao ato judicial desfavorável a parte ou a terceiros, dentro da mesma relação processual em que este foi prolatado, diferenciando-se assim das outras vias de impugnação judicial, que são movidos em ações autônomas, como a ação rescisória, o mandado de segurança, ação anulatória e os embargos de terceiros. As ações autônomas de impugnação formam novo processo apartado do processo original, enquanto no recurso não há a criação de novo processo, mas sim um prolongamento da relação processual.

Desta forma entendem Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, como também está o doutrinador Misael Montenegro Filho.

“O recurso prolonga o estado de litispendência, não instaura processo novo. É por isso que estão fora do conceito de recurso as ações autônomas de impugnação, que dão origem a processo novo para impugnar uma decisão judicial (ação rescisória, mandado de segurança contra ato judicial, reclamação constitucional, embargos de terceiros e etc.).”¹⁰

Cabe recordar que o agravo de instrumento, apesar de ser remetido ao tribunal em autos apartados, e o processo original ficar suspenso na primeira instância até seu julgamento, este ainda é um recurso, pois a criação de autos apartados não cria um novo processo, assim dispõe Alexandre Câmara¹¹.

Concordando com a fala dos últimos autores citados está o doutrinador Misael Montenegro Filho.

⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*, teoria geral dos recursos, recursos em espécie, processo de execução. 7 ed., São Paulo, Atlas S.A , 2011. p. 8. V. 2.

¹⁰DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*.12 ed, Salvador, JusPodvim, 2014. p. 17. V. 3.

¹¹CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12.ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 54. V. 2.

O traço marcante dos recursos é que a revisão do pronunciamento judicial ocorre no âmbito do próprio processo, sem ensejar a formação de nova relação jurídico-processual. N'outro modo de dizer, não se forma um outro processo para que a decisão seja revista: **a revisão é endoprocessual**, no curso da ação que envolve o autor, o réu e o magistrado que criou a decisão atacada pelo recurso, quando muito sendo tratado como uma espécie de apêndice processual, como observamos com o recurso de agravo de instrumento, que forma autos no tribunal competente para conhecer a espécie. (grifo nosso)¹²

Prosseguindo, na definição dos recursos os doutrinadores apresentam quatro finalidades destes meios de impugnações processuais, quais sejam: invalidação, reforma, integração da decisão judicial desfavorável a parte e o esclarecimento.

A invalidação só pode ser feita pela instância superior, e se dá por várias espécies recursais, acontece quando no processo existe um *erro in procedendo*, erro de forma, uma norma processual não foi devidamente cumprida, dando ensejo a remessa dos autos para a segunda instância, como por exemplo, a falta de fundamentação em uma sentença, gerando nulidade absoluta, logo, a apelação irá pedir a anulação desta sentença, que se provida irá retirar a sentença anterior dos autos, para que o magistrado originário daquele processo prolate nova decisão.

O pedido de reforma da decisão se dá por um *erro in iudicando*, erro material, quando o magistrado de primeira instância aplica norma de maneira diversa ao que está exposto no ordenamento ou quando este não faz a devida subsunção, não adequando o caso concreto a devida situação abstrata narrada na norma. Neste caso o erro também dá ensejo à remessa dos autos para a segunda instância, e caso confirmado o vício, na própria instância superior será a sentença reformada, pensa-se em uma indenização em que foi designado valor irrisório diante do sofrimento que a parte sofreu, os próprios desembargadores poderão reformar tal sentença e equilibrar razoavelmente o dano sofrido com a indenização.

Cabe esclarecer que os meios utilizados para se obter a reforma da decisão são os mesmos da invalidação, o que irá diferenciar serão os erros, *in procedendo* e *in iudicando*.

Neste sentido está Alexandre Câmara.

“[...]o *erro in iudicando* e o *erro in procedendo*. Enquanto no primeiro tipo de vício, em que o recurso objetiva a reforma da decisão, o que se espera do órgão julgador do recurso é a prolação de nova decisão sobre a mesma questão decidida pelo provimento impugnado, devendo este novo pronunciamento substituir o provimento recorrido, na segunda hipótese, em que o recurso tem por fim a invalidação da

¹² MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*, teoria geral dos recursos, recursos em espécie, processo de execução. 7 ed., São Paulo, Atlas S.A , 2011. p. 8. V. 2.

decisão recorrida, o que se espera obter no julgamento do recurso é uma decisão que anule o pronunciamento impugnado, retirando-o do processo e determinando ao órgão que o havia prolatado que profira nova decisão sobre aquela mesma questão.”¹³

A terceira finalidade descrita nos conceitos é a de esclarecimento da decisão impugnada, para isso o pronunciamento deve estar eivado de obscuridade ou contradição por parte do magistrado prolator. Para sanar este vício, diferentemente das outras duas hipóteses anteriormente apresentadas, nesta há um recurso específico, os embargos de declaração.

O esclarecimento de tal decisão não será dado por instância superior, mas sim pelo próprio juiz que exarou a decisão, devendo este, se for o caso, sanar os pontos obscuros ou contrários da própria decisão.

Por fim, há a finalidade de integração da decisão atacada, nesta hipótese entende que por erro do magistrado, houve uma omissão de algum ponto que foi manifestado durante o processo, seja um pedido da inicial ou uma prova contundente que mostre a verdade do fato, aqui o julgamento ainda não se encerrou haja vista que restam lacunas a serem esclarecidas pelo juízo, o recurso adequado para esta situação, assim como a hipótese acima são os embargos de declaração, desse modo enxerga Alexandre Câmara.¹⁴

1.3 Princípios inerentes aos recursos

Assim como em qualquer outro ramo do direito, a parte recursal também é regida por diversos recursos, porém neste trabalho iremos destrinchar apenas os mais importantes, como o duplo grau de jurisdição, a *reformatio in pejus*, a fungibilidade, a taxatividade e a unicidade.

1.3.1 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Significa dizer que, sobre qualquer decisão judicial que cause dano a uma das partes, é cabível a requisição de revisão por outro magistrado, de instância superior, porém há casos em que a revisão da decisão pode ser realizada pelo próprio juiz que a proferiu inicialmente.

¹³CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12.ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 55 e 56. V. 2.

¹⁴CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12.ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 56 e 57. V. 2.

A grande divergência na doutrina a respeito do duplo grau seria o seu caráter constitucional, se este princípio está ou não inserido no inciso LV, artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹⁵.

Luiz Guilherme Marinoni entende que este artigo não se refere ao duplo grau de jurisdição, mas sim aos recursos inerentes ao contraditório, podendo o legislador infraconstitucional, deixar de prever a possibilidade de reavaliação da decisão atacada por outro órgão.¹⁶

Apesar da visão do doutrinador Marinoni, a maior parcela da doutrina entende que este princípio, apesar de não expresso, está implicitamente incluído no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, pois a interpretação que dão para palavra recurso, embutida no texto desta norma é mais ampla abrangendo as vias autônomas de impugnação, assim de toda decisão emanada poderia se recorrer, sendo implícito, dessa maneira o duplo grau de jurisdição.

Realmente inexistente lugar na Constituição Federal de 1988 que seja explícito o princípio do duplo grau de jurisdição, a única carta magna que prestigiou tal princípio foi a Constituição de 1824, logo após a proclamação da independência, que dizia em seu artigo 158 que “Para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos”.

Neste sentido está Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha.

“A única Constituição que tratou do duplo grau de jurisdição como *garantia absoluta* foi a de 1824; as demais deixaram de se lhe conferir tal atributo. A atual Constituição Federal apenas *prevê* o princípio do duplo grau de jurisdição, não tratando de discipliná-lo como *garantia*.”¹⁷

Mesmo com maioria doutrinária tendo o entendimento de que tal princípio está implícito na Constituição, este pode ser confrontado com outros ou por lei ordinária, pois este não é tratado como uma garantia, vejamos o que diz Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini.

Tem prevalecido o entendimento de que não se trata de garantia constitucional absoluta ou princípio que não possa apresentar exceções. Nada impede, portanto, que, excepcionalmente, haja lei

¹⁵ Art. 5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 217 e 218.

¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed, Salvador, JusPodvim, 2014. p. 23. V. 3.

ordinária segundo a qual, em determinadas circunstâncias, não caberá, por exemplo, o recurso de apelação.¹⁸

O princípio aqui comentado recebe varias criticas da doutrina, como o desprestígio da primeira instância, a dificuldade de acesso à justiça, a inutilidade do procedimento oral e a quebra da unicidade da justiça.

Em verdade a possibilidade de recorrer de qualquer decisão que prejudique a parte acaba tornando o processo mais oneroso e demorado, desestimulando aquele que detém o direito a entrar na justiça ou continuar com o feito, pois este não enxergará o final esperado no tempo que se imaginava.

Ademais, com a possibilidade de submeter às decisões de primeira instancia as instancias superiores, o juízo inicial não ira passar de uma fase de espera para o verdadeiro julgamento, a decisão de primeiro grau seria um projeto da decisão real, este é o entendimento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha.¹⁹

As provas produzidas de caráter oral também perderiam seu sentido, pois o processo em segunda instância é puramente escrito, assim entende Orestes Nestor de Souza Laspro, vejamos.

O sistema processual em vigor, portanto, se por um lado procura garantir a oralidade e seus consectários lógicos, a fim de que profira a sentença o julgador que participou do processo e teve contato direto com as provas, de outro possibilita que essa decisão seja substituída por uma decisão cujo prolator não teve nenhum contato com a produção das provas e que julga, portanto, com base na documentação dos autos processuais. Podemos concluir, então, que o procedimento em segundo grau é um procedimento escrito. Destarte, no sistema processual brasileiro, afasta-se com o duplo grau a grande vantagem do sistema oral que é a valorização da percepção do julgador, que, em contato direto com as partes e com a produção de provas, tem melhores condições de extrair a verdade dos fatos.²⁰

Em relação a falta de unicidade na jurisdição entende-se que o segundo grau de jurisdição acaba causando uma insegurança, pois as duas soluções possíveis, manter ou reformar a sentença, seriam prejudiciais a justiça. No momento em que a instância superior mantém a sentença exarada pelo magistrado inicial tem-se que o procedimento do recurso foi inútil para quem recorreu, e quando a decisão

¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14 ed., São Paulo, revista dos tribunais, 2014, p. 679. V. 1.

¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed, Salvador, JusPodvim, 2014. p. 21. V. 3.

²⁰ LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo, RT, 1995, p. 133.

atacada é reformada, dá-se a entender que o juízo de primeiro grau foi falho, prolatando decisão errônea. Dos dois modos a justiça sairá desprestigiada.

Vejamos o que Marinoni expressa sobre a matéria.

O leigo, quando se depara com um juiz na instrução, e depois espera ansiosamente a sentença, imagina que ela terá algum efeito na sua vida. Entretanto, com o duplo grau, a decisão do juiz não interfere em nada na vida das pessoas; ela é, talvez, um projeto da única e verdadeira decisão: a do tribunal.²¹

Apesar de todas as críticas o duplo grau de jurisdição, este se faz um instrumento de controle, das decisões judiciais, viável e eficaz, evitando que estes apliquem erroneamente o direito ou tomem decisões equivocadas pelo excesso de poder.

1.3.2 Princípio da Reformatio in pejus

A tradição lusitana, como dito anteriormente, influenciou diretamente em nossa legislação com suas ordenações, Afonsinas, Manuelinas e Filipinas²². A partir desta influência foi introduzido em nosso direito o benefício comum da apelação, em que independente se ambas as partes apelaram ou somente uma a revisão seria vista para os dois lados, podendo desta maneira prejudicar o apelante individual, favorecendo a *reformatio in pejus*.

O benefício comum foi reforçado, não de maneira expressa, pelo Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 824²³, porém, já nesta época havia críticas a piora da situação do apelante.

A *Reformatio in pejus* só veio a ser proibida com o Código de Processo Civil de 1973 com seu artigo 515²⁴ e com o recurso adesivo imposto no artigo 500 do CPC atual.²⁵

²¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2 ed. São Paulo: RT, 1998. p. 215.

²²Ordenações Filipinas, Livro III, título 72

²³Art. 824. A apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação, salvo a hipótese prevista no art. 811.

²⁴Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. § 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

Este princípio, é a proibição de que o julgamento do recurso, interposto por uma das partes venha a piorar a sua situação, tendo em vista esta antes do recurso. Afinal um dos requisitos, que veremos adiante, para se interpor o recurso é ter saído sucumbente e querer ter sua situação melhorada, deste modo pensa Marinoni.²⁶

Passível de exceção, este princípio também é, quando se recorre de decisão e junto a ela há questões de ordem pública, o magistrado de segunda instância pode prejudicar ainda mais a situação do recorrente, como por exemplo a incompetência de vara cível para resolver assuntos inerentes a de família, assim que o recurso chegar às mãos do magistrado ele deve, se não já houverem feito, anular as decisões anteriores e remeter os autos à vara competente.

Esta exceção não se aplica quando falamos da Fazenda Pública, pois, matéria já sumulada é de que não se pode agravar a situação da Fazenda Pública em sede de reexame necessário.²⁷

1.3.3 Princípio da Fungibilidade

Apesar de não mais expresso em nosso ordenamento civil, como era em 1839, artigo 810²⁸, o princípio da fungibilidade continua vigente.

Conforme Scarpinella, “nem sempre é claro ao operador do direito processual civil a natureza jurídica da decisão e, conseqüentemente, qual é o recurso que dela deve ser interposto.”²⁹

Desta maneira, sempre que a hipótese acima vier a acontecer, será cabível o princípio da fungibilidade, que significa a conversão de um recurso, interposto de maneira errada, pelo realmente cabível, nos casos em que haja dúvida objetiva, que não exista erro grosseiro e que não esteja precluído o prazo recursal.

Deste conceito apresentado infere-se alguns requisitos para a aplicação de tal princípio, como a dúvida objetiva, erro grosseiro e o prazo.

²⁵ Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 12 ed. São Paulo: RT. 2014, p. 507.

²⁷ Súmula 45 STJ. No reexame necessário é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

²⁸ Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 61. V. 5.

Com o requisito da dúvida objetiva, se quer dizer que, não pode ser dúvida fundada em insegurança pessoal, deve ser fundada em divergência existente na doutrina, ou equívoco na aplicação da lei, ou até mesmo por erro do magistrado que profere um ato judicial por outro, desnortando o recorrente, ficando demonstrada a ausência de má-fé.

Erro grosseiro seria a troca de recursos totalmente incompatíveis e sem divergência de sua aplicação pela doutrina, uma coisa seria confundir o momento da aplicação de um agravo com uma apelação, outra é confundir um recurso extraordinário com um agravo. Logo, existirá o erro grosseiro quando não subsistir a dúvida objetiva.

Com relação ao último requisito, a jurisprudência formada pelo Superior Tribunal de Justiça, entende que o prazo recursal que não pode ser expirado seria o do recurso cabível³⁰, essa decisão causa muita controvérsia na doutrina, pois se entende que por haver a dúvida do aplicador, este não saberia o real prazo, então desta maneira, o princípio da fungibilidade não estaria sendo aplicado por inteiro.

1.3.4 Princípio da Taxatividade

Rigorosamente, os dois princípios estudados a seguir não se enquadrariam no assunto deste item, em verdade são apenas regras extraídas do sistema processual brasileiro, mas devido a sua importância os trataremos como princípios.

Segundo este princípio só são recursos aqueles criados por lei federal, assim prevê a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso I.³¹ Por este motivo, são recurso somente aqueles intitulados pelo artigo 496 do Código de Processo Civil³² e os demais situados em leis federais esparsas, como o recurso inominado localizado na lei dos Juizados especiais.

1.3.5 Princípio da Unicidade

Conforme se aduz desse princípio, não é permitida a interposição simultânea de mais de um recurso contra a mesma decisão, porém isto não quer

³⁰Brasil. Superior Tribunal de Justiça.,REsp n. 53.645/SP, 1ª Turma. rel Min. Cesar Afonso Rocha. Brasília 28 de setembro de 1994, publicado no DJ de 24.10.1994, p. 28.716

³¹ Art. 22: Compete privativamente à União legislar sobre: I- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

³²Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação;II - agravo; III - embargos infringentes;IV - embargos de declaração;V - recurso ordinário;VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

dizer que não se pode ser interposto somente um recurso para impugnar mais de uma decisão.

Cabe esclarecer que se houver a interposição conjunta de recursos, isso causará a inadmissão do último, sendo aceito apenas o primeiro.

Como os recursos citados acima, este também tem exceções, como por exemplo a interposição de embargos e posteriormente de apelação contra uma sentença, ou até mesmo a interposição simultânea do recurso extraordinário e do recurso especial, o último entendido como uma exceção válida para a maioria da doutrina, porém Luiz Guilherme Marinoni tem entendimento diverso.

Todavia, não se deve esquecer que cada um dos recursos cabíveis contra tais decisões tem função específica, que não se confunde com a finalidade prevista para a outra espécie recursal. Assim contra determinado ato judicial e para certa finalidade específica – não abrangida pela finalidade de outro meio recursal – deve ser cabível um único recurso.³³

Logo para Marinoni, só seriam impedidos de serem interpostos em conjunto os recursos que visam a mesma finalidade, como os embargos de declaração fundados em omissão e a apelação.

Apesar da visão de Marinoni ficamos com o entendimento da maior parte doutrinária, que os recursos extraordinário e especial quando em conjunto se configuram uma exceção a este princípio.

1.4 Juízo de admissibilidade, de mérito, efeitos e espécies

Para que haja o julgamento do recurso é necessário que ele passe por duas fases, pelo juízo de admissibilidade e pelo juízo de mérito, respectivamente.

1.4.1 Juízo de admissibilidade

Para que haja o julgamento do recurso é necessário que ele passe por duas fases, pelo juízo de admissibilidade e pelo juízo de mérito, respectivamente.

O juízo de admissibilidade é um juízo preliminar, feito não somente pelo órgão *a quo*, quem exarou a decisão, mas também pelo órgão *ad quem*, segunda instância, para se verificar se houve o cumprimento dos pressupostos recursais, quais sejam o cabimento de tal recurso, a legitimidade da parte para recorrer de tal ato judicial, o interesse de recorrer, a tempestividade, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, a regularidade formal e por fim seu preparo.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 12 ed. São Paulo: RT. 2014, p. 503/504.

Este juízo ocorre em quatro situações, quando a parte interpõe o recurso e quando é oferecida a defesa da parte adversa a tal recurso, nestes dois casos a admissibilidade será analisada pelo órgão *a quo*, se conhecido o recurso, este será remetido ao órgão *ad quem*, que será distribuído a um relator, que fará mais uma vez o julgamento da admissibilidade, e por fim, se provido nesta última hipótese, o tribunal também fará o juízo de admissibilidade para posteriormente executar o de mérito.³⁴

1.4.2 Juízo de Mérito

Conhecido o recurso, se entra no julgamento do mérito, que nem sempre será o julgamento do mérito da causa, como ressalta Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini.

O mérito do recurso, por outro lado, muitas vezes (mas nem sempre) é o mesmo mérito da ação. Na apelação, por exemplo, se se julgou procedente ou improcedente o pedido, o mérito do recurso será exatamente o mesmo, enquanto no agravo ou nos embargos de declaração o mérito do recurso normalmente não coincide com o mérito da ação.³⁵

Importante exaltar distinção entre o juízo de admissibilidade e o de mérito, pois estes se julgados admitidos, providos ou não, causam efeitos diversos, como por exemplo, somente há o efeito de substituição ou invalidação de uma decisão se julgado procedente o juízo de mérito, se admitido o recurso e posteriormente julgado improcedente seu mérito, o que será objeto de uma ação rescisória será a decisão do recurso e não a recorrida. Porém se inadmitido o recurso o objeto da rescisão será o ato judicial recorrido.

1.4.3 Efeitos

Dois são os tipos de efeitos produzidos pelos recursos, os de julgamento e os de interposição.

Os efeitos de julgamento vem com a apreciação do mérito do recurso, estes podem ser o mantimento da sentença se desprovido o recurso na instância superior, a reformar a decisão recorrida, em caso de erro *in judicando*, quando provido o recurso e pode ser também a anulação de tal ato de primeira instância, quando provido o recurso, se eivado de vício, erro *in procedendo*.

³⁴CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12.ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 62 e 63. V. 2.

³⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14 ed., São Paulo, revista dos tribunais, 2014. V. 1.

Os efeitos de interposição, decorrem do julgamento favorável do recurso em seu juízo de admissibilidade, pois caso contrário estes não surtirão qualquer efeito na relação jurídica.

A doutrina entende que existem cinco tipos de efeitos inerentes a interposição dos recursos, quais sejam, a devolução da matéria recorrida, o impedimento do trânsito em julgado, a suspensão dos efeitos do ato contrariado, o regresso e o expansivo subjetivo.

O impedimento do efetivo trânsito em julgado da decisão prolatada que foi recorrida é um efeito que todas as espécies de recursos dispõem, com ele se prolonga o trânsito do ato, sendo importante, por exemplo, para saber a partir de quando se começa a contar o prazo para a proposição de ação rescisória ou se a execução será provisória ou definitiva.³⁶

O efeito devolutivo devolverá ao órgão a matéria recorrida, este efeito terá sua extensão ligada a expressão latina *tantum devoluto quantum appellatum*, que restringe o tribunal a julgar apenas aquilo que tenha sido alegado em sede de recurso, tendo como exceção as questões de ordem pública, não podendo julgar *extra, ultra* ou *citra petita*, logo não se pode recorrer daquilo que não há no processo.

Alexandre Camara e Barbosa Moreira entendem que este efeito não é inerente a todos recursos, mas somente àquele que devolvem a matéria ao tribunal *ad quem*, não sendo detentor deste efeito os embargos de declaração, pois este é devolvido ao mesmo magistrado que prolatou a decisão recorrida, o órgão *a quo*.³⁷

Por outro lado, Fredie Didier demonstra que hoje em dia todos os recursos tem o efeito devolutivo inserido em suas atribuições, pois o caráter de ter que devolver a matéria para o órgão superior é em decorrência da história dos recursos, isso acontecia na Roma antiga, porém hoje em dia não há mais essa necessidade.³⁸

Importante demonstrar que este efeito só se dá quando o recurso é remetido a apreciação em segunda instância, não sendo possuidor deste efeito por exemplo os embargos de declaração, que são dirigidos ao mesmo magistrado que prolatou a decisão recorrida.

O efeito suspensivo tem o condão de sustar o ato proferido, impedindo assim de exarar seus efeitos até que o recurso interposto seja julgado.

³⁶CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12.ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 76. V. 2.

³⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 260.

³⁸DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed, Salvador, JusPodvim, 2014. p. 81. V. 3.

Por muitos doutrinadores, a sustância do efeito não decorre da interposição do recurso mas do simples atos de recorrer, pois a mesma decisão não causará seus efeitos de imediato, pois ainda está a mercê da interposição de tal recurso que contenha este efeito, querendo ou não esta somente causará seus efeitos, quando, no mínimo, tenha precluído o prazo de recurso.³⁹

A regra em nosso ordenamento é de que os recursos tenham tal efeito, por isso quando a norma não se pronuncia a respeito de o recurso deter ou não tal poder, se entende que este o possui, artigo 497 do código de processo civil. Tomamos como exemplo os embargos infringentes.

Efeito regressivo, também chamado de efeito de retratação , concede ao órgão *a quo* a possibilidade de rever sua decisão, como acontece nos agravos retido e de instrumento, sendo estes analisados por órgão *ad quem* se mantida a decisão impugnada.

Efeito expansivo subjetivo, no qual em uma relação que contenha litisconsortes, se um interpõe recurso, a todos outros aproveita, ou por exemplo, em caso de interposição de embargos de declaração, interrompe-se o prazo para interposição de futuro recurso, para ambas as partes, mesmo que um não tenha realizado os embargos.

1.4.4 Espécies

Como já dito anteriormente os recursos são regidos pelo princípio da taxatividade, só podendo existir os recursos impostos por lei federal, o código de processo civil traz em seu artigo 496 as espécies recursais, quais sejam apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Porém o novo código de processo civil, aprovado neste ano renumerou tal artigo o colocando como 994, sem muitas alterações pertinentes ao assunto que trata este trabalho.

³⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scaranance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 50.

2 RECURSOS EXCEPCIONAIS

Dentre as várias modalidades de recursos excepcionais, os mais importantes são os recursos especiais, REsp e os recursos extraordinários, RE, destinados respectivamente ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, para ser analisada a questão de direito da matéria em questão.

2.1 Recurso especial

O recurso Especial foi constituído a partir de várias mudanças ordenamento jurídico brasileiro, pois anteriormente a criação do Superior Tribunal de Justiça, as hipóteses de cabimento, que serão analisadas mais a frente, eram cumuladas com as do Supremo Tribunal Federal, sendo ele o antigo responsável por dissídios em leis federais e constitucionais.

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, para “desafogar” o Pretório Excelso, foram instituídas varias funções a aquele, como por exemplo a de uniformizar a aplicação das leis federais no âmbito da nação, para isso sendo instituído o recurso especial, o qual encontra suas hipóteses de cabimento no artigo 105, III da Constituição Federal de 1988.

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.⁴⁰

Por este artigo, se compreende que a espécie de recurso aqui debatida só poderá ser interposta quando for decidida em única ou em última instancia por Tribunais Regionais ou Estaduais, não sendo cabível recurso especial contra juizado especial, assim como demonstra a Súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça, que diz “Não cabe recurso especial contra decisão proferida, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.”

Aduz também do artigo supracitado, que deve se tratar de situação em que tenha se exaurido todos os meios de recursos ordinários, sendo apenas possível a interposição deste recurso ou do recurso extraordinário, remetido ao Supremo Tribunal Federal.

⁴⁰ Constituição Federal do Brasil, artigo 105,III

2.1.1 Hipótese de cabimento com fundamento na alínea “A” do artigo 105, III

Para uma parcela da doutrina a hipótese descrita no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição, é na verdade o único fundamento possível, assim pensa Luiz Rodrigues Wambier.

“Este, na verdade, é o único fundamento possível do recurso especial. As demais alíneas do dispositivo constitucional ora sob enfoque (art. 105, III) dizem respeito não propriamente a outros possíveis fundamentos, mas a algumas hipóteses de cabimento do recurso que há de ser interposto sempre com fundamento na letra a do art. 105, III: contrariedade ou negativa de vigência a lei federal.”⁴¹

Ademais, cabe esclarecer que a alínea a discorre sobre a possibilidade de o acórdão *contrariar* tratado ou lei federal, ou *negar-lhes vigência*.

Como dito anteriormente, as funções de uniformizar a aplicação de leis federais, que hoje pertencem ao Superior Tribunal de Justiça, ontem pertenceram ao Supremo, no tempo da Constituição de 1967, era disposto que o Supremo iria julgar recurso extraordinário se caso houvesse aplicação contrária ao dispositivo constitucional, ou se negasse vigência a tratado ou lei federal.

Deve se entender que a palavra contrariar tem sentido mais amplo do que negar vigência, pois na primeira, o magistrado não poderia nem ao menos ter uma interpretação razoável do artigo constitucional, enquanto no segundo este caso poderia existir.

A partir desta visão, há o entendimento de que havia um tratamento diferenciado entre as normas constitucionais e as federais, tanto que fora criada a súmula 400 do Supremo Tribunal Federal “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do artigo 101, III, da Constituição Federal”, sendo aplicada a apenas parte do recurso extraordinário, a constitucional.⁴²

Porém este procedimento não subsiste mais, pois com a criação do STJ se desfez a disparidade, cabendo recurso especial quando se houver contrariado ou negado vigência a tratado ou lei federal, mas o que seria ao certo lei federal?

Cassio Scarpinella expõe que o STJ compreende lei federal de um modo mais ampliado, não sendo apenas as que foram produzidas pelo Congresso

⁴¹WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14 ed., São Paulo, revista dos tribunais 2014, p. 762. V. 1.

⁴²DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed., Salvador, JusPodvim, 2014. p. 293. V. 3.

Nacional, mas também medidas provisórias, decretos e regulamentos editados pelo Presidente.⁴³

Cabe lembrar que o conflito com a lei federal pode decorrer de sua aplicação equivocada, ou errônea, ou até mesmo de quando seria o caso de aplicá-lo, mas não tenha sido feito.

2.1.2 Hipótese de cabimento com fundamento na alínea “B” do artigo 105, III

O exposto na segunda alínea do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, implica em um entendimento de que há uma divergência entre o ato praticado pelo governo local e a lei federal, sendo julgado válido tal ato pelo acórdão prolatado, restando desafiada a lei federal, não sendo aplicada da forma adequada ou erroneamente interpretada.

Anteriormente à emenda constitucional nº45/2004, a redação do inciso incluía não somente os atos do governo, mas também as leis locais, Misael Montenegro Filho, explica o seguinte.

A emenda em estudo alterou o *remédio* processual para restringir o seu cabimento quando a decisão recorrida julgar válido **ato** de governo local contestado em face de lei federal. Se a decisão recorrida julgar válida **lei** local contestada em face de lei federal, abre-se ensejo para a interposição do recurso extraordinário (alínea *d* do inciso III do art. 102 da CF).⁴⁴

Logo, atualmente quando se trata de lei local, contestando lei federal, o remédio adequado para tal situação será o recurso extraordinário, em sua alínea *d*, artigo 102, III, da Constituição, cujo artigo ainda será objeto de estudo neste trabalho.

2.1.3 Hipótese de cabimento com fundamento na alínea “C” do artigo 105, III

Havendo divergência na aplicação de norma infraconstitucional por tribunais diferentes caberá o recurso especial.

⁴³BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 269. V. 5.

⁴⁴MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil, teoria geral dos recursos, recursos em espécie, processo de execução*. 7 ed., São Paulo, Atlas S.A., 2011. p. 179. V.2.

Cabe ressaltar que os tribunais devem ser diferentes, não podendo a divergência se instaurar no mesmo tribunal, se assim for, conforme a súmula 13 do STJ, não ensejará recurso especial.⁴⁵

Para a comprovação da divergência se dará pela certidão, citação do repositório ou cópia autenticada, inclusive por mídia digital, como demonstra o parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil.

Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.⁴⁶

Não sendo suficiente a simples transcrição das ementas dos acórdãos, tendo que transcrever os trechos dos relatórios, a fim de comprovar de que são situações parecidas, após deve transcrever os votos, para, ai sim, demonstrar a divergência na jurisprudência dos tribunais.

Porém o Superior Tribunal de Justiça entendeu que se a ementa dos acórdãos for detalhada, rica em detalhes sobre os casos, ela será suficiente para fundamentar o recurso especial, desde que tenha o embate entre a ementa do acórdão paradigma e o acórdão recorrido, assim decidiu o STJ.⁴⁷

2.2 Recurso Extraordinário

É o recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, cujo objetivo, assim como o recurso especial, é uniformizar a interpretação das normas, porém aqui, em âmbito constitucional, e não na esfera federal, como exposto no item 2.1.

A Corte Suprema tem a função precípua de guardiã da Constituição Federal, preservando e interpretando as normas da carta magna, e desta maneira uniformizando os entendimentos.

⁴⁵Súmula 13 STJ: A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.

⁴⁶Código de Processo Civil, artigo 541

⁴⁷Brasil. Superior Tribunal de Justiça, EDREsp 150.467/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Brasília 29 de junho de 1999, publicado no DJ de 23.08.1999, p. 121.

Cabe aqui lembrar que a interpretação exarada pelo Excelso Egrégio não tem natureza vinculante, logo não força que os outros tribunais sigam-na em casos parecidos, somente assumindo esta postura quando o assunto é sumulado.

O Supremo, como visto, deve dissolver os conflitos tidos em torno da Constituição, para isso ele se utiliza do controle abstrato, ou do controle concreto de constitucionalidade, como explicado por Fredie Didier e Leonardo Cunha.

Ao STF cabe conferir interpretação às normas constitucionais, fazendo-o por meio de controle abstrato de constitucionalidade ou por meio do controle concreto, sendo este último, como se sabe, realizado usualmente por meio do recurso extraordinário (ver, porém, a transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato, adiante examinada).⁴⁸

Ao que podemos observar o recurso extraordinário, em tese exerceria um controle de constitucionalidade concreto, que pode ser transformada, por meio de uma das hipóteses de cabimento em controle abstrato de constitucionalidade, hipóteses essas que estão dispostas no artigo 102, III, da Constituição Federal de 88.

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.⁴⁹

Pela a análise do dispositivo constitucional em amostra, podemos assegurar que este, diferentemente do artigo 105, da Constituição, tratado no recurso especial, não tem reservas quanto aos tribunais passíveis de interposição do recurso extraordinário, As únicas limitações que se impõem são, que seja causa decidida em única ou única instância e que se atenda a uma das hipóteses de cabimento delineadas.

Portanto, pode até mesmo, tal recurso, advir de Juizados especiais, conforme expõe a súmula 640 do STF, porém o Supremo entende que contra decisão proferida no processamento de precatórios e que contra acórdão que defere

⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed., Salvador, JusPodvim, 2014. p. 313. V.3.

⁴⁹ Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2015.

liminar, não se pode interpor o RE, por não serem decisões finais, conforme, respectivamente as súmulas 733 e 735 do Supremo Tribunal Federal.

2.2.1 Hipótese de cabimento com fundamento na alínea “A” do artigo 102, III

Esta hipótese discorre sobre quando o dispositivo constitucional for contrariado pela decisão recorrida.

Não há que se confundir este cabimento com o requisito de admissibilidade deste recurso, chamado prequestionamento, que será estudado adiante, assim explica Cassio Scarpinella.

O “contrariar dispositivo da Constituição” não pode, ademais, ser confundido com outra exigência constitucional, de que a causa tenha sido *decidida*, isto é, que a matéria *constitucional* tenha sido *prequestionada*. O que importa para fins de preenchimento da alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, é que a decisão, tal qual proferida, tenha fundamento na Constituição Federal, que ela aplique ou deixe de aplicar algum princípio, explícito ou implícito, ou alguma regra constitucional federal. Se a *forma* pela qual esta aplicação é mais ou menos clara, isto não significa que a decisão não possa enquadrar-se na hipótese de cabimento aqui examinada.
50

No entanto, apesar da hipótese ser aplicável quando se trata de princípio, como visto acima, esta não será admitida quando, apesar de baseada em contrariedade de princípio constitucional, tiver por fim a reavaliação de norma infraconstitucional.

Como por exemplo interpor recurso extraordinário com fundamento em contrariedade do princípio da legalidade para rever um decreto.

O Supremo ainda exige que a norma constitucional, tenha sido frontal ou diretamente contrariada, não admitindo que seja de maneira oblíqua ou indireta, assim é o entendimento.⁵¹

Cabe esclarecer que é competência apenas do STF julgar se o dispositivo constitucional foi contrariado ou não, ficando a cargo dos tribunais da instância ordinária apenas a hipótese de verificar os requisitos de admissibilidade do recurso, apesar de alguns ainda exercerem, indevidamente o juízo diferido de admissibilidade.

⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 269. V. 5.

⁵¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. AgRgAg 210550 – 7 – MG. 1ª Turma do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, Brasília, 24 de abril de 1998, DJU 26.6.1998.

2.2.2 Hipótese de cabimento com fundamento na alínea “B” do artigo 102, III

Para quando a decisão recorrida declarar inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal.

Pelo fato do Supremo Tribunal Federal ser o guardião da Constituição, cabe a ele decidir se tal tratado ou lei federal vai contra o que discorre a Constituição, sendo possível a interposição do recurso extraordinário.

O controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais é chamado de controle difuso, ou abstrato, de constitucionalidade, sendo, também, cabível na hipótese em questão o controle feito na esfera estadual, neste sentido é a decisão do Ministro Neri da Silveira.

Ementa

EMENTA: - Reclamação. Competência. 2. Ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual em face de norma da Constituição do Estado, que constitui mera repetição de dispositivo da Constituição Federal. 3. Competência do Tribunal de Justiça do Estado e não do STF, para processar e julgar originariamente a ação, na hipótese referida, cabendo, entretanto, da decisão definitiva da Corte local, recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal, de observância obrigatória pelo Estado-membro, contrariar o sentido e o alcance desta. 4. Precedentes do STF. 5. Indeferida cautelar pleiteada na reclamação, interpôs-se agravo regimental. 6. O agravo regimental não afastou os fundamentos do despacho agravado, examinando, entretanto, o mérito da controvérsia posta na ação. 7. Agravo regimental desprovido.⁵²

Aqui, nesta hipótese, não é necessário o prequestionamento, mas tão somente a decisão de que o tratado ou a lei federal foi declarada inconstitucional.

2.2.3 Hipótese de cabimento com fundamento na alínea “C” do artigo 102, III

Pelo exposto nesta alínea, caberá o recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

⁵² Rcl 596 AgR, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/1996, DJ 14-11-1996 PP-44487 EMENT VOL-01850-01 PP-00037. Indo de encontro com esta ideologia está também o RE 599633 AgR-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 24-04-2013 PUBLIC 25-04-2013.

Para muitos doutrinadores esta hipótese deve ser tratada conjuntamente com a que será estudada no tópico seguinte, pois a diferenciação entre elas se dá nos seguintes moldes, quando a decisão impugnada privilegiar a norma ou ato local deixando de aplicar a Constituição será aplicada a alínea “c”, e se a decisão recorrida despontar lei local em face de lei federal se aplicará a alínea “d”.

2.2.4 Hipótese de cabimento com fundamento na alínea “D” do artigo 102, III

Como dito anteriormente no item 2.1.2. após a emenda constitucional numero 45/2004, houve mudanças no âmbito dos recursos excepcionais, uma das mais nítidas foi a exclusão de parte da redação da alínea “b” do inciso III, do artigo 105, passando para esta alínea a hipótese de cabimento onde lei local contrária a lei federal.

Por se tratar de lei federal pode ocorrer a ideia de que a criação deste dispositivo foi um erro pelo legislador, mas há que se verificar que, hierarquia não há entre as leis locais e federais, o conflito que pode vir a ocorrer será o de competência legislativa, explicitado na Constituição em seus artigos 22 e 24, deste modo entende José Afonso da Silva.

A questão suscitada no artigo 105, III, “b”, não se limita a proteger a incolumidade de lei federal. Também o é, talvez principal o seja. Contudo, na base dela está uma questão constitucional, já que se tem que decidir a respeito da competência constitucional para legislar sobre a matéria da lei ou ato de governo local ... Significa isso que a questão é suscetível de apreciação pelo STF, mediante recurso extraordinário.⁵³

Deve se observar que o fragmento exposto é do ano 2000, por esta razão ainda não se fala na alínea “d” do inciso III do artigo 102. Porém, através dele podemos entender que realmente a modificação que a emenda trouxe foi correta.

Apesar de não fazer parte deste título, mas apenas com o fim de explicar, a referida emenda também modificou também o entendimento de tratados, quando versados sobre direitos humanos.

Logo, se tal tratado discorrer sobre os direitos humanos e for ratificado como expõe o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, ele terá força de norma constitucional, sendo assim, não se aplicará o disposto na alínea “a”, III, 102, da Constituição, pois não caberá recurso especial, mas tão somente o recurso extraordinário.

2.3 Procedimento

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo. Malheiros Ed., 2000, p.562.

O processamento dos recursos extraordinários e especiais está nos artigos 541 a 545 do Código de Processo Civil, pois o artigo 546 trata dos embargos de divergência, e em outros artigos espaçados, como o 508, que define o prazo de interposição e em súmulas espalhadas entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Uma peculiaridade dos recursos excepcionais, nestes se entenda apenas o RE e o Resp, podem ser interpostos ao mesmo tempo, em simultaneidade causando uma exceção ao princípio da unicidade, já estudado neste trabalho, no qual proíbe que dois recursos sejam interpostos ao mesmo tempo, recorrendo da mesma decisão, devendo ser o último interposto julgado inadmissível.

Eles podem até ser interpostos simultaneamente, porém sempre devem ser redigidos em petições separadas, cada uma com um recurso, devendo ser encaminhado ao seu respectivo tribunal Superior, RE para o Supremo e Resp para o STJ.

Os recursos excepcionais devem ser encaminhados ao Presidente ou Vice Presidente do Tribunal de origem, sendo entregues na secretária de tal tribunal, no prazo de quinze dias, a contar do conhecimento da decisão que será recorrida, conforme o artigo 508 do CPC.

Após seu recebimento na secretária do tribunal local, o recorrido será intimado, para que, em prazo igual, venha a oferecer suas contrarrazões ao recurso interposto pelo recorrente. Cabe lembrar que a peça de defesa do recorrido não é obrigatória, e que o recurso prosseguirá para o Presidente ou Vice Presidente do tribunal *a quo* mesmo sem as contrarrazões terem sido juntadas aos autos.

Oferecida, ou não, as contrarrazões, o recurso segue para o desembargador presidente, ou o vice-presidente, dependerá do regimento de cada tribunal, para que este efetue o juízo de admissibilidade do recurso, em prazo impróprio de 15 dias, conforme o parágrafo 1º do 542.

Neste juízo de admissibilidade deve ser analisado o preparo, sendo incluso neste o porte de remessa e retorno dos autos e suas custas⁵⁴, se não for realizado o pagamento do preparo o recurso será julgado como deserto e não será enviado aos tribunais superiores, conforme dispõe a súmula 187 do STJ.

Há o entendimento de que o preparo deve ser pago em guia federal mesmo se o recurso for interposto contra decisão proveniente de tribunal, pois

⁵⁴ As custas processuais dos recursos excepcionais não eram cobradas até o ano de 2007, quando foram instruídas pela lei 11.636/2007, tornando tal pagamento um requisito para a admissão do recurso.

apesar da justiça que prolatou tal decisão ser estadual, os órgãos que virão a julgar o recurso, serão federais, nesta linha de raciocínio está Cassio Scarpinella Bueno⁵⁵.

Quanto ao pagamento efetuado pela internet, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini discorrem o seguinte.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.103.021/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.m.v. 26.5.2009, DJe 8.6.2009) já teve oportunidade de decidir ser indevido o recolhimento dos valores relativos ao preparo recursal pela Internet, alegando falta de fé pública no comprovante respectivo, entendimento com o qual, com o devido respeito, não há como concordar. Também aqui, qualquer dúvida quanto ao adequado cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do próprio recurso impõe a observância do precitado art. 515, §4º. A questão está pendente de análise na Corte Especial daquele Tribunal nos autos do AgRg no Ag 1.110.107/PR, rel. Min. Luiz Felipe Salomão.⁵⁶

Sendo assim, até que tal questão seja julgada no agravo regimental no agravo, cabe o entendimento de que não é devido o recolhimento das custas por meio da Internet.

Será analisada também, pelo juízo de admissibilidade realizado pelo órgão *a quo*, a tempestividade do recurso, assim como outros requisitos, como o prequestionamento, que será profundamente analisado no próximo capítulo, não podendo o tribunal realizar o juízo de admissibilidade difuso, no qual, como dito anteriormente, consiste no Tribunal de origem realizar um juízo de mérito perfunctório sobre o recurso apresentado, vindo a indeferir seu encaminhamento aos Tribunais superiores com base nesse fundamento.

Assim como o Tribunal local não pode exercer juízo de mérito sobre a causa, ele também não poderá averiguar o requisito de admissibilidade chamado repercussão geral.

A repercussão geral é um requisito exclusivo do Supremo Tribunal Federal, que evita que o Pretório Excelso se debruce sobre temas que não comportam importância para a nação, devendo ser algo que venha a ter um impacto à todos, como por exemplo a discussão da procedência ou não de certo imposto,

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 286. V. 5.

⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14 ed., São Paulo, revista dos tribunais 2014., V. 1.

situação essa que afetaria a vida de boa parcela da população, diferentemente da resolução de um litígio entre vizinhos.

Entende-se que este requisito só poderá ser analisado pelos ministros do STF, sendo necessário para a sua admissão, que dois terços dos ministros não vejam que há repercussão geral no recurso ali apresentado, na prática ocorre uma votação, e se quatro ministro entenderem que existe o requisito este será admitido, pois quatro se portando a favor não existirá mais a possibilidade de se atingir os dois terços de onze, que é o número de ministros integrantes do Supremo. Também se entende que este é o último requisito de admissibilidade avaliado, pois o seu juízo é realizado pelos participantes do Pretório Excelso.

Após a realização do exame de admissibilidade feito pelo Tribunal local, poderão ocorrer duas situações, o recurso pode ser conhecido e seguir para o tribunal superior, ou pode ser que este não seja conhecido.

Trabalhando primeiro com a hipótese do seu não conhecimento, no qual será cabível a interposição de agravo nos moldes do artigo 544 do CPC, sendo interposto em dez dias, endereçado para o tribunal superior.

Pode ocorrer de ser interposto o recurso excepcional com base em duas hipóteses de incidência, sendo conhecida apenas uma delas pelo tribunal *a quo*, nesta ocasião entende-se não caber o agravo citado no parágrafo anterior, pelas razões que expõe Cassio Scarpinella.

Como juízo de admissibilidade positivo, a despeito de parcial, feito pelo órgão *a quo* não vincula o que será feito pelo órgão *ad quem*, não há razão para admitir recurso contra aquela decisão que não teve o condão de impedir a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, consoante o caso.⁵⁷

Voltando a inadmissibilidade o recurso é dirigido a um ministro relator do tribunal superior remetido, este poderá não conhecer do agravo, se este não atacou especificamente o embasamento da decisão recorrida, ou conhecer do agravo, mas não prove-lo pois a decisão que indeferiu o recurso excepcional foi correta, ou negar-lhe provimento se em contradição com jurisprudência dominante ou súmula, ou até mesmo dar seguimento ao agravo, se verificado que o acórdão recorrido

⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 288. V. 5.

estiver em confronto com súmula ou jurisprudência daquele tribunal superior neste sentido corrobora o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini.⁵⁸

Saindo da hipótese de indeferimento de admissibilidade do recurso, e passando para a seu conhecimento, o recurso é encaminhado para o seu respectivo Tribunal superior, caso tenha ocorrido a interposição simultânea será primeiramente remetido o Recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, para que julgue o mérito do recurso.

Antes mesmo de distribuído o processo no Superior Tribunal de Justiça, poderá o presidente deste tribunal negar seguimento ao Resp por estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, cabendo também a hipótese contrária, prover o recurso pelo acórdão se postar contra jurisprudência ou súmula do STJ, podendo, nestas situações ser aplicado o julgamento monocrático exposto no artigo 557 do CPC, cabendo embargos de declaração e agravo interno, conforme o parágrafo 1º-A deste artigo.

Sendo distribuído o recurso especial pelo presidente do STJ, o ministro relator poderá remeter, antes de ocorrido o julgamento do mérito, os autos ao STF, entendendo que o julgamento pode ser prejudicado pela análise feita pelo Supremo, sendo está decisão irrecorrível, se da decisão recorrida conter recurso contra lei federal e constitucional. José Teophilo Fleury discorre o seguinte sobre o tema.

Em uma decisão onde haja fundamentos constitucional e legal, ambos suficientes para manter a decisão recorrida, sempre o recurso extraordinário será prejudicial ao recurso especial. Sempre, pois, que uma decisão afirmar a inconstitucionalidade da mesma lei federal também tida por ofendida pelo acórdão recorrido, o extraordinário deverá ser julgado em primeiro lugar. Voltamos a afirmar que nem tudo que é legal é constitucional, mas tudo aquilo que é inconstitucional é ilegal.⁵⁹

Do mesmo modo, poderá o ministro do Supremo Tribunal Federal assim que receber o recurso, entender que resta este prejudicado, o reenviando ao ministro relator do Superior Tribunal de Justiça, em decisão irrecorrível, não podendo mais o último o reenviar para o STF, devendo então proceder, necessariamente, o julgamento do recurso, apreciando seu mérito.

Ao ser feito o juízo de mérito, na hipótese dos recursos terem sido interpostos ao mesmo tempo, subirá para o Pretório Excelso o recurso extraordinário, para que possa ser julgado, porém, dependendo da apreciação feita

⁵⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14 ed., São Paulo, revista dos tribunais, 2014, p. 768. V. 1.

⁵⁹ “Fundamentos suficientes – prejudicialidade do recurso especial em face do recurso extraordinário e vice versa.” *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coor.). São Paulo: RT, 1997, p. 344.

pelo Superior Tribunal de Justiça, os integrantes do STF poderão entender que o recurso restou prejudicado, e que o litígio que ali existia já teria sido solucionado.

Cabe lembrar que como dito anteriormente, os recursos excepcionais se manifestaram apenas em relação ao direito ali discutido, se omitindo das questões de fato trazidas nos autos, sendo limitada esta atuação dos superiores pela *causa decidida*.

Portanto os acórdãos proferidos pelo STF e STJ tem o condão de substituir a decisão recorrida, pois é dever dos Tribunais citados que, desde logo demonstrem qual a melhor interpretação da norma constitucional ou infraconstitucional, não se limitando a meras orientações, que os Tribunais *a quo* deve seguir.

2.4 Recursos extremos retidos

Além da forma tradicional de se interpor os recursos excepcionais, o par[agrafo terceiro do artigo 542 do Código de Processo Civil traz a forma retida de interposição.

Narra tal artigo o seguinte:

§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.⁶⁰

Logo, entende-se que há diversa modalidade de interposição do recurso aqui debatido, além do modo tradicional, no qual este é encaminhado diretamente ao tribunal superior endereçado, porém a legislação é expressa em delimitar a área de atuação dos recursos extremos retidos.

Os recursos extraordinários e especiais, deverão ser interpostos na modalidade retida quando em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução e contra decisão interlocutória, percebe-se aqui, que o legislador não incluiu a possibilidade deste tipo recursal no processo de execução.

Existem alguns pontos que necessitam de esclarecimento no texto colacionado acima, como por exemplo a possibilidade de interposição na forma

⁶⁰ Brasil. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 07 de out. de 2014

retida contra decisão interlocutória, como é de conhecimento dos atuantes no mundo jurídico, o recurso cabível contra decisões incidentais se chama agravo, tanto de instrumento, quanto retido, cada um com sua particularidade. Portanto, quando o legislador expõe a possibilidade de interpor recurso excepcional retido contra decisão interlocutória, na realidade ele diz que pode ser interposto contra acórdão que julgou improcedente a decisão interlocutória recorrida por meio do agravo.

Outro ponto obscuro na redação do parágrafo terceiro do artigo 542, é o conceito de decisão final, no artigo o legislador discorre que o recurso retido deve ser reiterado no prazo para impugnação da decisão final ou em suas contrarrazões, porém decisão final seria a sentença? Tendo assim a parte que reiterar em sua apelação, ou seria o acórdão? Tendo a parte que reiterar em seus embargos infringentes ou em seu RE ou Resp?.

A doutrina aponta que decisão final neste caso seria aquela em que não caberia mais recurso, além dos excepcionais, logo se mesmo prolatado acórdão não unânime, não se pode reiterar o recurso extremo retido, pois em tese ainda seria cabível os embargos infringentes, deste modo pensa José Miguel Garcia Medina.

Decisão final, para nós, tem o mesmo significado da expressão “decisão de única ou última instância”, constante da Constituição Federal nos artigos que tratam do cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial (respectivamente, art. 102, III e art. 105, III)...Assim, por exemplo, cabendo embargos infringentes contra o acórdão (cf. art. 530 do CPC), não é esta ainda decisão final, para efeito de cabimento dos recursos extraordinário e especial (cf., também, o disposto no art. 498 do CPC).⁶¹

Certa dúvida que resta do artigo aqui discutido, seria sobre o contraditório do recurso retido, se a parte adversa deve ser intimada no ato da retenção ou em sua reiteração. Pela lógica e pela economia processual, entende-se que é mais razoável a parte contrária ser intimada somente no momento da reiteração do recurso, pois dependendo do curso do processo este não precisará ser reiterado, se, por exemplo, a parte que o interpôs se sagrar como vitoriosa na demanda.

O recurso retido servirá, então, para barrar algumas impugnações a acórdãos negativos de decisões interlocutórias, que por muitas vezes poderão até mesmo não serem reiterados mais adiante.

⁶¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 4 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 198/199.

Porém se a decisão versar sobre assunto de certa urgência, o recurso retido não poderá esperar pacientemente por sua reiteração somente na decisão final do processo, deve ser feito pedido para que este tramite sob o rito tradicional, sendo encaminhado aos tribunais superiores, neste sentido discorre José Miguel Medina.

Como se disse supra, nos casos em que se busca uma providência jurisdicional urgente, e a adoção do procedimento determinado pelo art. 542, §3.º do CPC for suscetível de lesar a pretensão do recorrente, haverá negativa de prestação jurisdicional. Em tais situações, a imposição irrestrita do regime de retenção aos recursos extraordinário e especial violaria o disposto no artigo 5.º, XXXV, da CF (*verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). O regime de retenção deve ser afastado em tais situações, admitindo-se o recurso pela sistemática tradicional. Cumprirá ao recorrente, pois, ao interpor o recurso extraordinário ou especial, requerer que seja encaminhado de imediato ao órgão *ad quem*, não ficando retido nos autos.⁶²

2.5 Recursos repetitivos

Os recursos repetitivos estão dispostos nos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, se tratando respectivamente dos recursos extraordinário e do recurso especial.

A finalidade precípua do recurso repetitivo seria de enxugar os tribunais superiores, não subindo à estes, recursos de idêntica controvérsia, se admitindo apenas o prosseguimento de um e a suspensão dos demais, até que se julgue o recurso elevado, sendo aplicado nos demais a decisão proferida para aqueles autos.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

⁶² MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 4 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 201.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de **habeas corpus**.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.⁶³

Uma curiosidade interessante a se comentar é o novo uso dos recursos repetitivos, que será feito pelo novo CPC, este artifício será usado no próprio processo de conhecimento, no qual ficará suspenso os processos que versarem sobre a mesma demanda, sendo somente um julgado, e quando este transitar em julgado, a decisão aplacada nele será remetida para os processos que estavam suspensos, tendo assim uma decisão uníssona sobre o tema, e desafogando o poder judiciário, além de teoricamente tornar o tramite do processamento mais célere, pois não haverá a quantidade de autos fundados na mesma demanda que hoje existe.

Com essa solução, conseguiram manter o direito que as pessoas tem de entrar em juízo, e ao mesmo tempo limitar o número de litígios que tornava o poder judiciário uma máquina sobrecarregada e lenta, pois este se debruçava sobre todas as demandas.

⁶³ Brasil. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 07 de out. de 2014

3 PREQUESTIONAMENTO

Prequestionamento é um dos requisitos para a admissibilidade dos recursos extraordinários e especiais, interpostos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça respectivamente, podendo ser interpostos juntos ou separados, como já abordado anteriormente.

O prequestionamento é exigência antiga para admissibilidade dos recursos extraordinários, segundo o qual se impõe que a questão federal/constitucional objeto do recurso excepcional tenha sido suscitada/ analisada na instância inferior.⁶⁴

3.1 Conceito

Os recursos excepcionais estão dispostos no Código de Processo Civil nos artigos 541 à 546, e suas hipóteses de cabimento estão delineadas nas alíneas dos incisos III dos artigos 102 e 105 ambos da Constituição Federal

São várias as divergências existente no instituto do prequestionamento, tanto pelos tribunais superiores, quanto pela própria doutrina, elas começam no momento de se definir concepção de prequestionamento, visto que existem três visões diferentes.

O doutrinador Marcel Eduardo Lima, alega que o prequestionamento não tem uma definição específica, podendo os doutrinadores e magistrados terem interpretações diferenciadas sobre ele, e crítica esta falta de definição afirmando que “É absolutamente essencial que o prequestionamento tenha uma definição satisfatória, baseada em parâmetros objetivos, capaz de uniformizar o entendimento acerca do instituto.”⁶⁵

Obviamente a divergência é algo natural da natureza humana, pois a visão de cada um sobre a legislação será diferenciada, mas no caso de um requisito de admissibilidade tão importante, que, na falta deste não será conhecido o recurso para os tribunais superiores, deveria existir uma uniformização da interpretação do instituto do prequestionamento, visto sua importância.

Para exemplificar as três diferentes visões sobre o prequestionamento, os autores do livro Curso de direito processual civil: meios de impugnações às decisões

⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed., Salvador, JusPodvim, 2014. p. 245. V. 3.

⁶⁵ LIMA, Marcel Eduardo. *O pré-questionamento e a admissibilidade dos recursos excepcionais*. Genesis: Revista de direito processual civil., n.37, p.559-576, jul./set. 2005. p. 559/560. V. 10.

judiciais, citam diversos **autores** e discorrem que, de acordo com José Miguel Garcia Medina o prequestionamento pode ser visto de três maneiras , a primeira seria o prequestionamento como manifestação do tribunal , a segunda seria o prequestionamento como debate ocorrido antes da decisão, seria um ônus atribuído a parte, e a ultima concepção seria a mescla das duas anteriores, devendo haver o debate anterior sobre a questão e a manifestação expressa do tribunal a respeito.⁶⁶

As divergências surgem quando há a escolha de uma das correntes, existem doutrinadores e magistrados que seguem a primeira, entendendo que seria uma manifestação do tribunal *a quo*, como existem os que entendem que o prequestionamento é ônus da parte, e também há os que entendem que seriam os dois.

Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha entendem que prequestionamento viria da manifestação do tribunal, e para chegar a tal entendimento eles citam um exemplo de um terceiro na relação processual.

Se a decisão apreciou a questão – expressa ou implicitamente -, poderá o terceiro ingressar com o recurso extraordinário; se não o fez, e a questão fora levantada anteriormente, ou é questão de ordem pública (de que serve de exemplo a não-citação de litisconsórcio necessário), poderá provocar o órgão julgador a manifestar-se, por embargos de declaração, abrindo ensejo a interposição do recurso excepcional. E aqui **se mostra claramente o quão equivocada é a concepção do prequestionamento como ato prévio da parte; se assim o fosse, jamais o terceiro poderia interpor este recurso, por não ter “prequestionado”, pela simples circunstância de que, até aquele momento, não participava do feito.** (grifo nosso)⁶⁷

No mesmo entendimento está Cassio Scarpinella Bueno, que afirma, que o prequestionamento não é um debate da questão antes do proferimento de uma sentença, mas sim “[...] o enfrentamento de uma dada tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal na decisão a ser recorrida.”⁶⁸

O que importa para fins de recurso extraordinário e de recurso especial é que a decisão, tal qual proferida, verse sobre a aplicação (ou a não aplicação) de uma dada tese jurídica

⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed., Salvador, JusPodvim, 2014. V. 3.

⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed., Salvador, JusPodvim, 2014. p. 249. V. 3.

⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 240. V. 5.

fundada no direito constitucional federal ou nas normas de direito positivo federais ao caso concreto. É o que a prática forense consagrou com os nomes de “questão constitucional” ou “questão federal” – assim entendida a “questão federal infraconstitucional” -, viabilizadoras, uma e outra, do recurso extraordinário e do recurso especial, respectivamente. (grifo nosso) ⁶⁹

Já os que defendem que o prequestionamento deriva da alegação das partes antes do julgado, argumentam que, para que o tribunal julgue tal questão, ele somente poderá fazê-la se provocado pelas partes.

Em uma visão mais ampla, podemos perceber que o prequestionamento necessita tanto das partes quanto da manifestação do tribunal, porém está última se sobressai em relação a primeira, visto que só haverá prequestionamento se o tribunal houver ventilado a matéria em alguma de suas decisões no decorrer do processo, podendo ou não ser suscitado anteriormente pelas partes, desta maneira se entende a essencialidade da manifestação do tribunal, até mesmo para que haja a causa decidida.

Se usa a expressão alguma de suas decisões, pois se entende que os recursos excepcionais podem ser interpostos também, de acordo com o artigo 542 §3º do Código de Processo Civil, contra acórdãos interlocutórios, se preenchidos todos o requisitos, até a causa decidida, este é o entendimento de Alexandre Camara, como abordado em linhas pretéritas.⁷⁰

3.2 Da causa decidida

A causa decidida está exposta nos artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal, e também é causa de separações na doutrina, não por tratar de esgotamento dos recursos ordinários para se interpor o excepcional, isso já é consolidado, mas sim pelo fato da possibilidade desta expressão ser sinônima ou não de prequestionamento.

Muitos autores entendem que sim, a expressão causa decidida deve ser tratada como sinônimo da palavra prequestionamento, para Cassio Bueno:

⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 240. V. 5.

⁷⁰ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18.ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2010. V. 2.

“Causas decididas” querem significar, antes de tudo, que a decisão que submete ao recurso extraordinário e ao recurso especial são decisões que não comportam mais quaisquer outros recursos perante os demais órgãos jurisdicionais. Pressupõe-se, para empregar expressão comuníssima, “exaurimento de instâncias”. É a diretriz segura da Súmula 281 do STF e da Súmula 207 do STJ [...]⁷¹

Cassio Scarpinella Bueno ainda alega que, a expressão causa decidida desempenha a mesma função da palavra prequestionamento, expressa nas Constituições de 1891 a 1946 e em Súmulas, devendo ser entendidas essas duas expressões como sinônimas.

Já para Lima, o entendimento é diverso, pois devido a nossa constituição trazer expressamente que só poderá ser interposto recurso excepcional contra "causas decididas em única ou última instância" o autor sustenta que:

Assim, de acordo com os exatos termos da nossa carta magna, para que se torne possível a interposição dos recursos extraordinário e especial, é indispensável, apenas, que a questão, seja ela constitucional ou federal, tenha sido efetivamente julgada, estando devidamente presente na decisão recorrida, não havendo qualquer menção expressa à necessidade de prévio questionamento da matéria.⁷²

Logo, para tal autor, não há o que se falar em prequestionamento ter o mesmo significado de causa decidida, visto que para ele não há necessidade de prévio questionamento da matéria.

Este é o mesmo entendimento exarado por Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha que entendem também que o prequestionamento não vem a ser nem mesmo um requisito, pois não está expresso na Constituição, portanto, se entendem que este não tem disposição na Constituição Federal, entendem também que prequestionamento não pode ser sinônimo de causa decidida, e para expressar melhor esse pensamento eles citam Nelson Nery Junior e José Miguel Garcia Medina, pois seus pensamentos vão de encontro.

Não é o prequestionamento um requisito especial de admissibilidade dos recursos extraordinários. Bem assevera Nelson Nery Jr.: “Talvez a conceituação do prequestionamento como requisito imposto pela jurisprudência tenha nascido porque a expressão vem mencionada em dois verbetes da Súmula do STF (STF 282 e 356).

⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 239. V. 5.

⁷² LIMA, Marcel Eduardo. *O pré-questionamento e a admissibilidade dos recursos excepcionais*. Genesis: Revista de direito processual civil., n.37, p.559-576, jul./set. 2005. p. 561/562. V. 10.

Evidentemente a jurisprudência, ainda que o Pretório Excelso, não poderia criar requisitos de admissibilidade para os recursos extraordinário e especial, tarefa conferida exclusivamente à Constituição Federal”. Trata-se na verdade de etapa no exame de cabimento dos recursos extraordinários. É passo na verificação da incidência do suporte fático hipotético do recurso extraordinário no suporte fático concreto; é, sobretudo, exame da tipicidade do texto constitucional.⁷³

Por outro lado vai Alexandre Câmara, que afirma em seu livro, *Lições de direito processual civil*, que o prequestionamento “decorre do próprio texto constitucional, que admite o recurso extraordinário e o recurso especial apenas contra causas decididas.”⁷⁴

Para visão deste trabalho há que se compreender que a palavra prequestionamento, não esta expressa na Constituição Federal, nos artigos que tratam de recursos extraordinários e especiais, ou em qualquer outro, tendo sua previsão somente em súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, porém desde a Constituição de 1891 até a de 1946, o prequestionamento veio expresso, isso não significa que deve ser confundida com a expressão causa decidida, pois esta expressão faz referência a situação de escassez dos recursos ordinários, podendo então, somente interpor recurso extraordinário ou especial, e o prequestionamento seria, o estar disposto na decisão recorrida e decidida, contrariedade de lei constitucional ou federal, ou outro cabimento expresso nas alíneas dos artigos 102, III ou 105, III, ambos da Constituição. Certo é que para haver prequestionamento, este deve estar implícito ou explicitamente na decisão decidida e recorrida, mas mesmo não tendo sua disposição expressa na Constituição continua sendo um requisito, mesmo que especial, de admissibilidade para os recursos excepcionais.

3.3 Formas de prequestionamento

Quando se fala das formas de prequestionamento, explícito, numérico, implícito e ficto, nós temos uma doutrina mais unânime.

Cassio Scarpinella afirma o seguinte:

[...] Prequestionamento explícito, implícito, ficto ou numérico são, apenas e tão somente, formas de apresentação — mera materialização, portanto — do que foi ou não decidido pela instância a quo e que, na exata proporção do que se decidiu ou se deixou

⁷³ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed., Salvador, JusPodvim, 2014. p. 246/247. V. 3.

⁷⁴ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18.ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 129. V. 2.

erradamente de decidir, poderá ser impugnado pela via especial ou extraordinária fundamentando-se em *error in iudicando* ou *error in procedendo*, respectivamente. O que importa, pois, é o que foi objeto de decisão e não a forma pela qual ela se apresenta.⁷⁵

E ainda afirma que a forma que o prequestionamento é apresentado é irrelevante, se por uma leitura superficial do recurso se consegue identificar a lei federal ou constitucional que estaria sendo violada, nesse sentido cita Theotonio Negrão.

“Não se toma conhecimento de recurso especial em que se alega negativa de vigência de lei federal, porém não se faz a indicação do texto violado (RSTJ58/419). Todavia, a indicação do dispositivo legal tido como contrariado é dispensável ‘se a questão federal suscitada para esta Corte é facilmente apreendida em sua leitura perfunctória da petição recursal’.⁷⁶

Esta afirmação de Cassio Scarpinella Bueno, aos olhos de muitos doutrinadores está correta, pois realmente o que importa para o prequestionamento não é a forma como este é posto à decisão, mas sim se este é ou não posto, mesmo não tendo sido expresso o número da lei, ou o seu texto na íntegra, isso não faz óbice para que se encontre o prequestionamento na decisão se este estiver nela de um modo interpretativo.

Porém mesmo tendo a visão de que a forma como é prequestionada a questão é irrelevante, ainda classifica as formas em seu exemplar mais recente, começando pelo prequestionamento explícito, que seria quando a questão constitucional e a questão federal são facilmente identificáveis na decisão recorrida, pois estão expressamente no texto da decisão, tendo sua redação transcrita nos autos que futuramente serão impugnados.

A próxima forma de prequestionamento tem seu nome auto explicativo, o prequestionamento numérico, somente virá a existir quando na decisão proferida vier expresso o número do dispositivo da lei constitucional ou infraconstitucional que está sendo violada, sofrendo interpretação diversa da dada pelos tribunais superiores.

Esta forma de prequestionamento sofre críticas de vários autores, que alegam ser “[...] mero rigorosismo formal de nenhuma valia técnica.” E ainda que o “[...] prequestionamento não tem nenhuma relação com a menção *expressa* de

⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. São Paulo, Revista Dialética de Direito Processual, n.1, p.51, abr. 2003. V.1.

⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. São Paulo, Revista Dialética de Direito Processual, n.1, p. 52, abr. 2003. V.1.

dispositivo, constitucional ou legal, que dá fundamento à decisão da qual se pretende recorrer.”⁷⁷ .

Em artigo publicado por Cássio Scarpinella, no ano de 2003, após citar vários acórdãos dos tribunais superiores que não conheceram do recurso por não ter sido mencionado o número do dispositivo que teria sido violado, o dotrinador afirma que:

São, inequivocamente, medidas tomadas pelos Tribunais Superiores para reduzir o número de recursos que lhe chegam todo o dia para serem examinados levando em conta não o conteúdo do recurso ou da ação — o conflito de interesses neles retratado e sua impactação para a escorreita e uniforme aplicação do direito federal de cunho constitucional ou infraconstitucional, portanto — mas aspectos meramente formais e, absolutamente, superáveis. Qual diferença faz a indicação do dispositivo da Constituição ou da lei quando o tema constitucional ou legal está devidamente posto, apreciado e/ou decidido perante as instâncias locais ou regionais? Interpõe-se o recurso extraordinário questionando a aplicação que o Tribunal a quo deu ao princípio do contraditório. Por infeliz engano o subscritor da peça datilografou (ou digitou) que o recurso estava sendo interposto com fulcro no art. 103, III, ‘a’, da Constituição Federal. A resposta do Supremo Tribunal Federal? O recurso não pode ser conhecido por falta de precisa indicação do dispositivo ou alínea que o autoriza, ao arrepio do que determina o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 321).⁷⁸

Realmente, descabido é, negar o conhecimento do recurso extremo por conta de erro ou não constar expressamente o número ou o texto da norma violada, não é necessário que o prequestionamento seja expresso, se olharmos pela questão da comodidade para os tribunais superiores, seria melhor que fosse expresso, o dispositivo constitucional ou federal, na decisão recorrida, até mesmo para facilitar os trabalhos dos superiores, porém a falta da disposição numérica não implica em nenhum obstáculo consistente para o não conhecimento de tal recurso.

O prequestionamento implícito para Fredie Didier Junior e Leonardo Cunha é:

quando o tribunal de origem, apesar de se pronunciar explicitamente sobre a questão federal controvertida, não menciona explicitamente o texto ou o número do dispositivo legal tido como afrontado.

⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 241. V. 5.

⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. São Paulo, Revista Dialética de Direito Processual, n.1, abr. 2003. p. 30. V. 1.

Exatamente neste sentido o prequestionamento implícito vem sendo admitido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁷⁹

No mesmo sentido está Cassio Scarpinella Bueno.

[...] diferente do que se dá com o “explícito” e com o “numérico”, significa que a decisão recorrida, não obstante dizer respeito a uma “questão constitucional” ou “questão federal”, vale insistir, a uma específica tese de direito constitucional ou federal, não é tão clara quanto à sua conformação e aos seus limites. A expressão, amplamente consagrada na jurisprudência e nos usos e costumes do foro, quer descrever as causas em que o que foi e o que deixou de ser decidido não é tão claro ou poderia ser.⁸⁰

Logo se entende que o prequestionamento implícito seria quando a decisão recorrida não mostra expressamente o texto ou o dispositivo da lei federal ou constitucional, podendo ser objeto de embargos de declaração visando o prequestionamento de certa matéria, mas e se mesmo assim tal obscuridade ou omissão não forem supridas? Neste ponto começam as divergências dos tribunais superiores, pois o STF e o STJ têm entendimentos diferentes sobre o tema, assunto este que será tratado no próximo tópico.

O prequestionamento ficto vem a aparecer justamente nas hipóteses de não provimento dos embargos declaratórios, no caso, mesmo com a negativa dos embargos, o tribunal que adota esta forma de prequestionamento, aceita a interposição do recurso extremo, visto que a parte teria ventilado a questão constitucional em seus embargos, e mesmo que fictamente o magistrado também teria se pronunciado em sua decisão dos embargos declaratórios.

3.4 Da divergência entre os tribunais superiores

Como dito anteriormente, nos casos em que a decisão recorrida não ventila a matéria constitucional ou infraconstitucional, deve interpor embargos de declaração, já conhecidos no âmbito jurídico como embargos prequestionadores, como o nome expõe, estes embargos terão a finalidade de provocar o órgão *a quo*, para que este venha a se pronunciar a respeito de omissão ocorrida na decisão embargada, qual seja o prequestionamento de lei federal ou constitucional, conforme o caso.

⁷⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed., Salvador, JusPodvim, 2014. p. 247. V. 3.

⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 242. V. 5.

Estes embargos podem ter seu provimento aceito, ou negado, se for provido não há o que se discutir, a questão estará prequestionada, então não terá óbice à interposição dos recursos excepcionais, porém na situação de negativa do provimento, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, adotam entendimentos diferentes, o primeiro preza pela celeridade processual, e o segundo pela segurança jurídica.

Para o STJ conforme a Súmula 211, não há prequestionamento nos casos da negativa dos embargos, devendo o embargante interpor recurso especial por violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, para forçar um novo pronunciamento do tribunal *a quo*.

O STF discorda desse entendimento, adotando o prequestionamento ficto, no qual, como visto no tópico anterior, não importa o êxito dos embargos, podendo ser interposto recurso extraordinário, esta interpretação decorre da Súmula 356 do próprio STF.

Compartilhando do mesmo entendimento está Cassio Scarpinella Bueno, expondo que a jurisprudência do STF entende que a interposição desses embargos com o objetivo de esclarecer o ponto obscuro que trata de matéria constitucional já bastava para se configurar o prequestionamento, sendo este o prequestionamento ficto, exposto na Súmula 356 do STF.

Sumula 356 STF: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento⁸¹

Já o STJ entende que não basta só a interposição dos embargos, o vício deverá ser sanado para que se possa falar em prequestionamento, visão encontrada em sua Súmula 211, colidindo dessa maneira as súmulas já citadas dos dois tribunais superiores, 356 do STF e 211 do STJ.

Sumula 211 STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.⁸²

Apesar dos dois autores terem o mesmo entendimento de divergência dos tribunais superiores, que já é pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência, existindo vários acórdãos que versam sobre o tema, eles tem opiniões opostas sobre

⁸¹ Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal

⁸² Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça

qual a melhor aplicação do prequestionamento, se o implícito do STJ ou o ficto do STF.

Cassio Scarpinella Bueno esclarece que, ao seu ponto de vista, o prequestionamento implícito, feito pelo STJ, é o que se enquadra melhor a norma, pois só aceita o recurso quando não há mais recursos ordinários, quando a causa está decidida, pois o magistrado *a quo*, teria se posicionado em relação a tese de direito federal.⁸³

Já para Didier e Cunha o posicionamento do STF é o mais correto:

Essa postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito de se valer das vias extraordinárias. Impõe-se perfilhar essa orientação do STF, que se posiciona a favor do julgamento do mérito do recurso extraordinário, a fim de que o recurso cumpra o seu objetivo – e, encarando o problema do juízo de admissibilidade como uma questão de validade do procedimento, qualquer postura no sentido de impedir ou dificultar a aplicação da sanção de inadmissibilidade deve receber a pronta adesão do operador de direito.⁸⁴

Esta é a polemica que ronda este trabalho, qual seria a melhor forma de aceitação do prequestionamento, de fato cada forma tem seu ponto forte, o STJ preza pela segurança, pela existência de requisito essencial para interposição do recurso desejado, e o STF preza pela celeridade processual, pela rápida solução do litígio, não deixando de ter certa segurança sobre a questão prequestionada, mas visto a situação em que esta a justiça brasileira, hoje em dia é preferível adotar o modelo usado pelo STF, pois preza pela celeridade processual, o devido andamento processual e a economia processual, princípios expostos na Constituição Federal em seu artigo 5º.

Cabe aqui, demonstrar a importância da distinção entre os momentos em que se podem interpor os embargos de declaração visando o prequestionamento do tema, para se criar uma condição de admissibilidade, pois a interposição errônea de embargos de declaração pode prejudicar o poder judiciário.

Conforme o que discorre Cassio Scarpinella Bueno, existem três hipóteses de sendo que somente em uma se cabe os embargos para essa finalidade.

⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. V. 5.

⁸⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed., Salvador, JusPodvim, 2014. p. 248/249. V. 3.

A primeira seria quando a decisão não versa sobre questão constitucional ou federal, não podendo neste caso ser interposto embargos de declaração com o fim de prequestionar algo, já que tal questão não foi exposta na lide. (BUENO. 2014.)

A segunda hipótese seria que:

[...] a decisão deveria pronunciar-se sobre “questão constitucional” e/ou sobre “questão federal” mas não o fez. Em tais situações, o uso dos declaratórios é indispensável para que aquelas teses sejam devidamente enfrentadas. Se os declaratórios são rejeitados, contudo, põe-se a questão de saber se a decisão respectiva foi proferida acertadamente ou não. É para está hipótese – e só para ela – que tem aplicação a diretriz da Súmula 211 do STJ, ensejando a aplicação de recurso especial com fundamento na violação ao art. 535 pelo órgão *a quo* para corrigir a deficiência no julgamento realizado por ele.⁸⁵

E a última hipótese seria a de ter uma decisão que já ventila a matéria constitucional ou federal, não necessitando de embargos para esclarecê-la, podendo ser interposto desde já os recursos excepcionais.

Esclarecer estas hipóteses é de extrema importância, pois atualmente os embargo de declaração estão sendo interpostos também na primeira ocasião para forçar o juízo a se pronunciar sobre matéria que não é a discutida na lide, e de acordo com o entendimento do STF, basta o embargo de declaração com intuito de prequestionar para que o recurso extraordinário seja aceito pela Corte Suprema, nestes casos pode ocorrer que tal corte se debruce sobre certa matéria que não há o que ser discutido, perdendo seu tempo e o tempo da nação.

Este é um ponto a ser fortalecido na aceitação do prequestionamento ficto, que funciona aparentemente na base de confiança, que é quebrada por agentes de má-fé ou que não sabem fazer uso de tais recursos.

Ao final se faz valer a transcrição da conclusão de Didier e Cunha.

[...] o prequestionamento é uma válvula de escape dos tribunais superiores, que se valem dele para deixar de julgarem o mérito dos recursos, em diversas oportunidades. E como se isso não bastasse, STF e STJ adotam concepções diversas sobre o fenômeno, dificultando ainda mais o trabalho dos demais operadores jurídicos.⁸⁶

⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. p. 244. V. 5.

⁸⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed., Salvador, JusPodvim, 2014. p. 250. V. 3.

Pode se perceber que o real problema é a falta de uniformização do requisito prequestionamento, a falta da interpretação que o Supremo Tribunal Federal teria que dar a tal questão visto que para muitos autores pode se tratar de uma causa constitucional, já que para eles a expressão causa decidida pode ser sinônima de prequestionamento, e visto que mesmo que não sendo expresso na Carta Magna continua sendo um requisito importante para os recursos excepcionais que ali estão dispostos.

Portanto, as várias situação em que os autores discordam entre si, como a concepção de prequestionamento, em que divergem se o prequestionamento deveria ser arguido anteriormente pelas partes ou se ele nasce a partir da manifestação do juízo *a quo*, sobre a matéria constitucional e ou federal, em suas decisões, tanto definitivas como terminativas, discordando também sobre qual o melhor modelo de prequestionamento a ser aplicado, se o exposto pelo STF, ficto, em que será aceito o recurso extraordinário se for interposto embargos de declaração objetivando o prequestionamento da matéria, não importando o êxito de tal embargo, ou o realizado pelo STJ, implícito, em que será aceito o recurso especial somente se a omissão ou obscuridade forem supridas pelos embargos de declaração, caso contrario poderá se interpor recurso especial por desobediência do artigo 535 do Código de Processo Civil, para obrigar o tribunal *a quo* a suprir tal omissão ou obscuridade, se houver, para então poder entrar com o recurso especial, com a matéria devidamente prequestionada.

Ademais, o exposto também demonstra os pontos em que os autores concordam, como as formas de prequestionar, explícita, implícita, ou fictamente, quanto à divisão da jurisprudência sobre a aceitação do prequestionamento ficto ou implícito nos casos que deve se interpor os embargos de declaração.

Dentre todos os autores citados até o momento, os que mais se destacam na visão deste trabalho são o Fredie Didier Junior, Leonardo Carneiro da Cunha e José Miguel Garcia Medina junto com Nelson Nery Junior, pois as ideias destes autores vão de encontro com a ideia exposta neste trabalho, concordando sobre a melhor forma de aplicação do prequestionamento, sendo ela a ficta, desempenhada pelo STF, pois protege a celeridade, a economia e o devido andamento do processo, tentando desfazer a justiça emperrada que se tem hoje em dia.

Como visto é possível apresentar tal tema através de opiniões diversas, prós e contras pois ainda há muita divergência na doutrina e na jurisprudência sobre este tema, podendo ser abordado também a questão de o prequestionamento ser ou não um requisito implícito na constituição atual, se este pode ser entendido como a expressão causa decidida exposta nos artigos 102, III e 105, III que discorrem respectivamente sobre o recurso extraordinário e o recurso especial.

Diferença que realmente importa é o julgamento dos embargos, enquanto o STF reconhece o prequestionamento ficto, já com ressalvas hoje em dia, pois existem precedentes da aplicação do entendimento do STJ, o Superior tribunal de Justiça entende que o prequestionamento ficto não pode ser aplicado.

Logo, em casos em que os embargos declaratórios não são providos pelo juízo a quo, a parte que os interpôs deverá impugnar tal negativa por recurso especial, com o fundamento de violação ao artigo 535 do CPC, pela negativa de se sanar a omissão suscitada, devendo a parte, pacientemente, esperar o trânsito de seu primeiro recurso especial, para somente depois interpor o recurso especial principal, que afetará diretamente a demanda.

Enquanto isso o entendimento do prequestionamento ficto aplicado pelo STF não requer tanta segurança quanto a matéria prequestionada, necessitando apenas de que seja interposto os embargos de declaração, e independentemente de seu provimento ser negativo ou positivo, poderá a parte irrisignada interpor o recurso extraordinário, prezando assim, o STF, por um procedimento “mais” célere, dando a parte litigante o que ela realmente quer, o julgamento de sua demanda em um menor espaço de tempo.

A pergunta que fica é, até quando as partes serão refém dos caprichos do poder judiciário, tendo que esperar sua boa vontade para o desenrolar de sua trama que muito provavelmente já dura anos, todos sabemos o quanto um recurso extremo leva para ser julgado, muito, é necessário que os litigantes passem por essa peregrinação duas vezes, apenas pelo não provimento dos embargos de declaração?

A segurança processual é de extrema importância, mas de nada vale se o mais interessado na demanda não consegue vislumbrar sua causa decidida ainda nesta vida.

CONCLUSÃO

Após a exposição dos fatos e argumentos deste trabalho, foram obtidas algumas conclusões a respeito da importância, conceito e a forma de como o requisito do prequestionamento é tratado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Como embasamento para as conclusões retiradas, buscou-se demonstrar a divergência existente entre os tribunais superiores a respeito do requisito do prequestionamento, uma vez que inexistente um consenso entre estes tribunais sobre o tema, sendo seus julgados conflitantes entre si.

Como demonstrado ao longo do trabalho, o prequestionamento não é um requisito expresso na Constituição Federal de 88, porém por ter constado em cartas magnas anteriores e pela dupla interpretação que há da expressão “causa decidida”, dada por parte da doutrina, exposta nos artigos 102 e 105 da Constituição, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que tal requisito não se faz inconstitucional, razão pela qual é devida a admissibilidade do recurso excepcional somente se este estiver presente, tal divergência não existe no âmbito do STF e STJ, sendo a questão do prequestionamento ser constitucional, matéria pacificada entre os órgãos superiores.

Apesar de reconhecido como requisito de admissibilidade pelos doutrinadores e julgadores, há de convir que tal requisito se mostra ultrapassado, pelo menos para as causas a serem julgadas pelo STF, pois, com o advento do requisito da repercussão geral, a demonstração da questão constitucional foi englobada, sendo demonstrado pelo novo requisito tanto a matéria constitucional alegada nos autos, como a repercussão que tal matéria constitucional possa ter, porém, os doutos ministros continuam a negar o seguimento por conta do prequestionamento.

A discordância começa a aparecer quando a discussão passa a ser a maneira de como deve ser exposto o prequestionamento, se suscitado pela parte, ou citado pelo juiz, ou por uma mistura dos dois. Ao analisar cada uma das possibilidades, se constata que a discussão não se faz necessária, tendo em vista que, apesar do prequestionamento, em tese, dever ser matéria alegada anteriormente, a prática demonstra que apenas a ventilação da matéria no acórdão, o enfrentamento da questão pelo magistrado, é necessário para suprir o requisito.

Tendo observado a conceituação do prequestionamento, e quando este deve ocorrer, entra-se, agora, na problemática que originou este trabalho, qual seja, a divergência existente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça a cerca do requisito do prequestionamento, já restando demonstrado que o mesmo, apesar de subsumido ao requisito da repercussão geral, se mostra de suma importância, evitando que os tribunais superiores fiquem sobrecarregados de matérias que estão fora de suas competências, retardando ainda mais o poder judiciário, que em tese se prestaria para resolver as lides de maneira eficaz e célere.

Apesar do prequestionamento ser requisito importante, a interpretação realizada pelas cortes superiores muitas vezes é desarrazoada, insistindo que não houve o preenchimento do requisito, sendo que este, já havia sido suscitado pela parte, e por omissão do juízo *a quo*, não foi esclarecido. Tal interpretação é claramente perceptível neste trabalho, quando abordado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que prolonga o curso do processo, de maneira indevida, quando entende que o requisito não foi preenchido, mesmo que os embargos de declaração prequestionadores tenham sido interpostos perante o juízo *a quo*, e este se manteve inerte.

Diferente visão se percebe, quando o trabalho enfoca a maneira com que o Supremo Tribunal Federal realiza sua interpretação do prequestionamento, aceitando a arguição nos embargos de declaração com o fim prequestionador, compreendendo que a parte haveria suscitado a questão, mesmo que o magistrado não tenha se pronunciado, logo, tal conduta da Suprema Corte se mostra mais favorável não somente a celeridade, mas também a uma duração, que apesar de demorada, mais razoável do processo em relação a aplicada pelo STJ.

Ocorre que a imposição do prequestionamento, em determinados casos, pode ofender princípios essenciais, quando aplicado de maneira rigorosa, sem permitir flexibilizações, afetando aos princípios da celeridade, duração razoável do processo, ampla defesa, entre outros, sem contar na segurança jurídica, que parece inexistir diante do tema deste trabalho, sendo, as partes obrigadas a esperarem o tempo de um recurso “secundário”, para que, finalmente, possa ser interposto o recurso “principal”.

Portanto, a parte enfrenta uma verdadeira peregrinação para ver sua demanda julgada em última instância, e como consequência desta morosidade, há a falha em saciar os anseios da sociedade, não preenchendo a efetividade desejada do processo. Havendo contribuição, além de tudo, para a má fama do poder judiciário, que é taxado de ineficaz e lento, além de sobrecarregar as instâncias superiores de processos que poderiam ter seu fim em tempo menor e de forma menos gravosa para as partes.

Logo, apesar do entendimento do prequestionamento ser um requisito constitucional, sua interpretação não vem disposta em legislações, podendo o entendimento variar de um órgão para outro, não existindo de fato um entendimento que possa se apontar como certo, porém pode se apontar o que mais preza pela parte, e pelo processo, garantindo o mínimo de eficácia e celeridade esperada de um processo judicial, desprezando medidas protelatórias, garantindo os princípios constitucionais destinados as partes.

Os estudos realizados para a confecção deste trabalho, permitiram a conclusão de que:

- a) O prequestionamento, apesar de não ser requisito expresso na Constituição Federal de 1988, pelo fato de ter existido em constituições passadas, continua sendo requisito, mesmo que especial, de admissibilidade dos recursos excepcionais, sendo de suma importância para não ocorrer uma sobrecarga de matéria indevida nos tribunais superiores, mesmo que a doutrina mais recente entenda que o requisito da repercussão geral tenha englobado o prequestionamento, já que trata da demonstração da amplitude da causa constitucional, logo só poderá existir a repercussão se houver o prequestionamento.
- b) Apesar de divergências sobre qual momento, e por quem deve ser suscitado o prequestionamento, há que se entender que o mais importante é que este conste no acórdão prolatado pelo magistrado, sendo irrelevante se este for arguido pelo juiz ou por uma das partes.
- c) Pelo fato do prequestionamento não ter um entendimento uniforme, o sentimento de insegurança jurídica das partes se torna mais evidente, devendo o advogado se “adaptar” ao entendimento de cada tribunal.
- d) Justamente por não haver um entendimento único do requisito, não há como dizer que alguma interpretação é feita de maneira errônea, pelo contrário, as duas são consideradas possíveis.
- e) Porém apesar de possíveis, nota-se que a mais plausível, talvez seja a aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, já que esta preserva mais a celeridade e a duração razoável do processo, assim como as partes, de terem de enfrentar uma longa espera para que vejam seu conflito finalmente julgado em definitivo.
- f) O prequestionamento, criado como uma jurisdição defensiva do STF, atende aos fins desejados pelo legislador, limitando o número de recursos remetidos aos tribunais superiores, porém ultrapassado, tendo a possibilidade de não ser mais aplicado, pelo fato da repercussão geral, quando instaurado o recurso extraordinário, não sendo a interpretação do STJ a mais benéfica ao processo e as partes, portanto, já que o prequestionamento se faz necessário para esvaziar os tribunais superiores, é de suma importância que se aplique a interpretação que zela pela celeridade, pelo bom andamento do processo, pelas partes, pelo prequestionamento fícto.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. *Admissibilidade do recurso especial*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

ARAGÃO, E. D. Moniz. *Dos Recursos Cíveis*. Curitiba: Imprensa da universidade do Paraná, 1962.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2015.

Brasil. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 07 de out. de 2014

Brasil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 de out. de 2014.

Brasil. Lei 11.636 de 28 de dezembro de 2007. Dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11636.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2015.

Brasil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 de abr. 2015

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, EDREsp 150.467/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Brasília 29 de junho de 1999, publicado no DJ de 23.08.1999, p. 121.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça., REsp n. 53.645/SP, 1ª Turma. rel Min. Cesar Afonso Rocha. Brasília 28 de setembro de 1994, publicado no DJ de 24.10.1994, p. 28.716

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. AgRgAg 210550 – 7 – MG. 1ª Turma do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, Brasília, 24 de abril de 1998, DJU 26.6.1998.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2014. V. 5.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. São Paulo, Revista Dialética de Direito Processual, n.1, abr. 2003. p. 30. V. 1.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18.ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 129. V. 2.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*.12 ed., Salvador, JusPodvim, 2014. p. 248/249. V. 3.

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 288

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scaranance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 50.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo*. Revista da AGU. v.4, n.6, p. 73-84, abr. 2004

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo, RT, 1995, p. 133.

LIMA, Marcel Eduardo. *O pré-questionamento e a admissibilidade dos recursos excepcionais*. Genesis: Revista de direito processual civil., n.37, p.559-576, jul./set. 2005. p. 561/562. V. 10.

LIMA, Alcides de Mendonca. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro-Sao Paulo: Limonad, 1963, p. 21.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*.12 ed. São Paulo: RT. 2014, p. 503/504.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 4 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 201.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*, teoria geral dos recursos, recursos em espécie, processo de execução. 7 ed., São Paulo, Atlas S.A., 2011. p. 179. V.2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 260.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, 32.ed. São Paulo:Saraiva, 2001.

NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 212.

NERY JUNIOR., Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Ordenações Filipinas, Livro III, título 72

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo. Malheiros Ed., 2000, p.562.

Súmula 13 do Superior Tribunal de Justiça

Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça.

Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça

Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*.14 ed., São Paulo, revista dos tribunais, 2014, p. 768. V. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*.São Paulo: RT, 1997, p. 344.