

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

MARIA LUIZA GONÇALVES

**O PREQUESTIONAMENTO: ATUAL TRATAMENTO PELOS TRIBUNAIS
SUPERIORES COMO REFLEXO DE UMA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E
NOVAS PERSPECTIVAS COM BASE NO PROJETO DO NOVO CPC**

JUIZ DE FORA

2014

MARIA LUIZA GONÇALVES

**O PREQUESTIONAMENTO: ATUAL TRATAMENTO PELOS TRIBUNAIS
SUPERIORES COMO REFLEXO DE UMA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E
NOVAS PERSPECTIVAS COM BASE NO PROJETO DO NOVO CPC**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mestre Márcio Carvalho Faria.

Juiz de Fora

2014

MARIA LUIZA GONÇALVES

**O PREQUESTIONAMENTO: ATUAL TRATAMENTO PELOS TRIBUNAIS
SUPERIORES COMO REFLEXO DE UMA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E
NOVAS PERSPECTIVAS COM BASE NO PROJETO DO NOVO CPC**

Aprovada em 11 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Márcio Carvalho Faria – Orientador

Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Dra. Clarissa Diniz Guedes

Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Tatiana Paula da Cruz

Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora

2014

Ao Senhor Deus, motorista desta viagem.

Aos meus pais, José Luiz e Margareth, pelo amor sem medida.

Aos meus irmãos, pelo exemplo e amizade.

Aos amigos, pelo companheirismo.

Ao Mayone, pelo carinho.

A todos da Faculdade de Odontologia da UFJF, especialmente, Professor Antonio Márcio, Danielle Dornella e Juliana Souza, que muito bem compreenderam e acolheram uma “servidora-estudante”.

Ao Professor Márcio, por todas as lições ensinadas e pelo apoio na concretização deste trabalho.

RESUMO

O prequestionamento é um dos temas mais controvertidos no direito brasileiro. O dissenso impera, em sede doutrinária e jurisprudencial, sobre diversos aspectos, tais como, definição, (in) constitucionalidade, natureza jurídica, espécies e formas de obtenção. A falta de uniformidade no seu tratamento o torna mecanismo facilitador da inadmissão dos recursos de natureza excepcional, significando, assim, instrumento hábil às práticas de uma jurisprudência defensiva no bojo dos Tribunais Superiores. Com isso, há o comprometimento das atribuições constitucionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que, não procedendo à análise meritória dos recursos extraordinário e especial, deixam de salvaguardar a Constituição e a legislação federal, respectivamente, e de zelar pela uniformidade na aplicação e interpretação do Direito. Diante disso, o projeto do novo CPC intenta solucionar algumas das discussões e, assim, aclarar, ainda que parcialmente, a zona cinzenta que paira sobre o prequestionamento.

PALAVRAS – CHAVE: prequestionamento – jurisprudência defensiva – atribuições constitucionais - projeto do novo CPC.

ABSTRACT

The pre-inquiry is one of the most controversial issues in the Brazilian legal system. The dissent reigns in the doctrine and jurisprudence based on various aspects, such as definition, (um) constitutionality, legal nature, species and ways of fulfillment. The lack of uniformity in its treatment makes it a facilitating mechanism for the inadmissibility of exceptional appeals, meaning thereby an effective instrument to the practices of defensive jurisprudence in the Superior Courts. That leads to disruption of the constitutional powers of the Supreme Court and the Superior Court of Justice, which, by not proceeding with the analysis of the case (beyond admissibility) in exceptional appeals, fail to safeguard the Constitution and the federal law, respectively, and to ensure the uniformity of the application and interpretation of the law. In view of that, the Project of the new Code of Civil Procedure tries to solve some of the discussions and thus clarify, although partially, the gray area hanging over the pre – inquiry.

KEY – WORDS: pre-inquiry – defensive jurisprudence – constitutional powers – the new Code of Civil Procedure Project.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgIn	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
AREsp	Agravo em Recurso Especial
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
DJe	Diário da Justiça eletrônico
EDcl	Embargos de Declaração
HC	Habeas Corpus
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei da Ação Popular
Min.	Ministro (a)
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PLS	Projeto de Lei do Senado
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator (a)
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO CENÁRIO BRASILEIRO	13
2.1 Evolução do conceito teórico.....	13
2.2 As ondas renovatórias do acesso à justiça em paralelo ao contexto brasileiro.....	14
2.3 Em busca de uma razoável duração do processo.....	18
3 A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA.....	21
3.1 Considerações iniciais.....	21
3.2 O juízo de admissibilidade.....	22
3.3 Casuística.....	27
3.3.1 Intempestividade do recurso prematuro:.....	27
3.3.2 Indevida aplicação da Súmula 284 do STF:.....	28
3.3.3 A exigência de ratificação do recurso.....	29
3.3.4 O excessivo rigor no preenchimento das guias de preparo.....	31
3.3.5 Ofensa direta ou reflexa à Constituição Federal?.....	33
3.3.6 Os entraves à obtenção de prequestionamento.....	34
4 O PREQUESTIONAMENTO	35
4.1 Breve panorama histórico.....	35
4.2 Controvérsias.....	36
4.2.1 Polissemia.....	36
4.2.2 (In) Constitucionalidade?.....	39
4.2.3 Natureza Jurídica.....	41
4.2.4 O prequestionamento numérico.....	42
4.2.5 O alargamento funcional dos embargos de declaração.....	43
4.2.6 Súmula 356, STF X Súmula 211, STJ.....	45
4.2.7 O voto vencido.....	47
5 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO COMBATE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA	50
5.1 Origens, tramitação e principais alterações no combate à morosidade processual.....	50

5.2 O combate à jurisprudência defensiva	52
5.2.1 Generalidades	52
5.2.2 No prequestionamento.....	56
6 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1 INTRODUÇÃO

Não é demasiado afirmar que o prequestionamento é um dos temas mais controvertidos do Direito Processual Civil contemporâneo. Os dissensos vão desde sua definição, passam pela natureza jurídica, (in)constitucionalidade e espécies, chegando às formas de obtenção. De forma mais clara, é raro encontrar algum ponto uniforme na matéria. A falta de parâmetros objetivos no seu tratamento tem levado setores doutrinários¹ a identificar o tema como umas das facetas da jurisprudência defensiva. Esta consiste no conjunto de entendimentos e orientações que visam a abortar o avanço dos recursos com base, principalmente, em aspectos formais, notadamente nos Tribunais Superiores, de modo a reduzir o elevado quantitativo de processos.

O projeto do novo Código de Processo Civil (CPC) emerge na tentativa de solucionar alguns dos muitos problemas pertinentes ao Judiciário brasileiro, entre os quais se situam as práticas restritivas de recursos. Dessa forma, o prequestionamento recebe previsão específica na norma projetada, que pretende resolver, definitivamente, duas das principais discussões.

A análise do atual tratamento conferido ao prequestionamento (capítulo 4) e das mudanças esperadas com a aprovação do projeto (capítulo 5) foi precedida de dois temas correlatos e essenciais ao aprofundamento do estudo: o acesso justiça (capítulo 2) e a jurisprudência defensiva (capítulo 3). A evolução do acesso à justiça e as suas ondas renovatórias permitem entender, em parte, as razões do acúmulo de processos e a consequente morosidade do Judiciário, o que, por sua vez, resulta nas práticas defensivas dos Tribunais. Por outro lado, é também importante compreender o exato significado da expressão jurisprudência defensiva e suas diferentes manifestações.

Diante do exposto, o presente trabalho convida o leitor a uma investigação acerca do prequestionamento, sobre a forma como vem ele sendo trabalhado pelos Tribunais

¹BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: [http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf]. Acesso em 28.10.2014, às 14h15min.; FARIA, Márcio Carvalho. O Novo Código de Processo Civil vs. a Jurisprudência Defensiva, *in Revista de Processo*, vol. 210. São Paulo: RT, 2012.p 263-ss; e MONTEIRO, André Luís. Duas providências do projeto de novo Código de Processo Civil para o fim da chamada jurisprudência defensiva - uma evolução rumo ao pleno acesso à justiça, *in Revista de Processo*, v. 204. São Paulo: RT, 2012., p. 263-ss.

Superiores e pela doutrina. Por outro lado, busca entender as disposições do projeto do CPC a ele pertinentes e em que medida elas contribuirão para o esclarecimento da matéria.

2 A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

2.1 Evolução do conceito teórico

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) elencou o direito social ao acesso à justiça no rol de direitos e garantias fundamentais, especificamente em seu Artigo 5º, XXXV. Desde então, é crescente o destaque conferido ao tema por estudiosos do Direito, que se dedicam, cada vez mais, ao seu entendimento e discussão. O reconhecimento dessa importância se faz sentir no âmbito da teoria processual. Nesse sentido, Gisele Santos Fernandes Góes² aduz que o acesso à justiça é um dos pilares do Estado Constitucional e que deve constituir a raiz da Teoria Geral do Processo, afinal assegurá-lo é fundamental em um sistema jurídico que pretenda a realização e não apenas a proclamação de direitos³.

À compreensão do acesso à justiça, contudo, nem sempre foi dedicada a mesma atenção. Isso, em grande medida, pode ser explicado pelas distintas definições que foram atribuídas ao seu conceito teórico ao longo dos tempos. Nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, por exemplo, preponderava uma concepção fria e individualista do direito, que, naquele momento, restringia-se à possibilidade formal do indivíduo de propor ou contestar suas demandas perante o Judiciário. O Estado quedava inerte na promoção do acesso e sua postura era a de mero garantidor de uma igualdade apenas formal. Isso decorreu, em parte, da concepção do acesso à justiça como um direito natural e que, portanto, independia de uma atuação protetiva estatal. À época, aliás, as garantias individuais, como liberdade, igualdade e propriedade, eram vistas sob uma perspectiva negativa. Havia a abstenção por parte das entidades estatais, que apenas não deveriam ingerir nessas esferas.

Com a intensificação da luta de classes em meados dos séculos XIX e XX, protagonizada por empresários e proletariado, o Estado assume novamente uma postura intervencionista. Na vigência do Estado Social, inúmeros direitos foram criados, muitos deles decorrentes do reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador na relação de emprego,

² GÓES, Gisele Santos Fernandes. Bases para uma atual Teoria Geral do Processo: as técnicas processuais a serviço do acesso à justiça, in DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). *Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodvim, 2010, p. 302.

³ Nesse sentido, conferir CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 12.

ampliando-se a sua proteção. Diferentemente do contexto liberal, havia uma preocupação centralizada na promoção de direitos básicos, tais como saúde, educação e trabalho. Essa visão mais humanitária e preocupada com os mais fracos, característica do Estado Social, contribuiu para o delineamento de outro conceito de acesso à justiça, diferente dos tempos do *laissez – faire, laissez passer*. Assim, a atuação positiva do Estado passou a ser fundamental, criando-se mecanismos para assegurá-lo.

No atual Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça é concebido, em célebre expressão de Kazuo Watanabe⁴, como o acesso à ordem jurídica justa, compreendido como a obtenção de justiça substancial. Sobre o tema, conclui Cândido Rangel Dinamarco⁵:

Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa – síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido.

Em síntese, hoje o acesso à justiça é analisado sob uma ampla perspectiva e assume importância fundamental no processo. Abrange não apenas o ingresso de causas perante o Judiciário, mas também a paridade de armas entre os litigantes, assim como a obtenção de uma tutela jurisdicional de mérito, com segurança e em tempo razoável. Para tanto, o Estado deve atuar na sua promoção. No decorrer da história, como se demonstrará a seguir, diferentes instrumentos foram utilizados com esse intento. Mecanismos variados emergiam na medida em que se tornavam evidentes as necessidades de cada tempo.

2.2 As ondas renovatórias do acesso à justiça em paralelo ao contexto brasileiro

Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶, em clássica obra sobre o tema, demonstraram as diferentes soluções que foram criadas para a implementação do acesso ao longo dos anos. Segundo os autores, é possível dividir esse conjunto de reformas em três ondas renovatórias, que observam certa sequência cronológica.

⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna, in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p.128.

⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114-115 *apud* GÓES, Gisele Santos Fernandes. Bases para uma atual Teoria Geral do Processo..., ob. cit., p. 301.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça...*, ob. cit., p. 31-73.

Nos países ocidentais, as primeiras medidas adotadas corresponderam à promoção da assistência judiciária aos pobres. Os serviços jurídicos eram caros e aqueles que não possuíam recursos não conseguiam invocar a tutela jurisdicional do Estado. Em alguns países, como Inglaterra, França e Áustria, esse processo ocorreu pautado no *sistema judicare*. Neste, aqueles que se adequavam aos requisitos legais possuíam direito à assistência, podendo se valer dos serviços de advogados particulares, mas pagos pelo Estado. Em outros países, disseminou-se o modelo de assistência com advogados remunerados pelos cofres públicos. Diferentemente do *judicare*, aqui os serviços jurídicos eram prestados por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses das pessoas carentes. Houve, ainda, a formação de sistemas como o sueco, que conjugavam os dois modelos. Essas combinações melhor realizavam a promoção do acesso, uma vez que se ocupavam não só do pagamento do advogado, mas também da disseminação de certa consciência jurídica através dos escritórios de vizinhança, por exemplo.

No contexto brasileiro, algumas políticas legislativas foram desenvolvidas para permitir o acesso ao Poder Judiciário pelos mais necessitados. Como exemplo maior, tem-se a Lei 1060/50, que em seu artigo 4º prevê a assistência judiciária gratuita para aqueles que afirmarem, na própria petição inicial, impossibilidade de arcar com custas processuais e honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família.

Ainda com esse objetivo, em 1994 foi promulgada a Lei Complementar nº 80, que organiza a Defensoria Pública no âmbito da União, Distrito Federal e Territórios, além de estabelecer as normas gerais para a sua organização nos estados. Nesse particular, insta ressaltar recente alteração à Carta Maior, correspondente à Emenda Constitucional nº 80, de 2014, cujo escopo consiste na ampliação das defensorias no país. Com as alterações, os entes federativos terão prazo de oito anos para dotar todas as comarcas e circunscrições de defensores públicos, devendo o quantitativo ser proporcional ao número de habitantes e à demanda efetiva pelo serviço⁷.

É inegável o avanço gerado por essas reformas; no entanto, na onda da assistência judiciária, não se enfrentou o problema da representação dos direitos difusos. Aos poucos, as sociedades passaram a exigir soluções para casos que envolviam esses interesses, o que levou

⁷Informações disponíveis em: [<http://www.defensoria.df.gov.br/?p=16574>]. Acesso em 20/10/2014, às 10h00min.

à criação de importantes institutos, como as ações coletivas, a assessoria pública e o advogado público. Para tanto, noções tradicionais do processo civil, como legitimidade, coisa julgada e o “direito a ser ouvido”, tiveram que ser rompidas.

No Brasil, relevantes instrumentos foram instituídos com vistas à proteção de interesses difusos e coletivos, destacando-se, nesse cenário, a Ação Popular, a Ação Civil Pública, além da normativa constante do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A Ação Popular foi regulamentada pela Lei 4.717 de 29 de junho de 1965 (LAP) e conta, ainda, com previsão no artigo 5º, LXXIII da CF/88. Segundo a norma constitucional (mais abrangente que o artigo 1º da LAP), qualquer cidadão pode propô-la para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, bem como à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O autor fica, inclusive, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé.

Embora assente a valiosa função desempenhada pela Ação Popular, possui ela algumas limitações, a saber, a restrição da legitimidade ativa ao cidadão, o seu caráter exclusivamente repressivo, além do objeto de proteção, que não abrange a todos os direitos transindividuais (apesar do alargamento proporcionado pela CF/88)⁸.

A Ação Civil Pública, por sua vez, disciplinada pela Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 (LACP), forma, conjuntamente com o CDC, o microsistema processual de tutela dos interesses de massa. Alguns avanços, em cotejo com a LAP, foram obtidos, entre os quais, a extensão de seu objeto protetivo, que é capaz de abarcar a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Ademais, o rol de legitimados é também mais amplo e envolve entes públicos e privados, o que majora a proteção.

É possível inferir que as duas primeiras ondas renovatórias refletiram, essencialmente, preocupações com a representação, seja dos pobres, seja de interesses difusos e coletivos, perante o Poder Judiciário. Com o tempo, o alargamento dos limites e contornos do acesso à justiça tornou necessária uma releitura de instituições, mecanismos e

⁸GASTALDI, Suzana. *As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais*. Disponível em: [<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,as-ondas-renovatorias-de-acesso-a-justica-sob-enfoque-dos-interesses-metaindividuais,46303.html>]. Acesso em 20/10/2014, às 10h15min.

procedimentos, culminando na terceira onda de reformas. Para Cappelletti e Garth⁹, essa etapa envolve a:

(...) exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.

As transformações realizadas nas primeiras etapas não perderam relevância, mas passaram a representar apenas algumas das tantas modificações necessárias para a efetivação do acesso.

A Lei nº 9099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais, exemplifica esse processo no Brasil. A norma permite um acesso mais amplo, prevendo a regionalização da justiça (artigo 1º), a faculdade na contratação de advogado em causas de até 20 salários mínimos (artigo 9º, *caput*), além da isenção do pagamento de custas, taxas ou despesas no primeiro grau de jurisdição (artigo 54, *caput*). Ademais, o procedimento especial previsto possui características próprias, com vistas à celeridade. O artigo 2º estabelece, entre as disposições gerais, critérios orientadores do processo, correspondentes à oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além da necessidade de busca da conciliação ou transação. Destaque-se que, com esse mesmo espírito, foram promulgadas a Lei nº 10.259/01, que instituiu Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, e a Lei nº 12.153/09, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Na atual fase de percepção do acesso à justiça, ganharam ênfase os institutos da conciliação, mediação e arbitragem, em função da rapidez na solução de litígios, com economia de tempo, dinheiro e trabalho.

O reconhecimento dessas práticas levou o legislador infraconstitucional a aprovar, por exemplo, a Lei 9307/96, que dispõe sobre a arbitragem no país. Em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, é facultado às partes contratantes, desde que capazes, dirimir seus conflitos via juízo arbitral. No próprio CPC, especialmente a partir dos anos 1990 (Leis

⁹CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça...*, ob. cit., p. 71.

8952/94, 9245/95, 11.232/05, 11.385/06), é possível perceber a valorização da prática conciliatória, com a sua inclusão em inúmeros dispositivos.

Atualmente, verificam-se movimentos no país no sentido de tornar o acesso mais efetivo. O projeto do novo CPC insere-se também nesse cenário de mudanças, uma vez que um dos seus pilares é a reformulação de técnicas processuais, de modo a abandonar o formalismo excessivo e aproveitar os atos processuais, priorizando a resolução do mérito¹⁰.

2.3 Em busca de uma razoável duração do processo

No decorrer do presente capítulo, foram identificadas algumas importantes ferramentas para a concretização do acesso à justiça no Brasil. Foram destacadas as Leis da Assistência Judiciária (lei 1.060/50), da Ação Popular (lei 4.717/65), da Ação Civil Pública (lei 7.347/85), além da normativa referente aos Juizados Especiais (leis 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09). Acrescente-se, ainda, o advento da Constituição Federal de 1988 e as previsões da inafastabilidade da tutela jurisdicional do Estado (artigo 5º, XXXV), da assistência judiciária integral aos necessitados (artigo 5º, LXXIV) e da tutela do consumidor, além do fortalecimento e reestruturação do Ministério Público.

Esse conjunto de normas, aliado a fatores de ordem diversa, favoreceu o aumento do demandismo no Brasil. Em que pesem os incontestáveis benefícios da expansão, o Judiciário demonstrou não estar preparado para absorvê-la. As limitações das técnicas jurisdicionais aliadas à complexidade dos ritos tornaram inviável uma prestação célere e segura frente ao elevado número de ações. Márcio Carvalho Faria¹¹, ao tratar do tema, elucida:

Todos esses incentivos, aliados ao incremento espetacular da tecnologia e o aumento, sobretudo nos países em desenvolvimento, exponencial da população, fizeram com que as comportas do Judiciário, antes funcionando em plena capacidade, encontrassem bloqueios severos na burocracia da máquina estatal, aliada à falta de treinamento dos servidores públicos e de novos instrumentos facilitadores do acesso do jurisdicionado à justiça. Se,

¹⁰ FARIA, Márcio Carvalho. *O Novo Código de Processo Civil...*, ob. cit., p. 263- ss.

¹¹FARIA, Márcio Carvalho. *O acesso à justiça e jurisprudência defensiva nos Tribunais Superiores*, p. 9. Disponível em https://www.academia.edu/3499271/O_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a_e_a_jurisprud%C3%Aancia_defensiva_dos_Tribunais_Superiores_-_Revista_do_Instituto_dos_Advogados_de_Minas_Gerais_v._16, p. 9. Acesso em 10/10/2014, às 22h12min.

até bem tempo, o problema estava no “acessar” a justiça, agora a grande dificuldade está em obter, dela, tutela efetiva, célere, tempestiva e universal.

Acrescentem-se, ainda, as considerações de Carlos Henrique Borlido Haddad¹², para quem a existência de uma “instituição organizacionalmente ultrapassada e incapaz de se inserir em uma sociedade com novas formas de disposição econômica capitalista” é uma das causas do acúmulo e lentidão dos processos.

A morosidade passou, desde então, a representar um dos cerne das discussões em torno da crise que ronda o Judiciário. Nesse contexto, ocorre o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, à qual se atribuiu a denominada “reforma do Poder Judiciário”. Entre as inovações, destacaram-se a criação do Conselho Nacional de Justiça, a alteração do Estatuto da Magistratura, modificações em regras de competência, a repercussão geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, além da inserção do artigo 103-A, referente à Súmula Vinculante. Por ora, insta salientar a inclusão da “duração razoável do processo” no rol de direitos fundamentais (artigo 5º, LXXVIII da CF). A nova garantia constitucional, além de orientar a atuação dos magistrados, levou à criação de políticas legislativas para sua concretização.

Almejando facilitar a fluidez de processos, o legislador ordinário programou uma série de modificações, muitas delas pautadas na vinculação da jurisprudência. Em caráter ilustrativo, cite-se o controvertido artigo 285-A do CPC, que consubstancia uma hipótese de julgamento liminar de mérito. Nesse caso, o não provimento baseia-se na existência de sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Assim, o pleito inicial não chega, sequer, a ser conhecido pelo réu, ressalvada a hipótese de recurso. Mesmo com as atecnia e controvérsias que permeiam a disposição, é inequívoco o intento do legislador em acelerar o trâmite processual. Também a sistemática dos recursos repetitivos (artigo 543-C do CPC), das súmulas impeditivas de recursos (artigo 518, §1º do CPC) e da decisão monocrática do relator (artigos 527, I; 544, §4º e 557 do CPC) objetivam o descongestionamento dos órgãos judiciais. Para os defensores da valorização dos precedentes, como Denise Maria Rodríguez

¹² HADDAD, Carlos Henrique Brolido. As causas da morosidade processual, *in Revista de Processo*, v. 229. São Paulo: RT, 2014, p. 456-ss.

Moraes¹³, essa é uma forma de equilibrar celeridade e segurança, efetivando-se a garantia da duração razoável do processo.

No entanto, não são esses os únicos mecanismos empregados para controlar a demanda. Medidas outras têm sido adotadas, muitas delas de forma ilegítima e desconsiderando valores constitucionais, como o direito à defesa e o acesso à justiça. A questão é agravada no âmbito dos Tribunais Superiores, onde os números são alarmantes. No STJ, por exemplo, foram distribuídos 309.677 processos só em 2013¹⁴ e no STF, no mesmo ano, houve a distribuição de 44.170¹⁵.

O elevado quantitativo faz com que, notadamente nas Cortes Supremas, sejam criados obstáculos estritamente formais ao conhecimento de recursos. Requisitos de admissibilidade, dissonantes da noção de instrumentalidade das formas, são exigidos ao arripio da lei e surpreendem o jurisdicionado. Dessa forma, aniquila-se desde logo a demanda, evitando-se a análise meritória. Na realidade, tais práticas demonstram uma confusão entre o princípio constitucional da duração razoável do processo e a ideia de celeridade. Em suas lições, ensina José Carlos Barbosa Moreira¹⁶:

(...) se uma justiça é lenta demais é decerto uma má justiça, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. Não, contudo, a qualquer preço.

A prática desta jurisprudência defensiva representa um verdadeiro empecilho à ampliação do acesso e da efetividade do Judiciário. Por essa razão, deve ser compreendida e combatida, de modo que, em nome da celeridade, não sejam afastadas garantias constitucionais.

¹³ MORAES, Denise Maria Rodríguez. A uniformização da Jurisprudência como mecanismo de efetivação da garantia do acesso à justiça: uma proposta no Projeto do Novo Código de Processo Civil, in *Revista do Processo*, v. 220. São Paulo: RT, 2013, p. 238.

¹⁴ Dados obtidos nos relatórios publicados anualmente pelo próprio Tribunal, disponíveis em: [<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=244>]. Acesso em 22/10/2014, às 13h00min.

¹⁵ Dados obtidos nos relatórios publicados anualmente pelo próprio Tribunal, disponíveis em: [<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>]. Acesso em: 22/10/2014, às 13h30min.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

3 A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

3.1 Considerações iniciais

A expressão jurisprudência defensiva, cunhada pela doutrina, consiste na “interpretação inadequada dos requisitos de admissibilidade, por intermédio da imposição de restrições ilegítimas, indevidas e ilegais ao conhecimento dos recursos”¹⁷. Em termos mais exatos, significa a criação de uma série de entraves à admissão, sem qualquer embasamento legal, para restringir a apreciação do mérito recursal. Essa postura defensiva macula a atividade jurisdicional, violando princípios constitucionais básicos e causando surpresa ao jurisdicionado.

A conduta evidencia uma tentativa desesperada de descongestionar o Judiciário, que passa por uma verdadeira crise de efetividade¹⁸. O abarrotamento dos órgãos judiciais com um sem número de processos tem levado à secundarização do direito material. O processo, nesse contexto, assume posição protagonista, revelando-se como um fim em si mesmo e perdendo seu caráter instrumental.

Sobre a questão, adverte Márcio Carvalho Faria¹⁹:

De nada adianta um intrincado sistema de garantias procedimentais e uma variada gama de instrumentos processuais (ações coletivas, remédios constitucionais, ações de direito objetivo etc.) se o direito material, principal escopo da ciência processual, não puder ser alcançado.

Interessante notar que esses mecanismos de contenção proliferam-se em um contexto diametralmente oposto às tendências da ciência processual contemporânea. De um lado, vivem-se as ondas processuais da instrumentalidade, do combate ao formalismo excessivo e da teleologia das formas ao mesmo tempo em que, sob outro ângulo, observam-se as técnicas perniciosas de uma jurisprudência defensiva²⁰.

¹⁷JORGE, Flávio Cheim. Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva), *in Revista de Processo*, vol. 217. São Paulo: RT, 2013, p. 13-ss.

¹⁸ Sobre a crise dos Tribunais Superiores, conferir panorama de FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e Tribunais Superiores, *in Revista de Processo*, vol. 209. São Paulo: RT, 2012, p. 105-ss.

¹⁹FARIA, Márcio Carvalho. O Novo Código de Processo..., ob. cit., p. 263- ss.

²⁰ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do projeto de código de processo civil contra a jurisprudência defensiva, *in Revista de Processo*, vol. 233. São Paulo: RT, 2014, p. 123 - ss.

Nos Tribunais Superiores, como apontado nos dados supramencionados, os números são alarmantes e explicam, em parte, a constante utilização dessas táticas. Isso é particularmente preocupante, dadas as funções constitucionais por eles assumidas.

Diante do anacronismo legal, a atuação dos juízes na interpretação do direito ganhou papel de destaque, viabilizando a modernização das normas positivadas e sua adequação às modificações da sociedade. Nesse contexto, tornam-se fundamentais as funções das Cortes, que, através dos recursos excepcionais, conferem proteção ao direito objetivo e uniformizam a jurisprudência. Contudo, com a inflação processual, intensificaram-se os obstáculos aos recursos. A consequência mais drástica é o comprometimento das atribuições constitucionais dos Tribunais Superiores. Sem condições de dar vazão à demanda, opta-se pelo não conhecimento dos recursos, em detrimento da discussão de questões fundamentais e da solução de divergências.

Sobre o tema, conclui Fernanda Mercier Querido Farina²¹:

A “jurisprudência defensiva” é, assim, absolutamente contrária à função essencial dos Tribunais Superiores e, mais do que isso, do próprio processo, que deve servir de meio para realização da Justiça. Ademais, ela não resolve a problemática do abarrotamento dos gabinetes, gerando como efeito somente a má-prestação jurisdicional e o inconformismo das partes.

Por todo o exposto, serão aqui tratadas as práticas defensivas dos Tribunais Superiores, destacando-se aquelas mais conhecidas e recorrentes, que ocasionam o descumprimento das suas funções constitucionais. Antes, porém, torna-se necessária uma breve exposição de questões gerais concernentes ao juízo de admissibilidade, bem como de seus requisitos constitutivos.

3.2 O juízo de admissibilidade

Um recurso pode passar por dois juízos fundamentais: o primeiro, de admissibilidade e o segundo, de mérito.

A ideia básica do juízo de admissibilidade, sempre preliminar ao mérito, é a verificação da possibilidade de se analisar o conteúdo recursal. Para Fredie Didier Júnior e

²¹ FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Jurisprudência Defensiva e a função dos...*, ob. cit., p. 105 - ss.

Leonardo José Carneiro da Cunha²², trata-se de um juízo sobre a validade do procedimento. O seu objetivo, portanto, consiste na análise dos requisitos necessários ao conhecimento do recurso e consequente julgamento do mérito.

Os chamados requisitos de admissibilidade possuem importância fundamental no processo e não constituem exigências vazias. O formalismo contribui para ordenar e disciplinar o processo, evitando que os litígios se transformem em uma disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes. Nesse sentido, ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que²³:

(...) o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador.

Dessa forma, os requisitos de admissibilidade contribuem para a manutenção da ordem processual, não configurando um formalismo-excessivo, ou seja, despropositado. Ao revés, as funções por eles desempenhadas viabilizam a concretização de valores como justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança, compatíveis, pois, com a noção de formalismo-valorativo²⁴.

Alguns dos requisitos necessários ao conhecimento dos recursos devem estar presentes em qualquer espécie recursal e, por isso, são chamados requisitos genéricos, a saber:

²² DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3., 11.ed. Salvador: JusPodvim, 2013, p. 42.

²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: [\[www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm\]](http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm). Acesso em: 22/11/2014, às 15h00min. Para o autor “(...) não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão”. Contudo, alerta ele que, com o tempo, o termo formalismo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, como algo de cunho estritamente negativo.

²⁴ Explica Alvaro de Oliveira, no mesmo texto citado na nota anterior, que é possível que “(...) o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento de mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial”. Daí a noção de formalismo excessivo, em contraposição ao formalismo valorativo, este sim, formado a partir de valores como justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança.

cabimento, legitimidade, interesse, tempestividade, preparo, regularidade formal, além da inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer.

Cada um deles assume uma diferente e relevante função. Pense-se, primeiramente, no cabimento. Este significa a adequação do recurso interposto para atacar uma determinada decisão. Isso se explica pelo fato das modalidades recursais, taxativamente previstas em lei, variarem conforme o tipo de pronunciamento decisório, o órgão do qual foi emanada a decisão e o quórum respectivo. Pelo Princípio da Unicidade, para cada decisão há um (e somente um) recurso cabível. Assim, o cabimento é a correta conexão entre o pronunciamento judicial atacado e o recurso utilizado. Nesse particular, é interessante frisar a aceitação pacífica do Princípio da Fungibilidade²⁵, que representa um abrandamento do requisito em tela.

A legitimidade, por sua vez, delimita os sujeitos que podem se valer da tutela recursal, correspondentes às partes, aos terceiros juridicamente interessados e ao Ministério Público (que pode recorrer como parte ou como fiscal da lei).

O interesse expressa a existência de necessidade e de utilidade do recurso. Algumas situações demonstram a sua importância. Por exemplo, diante de um erro material (o juiz errou os números ao fazer a digitação da sentença) não há necessidade de recurso, pois esse lapso pode ser corrigido mediante solicitação por ofício, utilizando-se de um simples peticionamento. Nessa situação, o movimento da máquina judiciária através da interposição de um recurso mostrar-se-ia completamente desarrazoado, levando à sua inadmissão por falta de interesse recursal. Ainda como demonstrativo, tem-se a Lei de Locações (Lei 8.245/91), que prevê em seu Artigo 68, V, em sede de Ação Revisional, a possibilidade de a parte requerer a reconsideração do aluguel provisório fixado. Enquanto for possível pedir a

²⁵ Segundo Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha, o Princípio da Fungibilidade é aquele que viabiliza a conversão de um recurso em outro, na hipótese de equívoco da parte. Entende a doutrina que, para a sua incidência, são necessários alguns pressupostos: 1) a existência de dúvida objetiva, consistente na necessidade de existir uma dúvida razoavelmente aceita, a partir de elementos objetivos, como são as divergências doutrinárias e a equivocidade de texto da lei; 2) a inexistência de erro grosseiro, verificado este quando não há justificativa da troca de um recurso pelo outro; 3) a observância do prazo do recurso que deveria ter sido interposto. Quanto ao último pressuposto, registre-se que há doutrina divergente (como os autores destacados na nota), que sustenta a sua inadequação, ao argumento de que a imposição poderia resultar no esvaziamento da utilidade do princípio caso os recursos possuíssem prazos distintos. O princípio encontrava previsão expressa no CPC/39. No CPC/73, entretanto, em que pese a inexistência da norma autorizadora, jurisprudência e doutrina – à luz das diretrizes que informam o diploma processual civil - têm entendido pela sua aplicação. (DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 47-48).

reconsideração do valor arbitrado, não haverá interesse na interposição do agravo. Tanto é que o próprio legislador previu a interrupção do prazo para recorrer. Por certo, uma das finalidades da previsão é a de conferir ao julgador a possibilidade de rever sua decisão de uma forma mais célere, sem a necessidade de chegar-se à instância recursal.

No que se refere à tempestividade, significa que a lei fixa prazo para a interposição do recurso. De outro modo não poderia ser, uma vez que, por maior que seja o interesse na apreciação do conteúdo do direito material, é inquestionável a essencialidade da segurança das decisões em um sistema jurídico. O trânsito em julgado confere à decisão o caráter de definitividade, pacificando o conflito formado.

Já o preparo é um requisito complexo, que abrange tanto o pagamento de valores quanto a sua devida comprovação. Possui ele a natureza jurídica de tributo, na espécie taxa. Trata-se, de forma simplificada, de contribuição do recorrente pela utilização dos serviços judiciais.

Mesmo em se tratando do requisito da regularidade formal, é fácil perceber a compatibilidade de algumas exigências com a lógica processual. Assim, justifica-se, por exemplo, tal como lecionam Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha²⁶, que se exija do recorrente:

a)apresentar as suas razões, impugnando especificamente as razões da decisão recorrida; b)juntar as peças obrigatórias no agravo de instrumento; c)juntar, em caso de recurso especial fundado na divergência jurisprudencial, a prova da divergência, bem como transcrever trechos do acórdão recorrido e do aresto paradigma; d) afirmar em tópico ou item preliminar do recurso extraordinário, a existência de repercussão geral; e) formular pedido de nova decisão ou de anulação da decisão recorrida...

As exigências são compreensíveis pelas funções que cumprem. Contribuem para o esclarecimento do julgador, para a sistematização da peça recursal, entre outras finalidades. Não se tratam, portanto, de requisitos formais desprovidos de sentido.

Ainda: o recurso apenas será admitido diante da inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Caso a parte tenha manifestado, livre e conscientemente, aceitação à decisão, renunciado ao direito de recorrer ou desistido do recurso, eventual interposição do remédio culminará na sua inadmissão. Aqui, primou-se pela coerência e boa-

²⁶DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito...* ob. cit., p.67

fé do recorrente, de forma que não seja a contraparte surpreendida por uma mudança em seu comportamento.

Além da observância de requisitos genéricos, o juízo positivo de admissibilidade pressupõe a presença dos requisitos específicos, referentes a cada uma das modalidades. Apenas para exemplificar, o agravo utilizado na hipótese de urgência, por força do artigo 523, parágrafo único do CPC, exige a formação de um “instrumento” (que, inclusive, dá nome à modalidade). Este compreenderá cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e da procuração outorgada ao advogado do agravante. Essas são peças obrigatórias e cuja falta irá ensejar a inadmissibilidade do agravo.

Em regra, no processo civil, a admissão deve ser feita tanto no juízo *a quo* quanto no juízo *ad quem*. Não está o Tribunal vinculado ao juízo positivo realizado em primeira instância. A segunda análise permite, portanto, maior acuidade no tratamento dos recursos, facilitando a peneira da admissibilidade.

Feitas essas breves explicações, é forçoso concluir que os requisitos fixados em lei para o conhecimento de recursos traduzem uma lógica consentânea com a finalidade do processo. Tratam-se, portanto, de exigências compatíveis com o já referido formalismo-valorativo.

Por outro lado, resta evidente que obter o conhecimento de um recurso, junto ao órgão jurisdicional responsável, não se trata de tarefa simples. Além do atendimento de requisitos genéricos, deve-se observar também exigências peculiares à espécie recursal. Ademais, os recursos, regra geral, são submetidos ao duplo exame de admissibilidade, o que torna ainda mais melindrosa a análise.

Não obstante, notadamente nos Tribunais Superiores, a jurisprudência defensiva formada tem tornado hercúlea a pretensão de conhecimento dos recursos excepcionais. Interpretações são realizadas com o nítido intento de conter o avanço de causas. Com isso, criam-se exigências formais (formalismo-excessivo) que escapam à razoabilidade e sem justificativa condizente com o caráter instrumental do processo. Além de complicar o que, por sua própria natureza, já não é simples, faz-se isso ignorando a lei e os objetivos do direito processual contemporâneo. É o que se pretenderá demonstrar a seguir.

3.3 Casuística

3.3.1 Intempestividade do recurso prematuro:

Em diversas ocasiões, STF e STJ julgaram intempestivos recursos interpostos antes do início da contagem do prazo de interposição²⁷. Essa corrente jurisprudencial entende extemporâneo o recurso protocolado tanto antes quanto depois da fluência do prazo. José Carlos Barbosa Moreira²⁸ aponta um dos argumentos usados na tentativa de justificar essa posição. Segundo o autor, argumenta-se que, antes da fluência do prazo, a decisão não existe juridicamente e que, portanto, o recurso prematuro careceria de objeto. Para o autor, contudo, a existência da decisão não é algo que se possa questionar, pois ela existe após a sua proclamação pelo presidente. Entende o jurista que o que se poderia discutir é a sua eficácia, mas conclui que, se o recorrente foi capaz de impugná-la, é certo que já conhece o seu teor e que a finalidade da publicação estaria satisfeita. Assim, há que se inferir que razão não assiste àqueles que preferem obstar o avanço recursal ao fundamento de não ter sido realizada uma formalidade (o ato de publicação), cujo objetivo maior – a ciência da parte - já se verificou.

Ao tratar do tema, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha²⁹ observam que, no ano de 2005, o STF entendeu tempestivo recurso interposto nas condições em comento. Em maio de 2012, inclusive, no informativo nº 665 do STF, fora veiculado acórdão proferido no HC nº 101.132/MA nessa mesma esteira. Neste, a Corte Suprema reviu o antigo posicionamento, de modo a entender como tempestivo recurso interposto antes da publicação da decisão.

Ressaltam os autores que a questão, aparentemente decidida, novamente reverberou no STJ em 2012, quando a Corte voltou a manifestar o antigo entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO NA PENDÊNCIA DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. RECURSO EXTEMPORÂNEO. PRECEDENTES DO STJ E

²⁷ No STF: EDcl no RE 195.859/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.09.1996; EDcl no HC 81.260/ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.06.2002. No STJ: AgRg no AgIn 483.055/SC, rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 17.05.2004; EDcl nos EDcl no REsp 238.127/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 05.04.2004.

²⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos Recursos*. Disponível em: [http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/18eca/18f48/1947a?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0], p. 8-9. Acesso em: 27/10/2014, às 13h45min.

²⁹DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito...*, ob. cit., p.61-62.

STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 161.621, 1.ª T., j. 14.08.2012, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 21.08.2012).

No julgado em ênfase, a interpretação dada à lei se deu de modo a impedir o avanço recursal. A oscilação nos posicionamentos agrava a situação, pois gera no recorrente um sentimento de insegurança, já que não se sabe ao certo qual será posição adotada pelo Tribunal.

3.3.2 Indevida aplicação da Súmula 284 do STF:

Segundo o entendimento sumulado, “é inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. A bem da verdade, não há qualquer inadequação no seu conteúdo. Ao contrário. José Wellington Bezerra da Costa Neto³⁰ aduz que tal exigência é processualmente correta e pode ser estendida a qualquer peça.

Em que pese o acerto da Súmula, STF e STJ passaram a utilizá-la para impedir o conhecimento de recursos, interpretando que a falta de menção expressa às normas constitucionais e legais violadas autorizam a inadmissão. É plenamente possível, porém, que, mesmo sem explicitar o dispositivo legal, o recorrente deduza de forma clara a violação de artigo constitucional ou de lei federal. Nesses casos, a Súmula não deveria ser aplicada, pois não há qualquer deficiência na fundamentação. Nessa esteira, José Rogério Cruz e Tucci³¹:

Suponha-se que, deixando de explicitar o permissivo legal, o recorrente de forma enfática deduz, nas razões recursais, a violação a determinado artigo de lei federal infraconstitucional. É evidente que, neste caso, não há interpretação analógica que autorize a incidência da Súmula 284.

No entanto, não é o que se tem observado. Numerosos julgados demonstram adesão à interpretação restritiva com o inequívoco intento de impedir a admissão do recurso.

Cite-se:

PROCESSUAL CIVIL. (...) RECURSO ESPECIAL FUNDAMENTADO NA ALÍNEA C. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL AO

³⁰COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do Projeto..., ob. cit., p. 123.

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva]. Acesso em: 15/09/2014, às 08h38min.

QUAL FOI DADA INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. (...)

5. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a ausência de indicação dos dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros Tribunais não autoriza o conhecimento do recurso especial, quando interposto com base na alínea c do permissivo constitucional. Incidência da Súmula 284 do STF. (...) (STJ, REsp: 1274551 RS 2011/0206302-1, 2.^a T., j. 11.10.2011, rel. Min. Humberto Martins, DJe: 20.10.2011).

Ainda:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 284 /STF. DANO MORAL AFASTADO. SÚMULA 7 /STJ. REEXECUÇÃO DOS SERVIÇOS. DECADÊNCIA. FLUÊNCIA CONTRA MENOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DISSÍDIO PRETORIANO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 255 , § 2º , DO RISTJ E 541 , PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC . AGRAVO DESPROVIDO. 1. Incide por analogia o óbice da Súmula 284 do Pretório Excelso, do seguinte teor: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". É que o ora agravante, nas razões do recurso especial, não realizou a indicação precisa dos dispositivos de lei federal que teriam sido violados pelo aresto atacado... (STJ, AgRg no Ag 1382479 MG 2011/0009201-2 , 4.^a T., j. 18.08.2011, rel. Min. Raul Araújo, DJe 19.09.2011).

A restrição é, assim, mais uma vez ilegítima, não encontrando guarida na lei e nem mesmo na própria Súmula, cuja finalidade de modo algum se coaduna com a aplicação que lhe tem sido conferida.

3.3.3 A exigência de ratificação do recurso

Trata-se o presente tema de ponto bastante debatido quando se discute a jurisprudência defensiva. José Wellington Bezerra da Costa Neto³² pontua a situação:

(...) proferido acórdão uma das partes contra ele interpõe embargos declaratórios, enquanto a outra, desde logo, o recurso excepcional, extraordinário ou especial. Obviamente que o prazo recursal resta interrompido, também para aquele litigante que desde logo interpusera o recurso extremo (CPC, art. 538, *caput*). A questão que se põe é: julgados os

³²COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do Projeto..., ob. cit., p. 123-ss.

aclaratórios, pode aquele recorrente que desde logo interpusera o recurso excepcional quedar-se silente?

Há julgados no STF e STJ³³ em que foi exigida a ratificação do recurso interposto na pendência de julgamento de embargos de declaração, após a decisão final destes. São três as justificativas comumente apontadas pela jurisprudência para embasar esse entendimento³⁴. Primeiramente, há linha que defende a ocorrência de desistência tácita quando não confirmado o recurso excepcional, a exemplo do que ocorre no agravo retido. Há ainda setores que sustentam que, quando da interposição do recurso extraordinário/especial, ainda não teria havido o esgotamento das instâncias ordinárias. Por fim, e como tendência predominante, aponta-se a existência de intempestividade prévia ou prematuridade do recurso.

A disseminação dessa exigência culminou na edição da Súmula 418 do STJ, segundo a qual “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”. Com esse posicionamento, a jurisprudência inovou na ordem jurídica, criando um ato complexo (interposição do recurso mais a sua confirmação). Assim, se, diante de um acórdão, uma das partes interpõe embargos declaratórios e a outra um recurso excepcional, este apenas será admitido caso, após o julgamento daqueles, haja a ratificação pelo interessado. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PUBLICAÇÃO DOS ACLARATÓRIOS. NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO DE APELO NOBRE INTERPOSTO NA MESMA DATA DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS. SÚMULA 418 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. Ressalvado o entendimento deste Relator expressado no voto proferido no Recurso Especial n. 1.129.215-DF, pendente de julgamento na Corte Especial deste Tribunal, forçoso verificar que ainda permanece hígida a aplicação da Súmula 418/STJ e, por conseguinte, a necessidade de ratificação do recurso especial após a publicação do julgamento dos embargos de declaração opostos no Tribunal de origem (...). (STJ, AgRg no AREsp 545152 MT AgRg no AREsp 2014/0138483-8, 4.^a T., j. 16.10.2014, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23.10.2014).

³³No STF: EDcl no AgIn 697.840/RS, j. 15/03/2011, rel. Ministro Joaquim Barbosa; AgRg no AgIn 712.438/SP, j. 15/09/2009, rel. Ministro Ricardo Lewandowski. No STJ: AgRg no AREsp 356611 GO 2013/0184478-5, j. 19/09/2013, rel. Ministro Mauro Campbell Marques; AgRg no AREsp 506168 SC 2014/0092872-7, j. 03/06/2014, rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

³⁴COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do Projeto..., ob. cit., p. 123-ss.

A posição jurisprudencial em comento viola, flagrantemente, o devido processo legal, a legalidade e a separação dos poderes. A exigência não encontra base legal e significa a criação de um requisito de admissibilidade. Ademais, é possível sustentar a sua inconstitucionalidade pela violação do artigo 22, I, da CF/88, que determina como competência privativa da União legislar sobre direito processual. Nesse diapasão, constata Márcio Carvalho Faria³⁵ que:

(...) a jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente do STJ, ao exigir a “ratificação/reiteração” para o conhecimento dos recursos excepcionais nos casos acima alinhavados, está verdadeiramente criando requisito de admissibilidade não exigido pela legislação processual. (...). A posição ora comentada, dessa feita, padece de equívoco na medida em que, sem qualquer autorização legal, obsta recurso excepcional, violando, assim, o devido processo legal, a legalidade e a separação dos poderes. (...). Dessa forma, a citada exigência é inconstitucional sob a égide formal, por manifesto vício de competência, violando, fora de dúvida, o art. 22, I, da CF/88 retrotranscrito.

Para além das questões afetas à inconstitucionalidade da exigência, a obrigatoriedade de ratificação nem sempre é razoável. Ora, é possível que o julgamento dos aclaratórios em nada altere a decisão recorrida, o que torna a restrição injustificável.

Em suma, seja pela inconstitucionalidade, seja pela falta de razoabilidade, o posicionamento é mais um reflexo da jurisprudência defensiva nos Tribunais Superiores.

3.3.4 O excessivo rigor no preenchimento das guias de preparo

O preparo, como referido outrora, corresponde à taxa pelo serviço judicial a ser prestado. Por tratar-se de ato complexo, o requisito apenas terá sido observado com a juntada do comprovante respectivo. A falta do pagamento e/ou de sua comprovação culmina(m) na deserção do recurso. Contudo, o legislador previu, no artigo 511, §2º da lei processual civil, a possibilidade de complementação do preparo, no prazo de cinco dias, caso insuficiente.

Se a previsão legal possibilita completar o pagamento que, afinal, é o objetivo maior, quiçá sanar meras irregularidades no preenchimento das guias comprobatórias. Esse entendimento se compatibiliza com a instrumentalidade das formas e rechaça formalismos vazios do sistema.

³⁵FARIA, Márcio Carvalho. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais, *in Revista de Processo*, v. 167. São Paulo: RT, 2009, p. 250-ss.

Os Tribunais Superiores, porém, muitas vezes, não manifestam adesão a essa linha interpretativa. Além de serem feitas exigências descabidas, não é concedido o prazo para sanatória, ignorando-se a possibilidade aventada pelo artigo 511, §2º do CPC. Márcio Carvalho Faria³⁶ trata de situações em que as exigências criadas afastam-se de qualquer parâmetro de razoabilidade, como a que segue:

O STJ, em vários julgados (a despeito de essa exigência não constar do art. 41-B da Lei 8038/1990), tem considerado que o preenchimento do número do processo, se feito à mão pelo recorrente, não teria validade, pois, supostamente, não haveria a possibilidade de se provar que a GRU constante dos autos não foi utilizada, indevidamente, em outros processos. (...). Entende o STJ, como se viu, que como não é possível provar, com integral certeza, que a guia não foi “re-utilizada”, entende-se que teria sido, e aí é ceifada mais uma pretensão recursal. (...) *Cum permissa vênia*, tais premissas são tênues. *A um*, pois a má-fé não se presume, devendo ser provada no caso concreto; *a dois*, não há, nem na lei nas resoluções do STJ, nada que vede a anotação do número do processo à mão, sendo tal exigência ilegal; *a três*, porque com o elevado grau de evolução tecnológica, o simples fato de uma guia de preparo ter sido preenchida digitalmente não impede a ocorrência de fraudes; *a quatro*, porque, como bem definiu a Min. Eliana Calmon, nos EDcl no AgRg no AgIn 977.745/PR, “esta Segunda Turma decidiu afastar a exigência de conter a Darf o número do processo a que se refere, por que não possibilidade de fraude, já que o original se encontra no processo respectivo”; *a cinco*, porque “mesmo não sendo indicado o número do processo, o valor é recolhido aos Cofre do Estado, sendo cumprido o objetivo”; e *a seis*, porque “apesar da relevância da Res. 141/2006, é suficiente a comprovação do porte de remessa e retorno.

Além da formalidade supra relatada, a não indicação do número do processo na guia de recolhimento, igualmente, já oportunizou a inadmissão de recursos. Cite-se:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – PREPARO IRREGULAR – RESOLUÇÃO N. 12/2005 DO STJ.

1. “Nos termos das Resoluções 20/2004 e 12/2005 do Superior Tribunal de Justiça, o número do processo deve constar obrigatoriamente no DARF (Documento de Arrecadação de Receitas Federais) ou na GRU (Guia de Recolhimento à União), sob pena de deserção. Precedentes.” (REsp 961.205/GO, Min. Eliana Calmon DJ 18.4.2008) (...). (STJ, AgRg no REsp 1079183 SC 2008/0172437-4, 4.ª T., j. 04.05.2010, rel. Min. Humberto Martins, DJe 25.05.2010).

³⁶FARIA, Márcio Carvalho. O formalismo exacerbado quanto ao preenchimento de guias de preparo ainda a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, *in Revista de Processo*, vol. 193. São Paulo: RT, 2011, p. 231-ss.

Por todo exposto, também aqui é possível perceber claramente os objetivos de todo esse rigorismo. Além da imposição de um conjunto de exigências estritamente formais, que surpreendem o recorrente, nega-se a incidência do Artigo 511, § 2º do CPC, restando inviabilizada a correção de vícios sanáveis.

3.3.5 Ofensa direta ou reflexa à Constituição Federal?

O recurso extraordinário é cabível, em linhas gerais, diante de decisão que contrarie, frontalmente, normas da Constituição Federal. Já o recurso especial caberá quando a contrariedade da decisão recorrida se der, diretamente, à lei federal. Em outros termos, o cabimento do recurso extraordinário dependerá da existência de uma ofensa direta ao texto constitucional, ao mesmo tempo em que, no recurso especial, é imprescindível a demonstração, em primeiro plano, de uma ilegalidade. Essa é, inclusive, a interpretação extraível da Súmula 636 do STF.

Nesse sentido, recente julgado do STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. MAGISTÉRIO MUNICIPAL. PLANO DE CARREIRA. REENQUADRAMENTO NA ÚLTIMA CLASSE: INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. ALEGADA CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: NECESSIDADE DE ANÁLISE PRÉVIA DE PROVAS E DE MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (STF, ARE: 840736 RS, j. 19.10.2014, rel.: Min. Cármen Lúcia, DJe 29.10.2014).

Ocorre que nem sempre é perceptível, de forma clara e evidente, a (in)existência de uma ofensa reflexa à Constituição. Essas incertezas que pairam sobre os intérpretes podem existir também entre os Ministros dos Tribunais Superiores. Para citar um exemplo, as discussões pertinentes ao artigo 56 da Lei 9430/1996, que revogou a isenção da Cofins concedida às sociedades civis de profissionais, eram concebidas no plano da legalidade. Dessa forma, recursos extraordinários sobre o tema eram inadmitidos. Contudo, a partir de meados de 2008, o STF alterou a sua posição primeira, passando a entender a questão como afeta, diretamente, à Constituição³⁷.

³⁷ Nesse sentido, cf. FARIA, Márcio Carvalho. O Novo Código de Processo..., ob. cit., p.263-ss.

As imprecisões quanto à configuração ou não de violação direta à norma constitucional acabam por criar “outra poderosa arma de que dispõem as vias excepcionais no *fuzilamento* dos recursos excepcionais”³⁸.

Havendo divergências, o recorrente acaba por interpor ambas as espécies, o que gera duplicação de trabalho e de gastos, pois, o Judiciário deverá se manifestar sobre a admissibilidade de mais recursos; o advogado tem seu trabalho duplicado e o recorrente arca com as despesas. O ônus, portanto, é suportado por todos.

3.3.6 Os entraves à obtenção de prequestionamento

A falta de parâmetros claros na averiguação do prequestionamento é mais uma manifestação da jurisprudência defensiva.

Nesse particular, o presente trabalho propõe uma análise mais fecunda, de modo que seja possível compreender as reais dificuldades do recorrente ao pretender demonstrar o prequestionamento da matéria recursal. À questão será conferido tratamento específico no capítulo subsequente.

³⁸ *Idem, Ibidem*, p. 263-ss.

4 O PREQUESTIONAMENTO

4.1 Breve panorama histórico

O Recurso Extraordinário³⁹ surge, no direito brasileiro, a partir do Decreto 848 de 24 de outubro de 1890, com influência precípua do *writ of error* do direito americano⁴⁰. A origem do recurso, tal como de seu precursor, pode ser associada ao desenvolvimento do federalismo no país. A constituição de unidades autônomas como os estados, com suas próprias estruturas administrativas, políticas e judiciais, resultou na necessidade de criação de um instrumento unificador do direito positivo e da interpretação das leis. De fato, a produção normativa dos entes estatais é vasta, o que pode levar a colisões dentro do sistema jurídico. Por outro lado, a distribuição do Poder Judiciário em tribunais estaduais gera ampla variedade de interpretações dentro do Direito. Por essas razões, tornou-se necessária a criação do recurso extraordinário, que, à época, era utilizado para a guarda da lei federal entendida em sua generalidade, isto é, abarcando tanto a Constituição quanto a lei federal em sentido estrito.

Em 1891, o recurso em tela ganhou natureza constitucional, sendo tratado na Carta Republicana, em seu artigo 59, §1º, que determinava:

Das sentenças das justiças dos estados em última instância haverá recurso para o STF: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis e atos dos governos dos estados em face da Constituição Federal e a decisão considerar válidos esses atos e essas leis impugnadas.

A norma previa, de forma expressa, a necessidade de *questionamento* da matéria federal, além do pronunciamento do órgão julgador, a seu respeito, na decisão. A expressão foi repetida pelas Cartas de 1934 e 1937, o mesmo não se observando em relação à de 1946. A supressão ocorreu na primeira hipótese de cabimento, o que levou parte da doutrina a entender pela dispensa do requisito. A Constituição seguinte, promulgada em 1967, agravou a controvérsia, pois omitiu o termo também na segunda hipótese. Em que pesem as alterações e

³⁹Essa nomenclatura, contudo, veio apenas mais tarde, a partir do primeiro regimento do STF, de 08 de fevereiro de 1891, recebendo adesão pela lei em 1894.

⁴⁰MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: RT, 5.ed., 2009, p. 34.

as vozes em contrário⁴¹, a jurisprudência majoritária permaneceu firme no sentido de exigência do prequestionamento.

A Constituição Federal de 1988 imprimiu importantes modificações na sistemática recursal do STF. Não se pretendendo, por ora, tratar da questão, destaque-se apenas o desmembramento do recurso em análise nas modalidades especial e extraordinário. Para tanto, houve a criação do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela inteireza da lei federal e uniformidade de sua interpretação. O STF assume, a partir daí, a função de Corte Constitucional e o recurso extraordinário passa a versar, exclusivamente, sobre matérias dessa natureza.

Não obstante as alterações, na Constituição Cidadã, o termo *questionar* permaneceu omitido, o que enseja, ainda hoje, algumas das controvérsias referentes ao tema.

4.2 Controvérsias

A análise do prequestionamento é tarefa das mais desafiadoras. A falta de consenso doutrinário e jurisprudencial é uma constante e se faz sentir sobre diversos aspectos, abarcando desde sua definição, passando pela discussão quanto à natureza jurídica, (in)constitucionalidade e desaguando nas diversas aplicações a ele conferidas.

Tamanho dissenso induz o intérprete mais atento à seguinte indagação, já realizada por Cassio Scarpinella Bueno⁴²: “O prequestionamento é mesmo um dado de direito positivo ou faz parte, ele também, de um ‘complô’ dos Tribunais Superiores em prol da redução do número de recursos que batem às suas portas?”. Em outros termos, trata-se essa confusão generalizada de mais um reflexo da jurisprudência defensiva? É o que se pretende, no momento, investigar.

4.2.1 Polissemia

Quando se trata de prequestionamento, os problemas iniciam-se já com a sua definição. Tanto doutrina quanto jurisprudência, inúmeras vezes, apresentam critérios

⁴¹ Segundo Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim, entendiam pelo fim da exigência do prequestionamento vozes autorizadas como Pontes de Miranda e Pedro Baptista Martins: ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Recurso Especial e prequestionamento, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: RT, 1997, p. 166.

⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo...*, ob. cit., p. 9.

disformes para sua caracterização. Segundo Márcio Carvalho Faria⁴³, entende-se como prequestionada, de forma majoritária, a matéria que tenha sido ventilada na decisão da instância inferior. Esse posicionamento decorre da interpretação dos artigos 102, III e 105, III da atual Constituição, que empregam a expressão “causas decididas”. Por outro lado, aduz o autor, “há quem considere, ainda que de forma diminuta, o prequestionamento como ato das partes, na medida em que são elas quem apresentam as questões a serem dirimidas pelo Judiciário”⁴⁴. Como última vertente expressiva, tem-se aqueles que conjugam ambos os entendimentos, defendendo a necessidade de que a decisão resolva a questão constitucional/federal que tenha sido previamente suscitada pelas partes.

Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha⁴⁵ e Cassio Scarpinella Bueno⁴⁶ sustentam a tese dominante, de acordo com a qual, como anteriormente frisado, o prequestionamento consiste na manifestação expressa do órgão *a quo*, sobre determinado tema, no aresto recorrido. Segundo os autores, essa conclusão decorre da interpretação das normas constitucionais (artigos 102, III e 105, III, CF), que não fazem qualquer menção à necessidade de invocação pelas partes. Nesse diapasão, também Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim⁴⁷, para os quais “afigura-se suficiente, para que se repute preenchido o requisito do prequestionamento, que a questão federal tenha sido tratada no acórdão recorrido”.

José Miguel Garcia Medina⁴⁸, embora concorde que a exigência constitucional limita-se ao tratamento da questão constitucional/federal na decisão recorrida, diverge quanto à utilização do termo prequestionamento. Para o autor, a terminologia é inadequada, uma vez que “(...) se a questão constitucional ou federal deva estar na decisão recorrida, logicamente o prequestionamento deve ocorrer antes...”. Assim, entende que prequestionar é a atividade prévia realizada pelas partes, com o fito de provocar o judiciário a manifestar-se sobre o tema. Conclui asseverando que o prequestionamento seria, então, mera decorrência do princípio

⁴³FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento?, in *Revista de Processo*, v. 211. São Paulo: RT, 2012, p. 143-ss.

⁴⁴*Idem, ibidem*, p. 143-ss.

⁴⁵DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito...*, ob. cit., p.278.

⁴⁶BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo...*, ob. cit., p. 4.

⁴⁷ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e prequestionamento..., ob. cit., p. 166.

⁴⁸MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e...*ob. cit., p. 117.

dispositivo. Nesse particular, Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha⁴⁹ advertem sobre a consagração da nomenclatura, inferindo, em razão disso, que não convém substituí-la por outra, o que, de fato, apenas somaria mais uma dificuldade ao assunto.

Além da problemática atinente à definição, há inúmeras classificações de prequestionamento, comumente propagadas pela doutrina e jurisprudência, sem que se tenha uma delimitação precisa do significado de cada uma. Prequestionamento implícito, explícito, numérico, ficto e duplo são os exemplos mais corriqueiros de denominações empregadas. Uma vez mais, a falta de parâmetros claros impera. Márcio Carvalho Faria⁵⁰ atenta para a importância dessas classificações, pois podem elas interferir diretamente no juízo de admissibilidade, já que:

(...) alguns julgadores consideram válida a ocorrência de prequestionamento implícito, admitindo os recursos que assim se apresentarem; outros, porém, somente admitem o recurso excepcional se ele contiver o prequestionamento explícito.

A diferenciação entre prequestionamento explícito e implícito é das mais controversas. Para alguns setores, no primeiro caso, a decisão recorrida conta com a tese jurídica que se pretende ver apreciada, além dos dispositivos supostamente violados. Nesta linha, o prequestionamento será implícito quando o acórdão, apesar de resolver dada questão constitucional/federal, não explicitar as normas transgredidas. Já para uma segunda vertente, o critério da classificação em análise está pautado no enfrentamento da tese jurídica. De acordo com esse viés, estando a causa efetivamente decidida, estará presente o prequestionamento explícito, pouco importando a consignação da norma jurídica. A indicação do dispositivo seria, aqui, apenas um *plus*, do qual decorre a acepção “prequestionamento numérico”. Os adeptos desse entendimento têm como implícito o prequestionamento resultante das decisões em que, embora não tenha sido abordada, seja possível extrair a tese por questões de “ordem lógica e jurídica”⁵¹.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 279.

⁵⁰ FÁRIA, Márcio Carvalho. *Ainda há motivos...* ob. cit., p. 163-ss.

⁵¹ Márcio Carvalho Faria explica: “Imagine-se determinada ação declaratória na qual a Fazenda Pública Estadual considera o particular contribuinte de ICMS, por ter realizado, segundo ela, determinada “circulação de serviços”, fato gerador do tributo estadual acima citado. Por outro lado, em sua defesa, o suposto contribuinte reconhece a prática dos atos levantados pela Fazenda, contudo considera que os mesmos não se encaixam na tributação estadual, mas, apenas e tão somente, na atividade de “prestação de serviços”, fato gerador de outro

Ainda mais controverso é o debate pertinente à (in)admissão do prequestionamento ficto, que se considera ocorrido pela mera interposição de embargos de declaração, independentemente de êxito no seu julgamento. Sem a intenção de exaurir o tema neste momento, que será tratado em tópico específico, a sua aceitação decorre de interpretação da Súmula 356 do STF, em contraposição à Súmula 211 do STJ. Aqui, porém, a discussão reside na plausibilidade de sua aplicação, não se verificando problemas maiores quanto à dualidade de sentidos.

O prequestionamento duplo, por sua vez, ocorre quando a decisão recorrida versar, de forma concomitante, sobre matérias de cunho constitucional e legal. Nessa situação, deverão ser interpostos, simultaneamente, os recursos extraordinário e especial, sob pena do recorrente não ter conhecida a pretensão recursal.

Tantas discordâncias, imprecisões e sentidos afetam, frontalmente, ao jurisdicionado, que poderá ver seu recurso não conhecido em meio ao dissenso.

4.2.2 (In) Constitucionalidade?

No panorama histórico apresentado, relatou-se que a Constituição de 1988 manteve omissa o termo *questionar*, encontrado na primeira Carta Republicana, lançando mão apenas da expressão *contrariar*. *Ipsis litteris*, dispõem as normas referentes aos recursos excepcional e especial:

- 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.

tributo, o ISSQN, de competência municipal. Em primeiro grau de jurisdição, o juiz rejeita a pretensão fazendária, considerando tratar-se de obrigação tributária municipal e, por consequência, condena-a pagar, ao particular, as verbas sucumbenciais definidas em 20% do valor da causa. Inconformada, a Fazenda Estadual interpõe apelação, questionando não só o próprio mérito da causa como, pela eventualidade, a suposta pesada condenação sucumbencial. Quando da decisão, o tribunal nada assevera acerca da competência tributária, dando-se parcial provimento ao recurso fazendário para reduzir, pela metade, a sucumbência. Nesse caso, considerar-se-ia que a questão atinente à competência tributária restou implicitamente decidida, pelo que “prequestionada”, de forma implícita, estaria eventual ofensa ao art. 155 da CF/1988 (LGL\1988\3), por exemplo”. FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para..., ob. cit., p.163-ss.

(...)

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. (...)

A supressão, já observada na Carta Maior de 1967, manteve aceso o debate acerca da constitucionalidade do prequestionamento, que não deixou de ser exigido pela jurisprudência. Na realidade, nem mesmo a legislação infraconstitucional faz menção expressa, o que ocorre apenas nas súmulas dos Tribunais Superiores.

Como se pôde notar a partir dos trechos em ênfase, o Constituinte pontuou a necessidade de estar-se perante “causas decididas”, o que gerou discussões, inicialmente, acerca da admissibilidade de recurso extraordinário e do recurso especial quando o acórdão recorrido houvesse sido proferido em sede de agravo. A polêmica, porém, foi dirimida pela súmula 86 do STJ e, desde então, a expressão passou a ser empregada de forma ampla.

As dúvidas, porém, não findaram neste ponto. Mais que isso, cumpre investigar se é plausível interpretar “causas decididas” como algo equivalente a “prequestionamento”. Em resposta, Cassio Scarpinella Bueno⁵² aduz que:

Se a resposta a esta inquietação for positiva, imediato verificar que, por prequestionamento, só se pode entender aquilo que foi decidido pela decisão recorrida, impertinente para tanto a iniciativa dos litigantes, embora sua participação possa ser decisiva acerca do que deve ser decidido, toda a vez que a matéria (a causa) não puder ser examinada de ofício (...)

Por todo o exposto, é forçoso concluir que a (in)constitucionalidade do prequestionamento dependerá dos contornos a ele conferidos. Se for definido como o enfrentamento da questão constitucional/federal pela decisão recorrida – posicionamento que corresponde à vertente majoritária -, então, não haverá qualquer vício na sua exigência. Se o

⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo...*, ob. cit., p. 13.

termo, por outro lado, exprimir atividade realizada pelas partes, faltará guarida na Carta Maior.

4.2.3 Natureza Jurídica

Outro ponto obscuro pertinente ao prequestionamento é o que se refere à sua natureza jurídica.

Para alguns, deveria ser considerado como requisito autônomo de admissibilidade dos recursos excepcionais, como são o preparo e a tempestividade. Comungam desse entendimento Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim⁵³, para os quais:

De acordo com a classificação proposta por Barbosa Moreira, que divide os requisitos de admissibilidade dos recursos em intrínsecos e extrínsecos, podemos classificar o prequestionamento como sendo um requisito intrínseco de admissibilidade.

José Miguel Garcia Medina⁵⁴, de outro modo, entende que o prequestionamento não se trata de requisito necessário ao conhecimento dos recursos extraordinário e especial, concebendo-o como atividade realizada pelas partes para provocar o órgão jurisdicional a pronunciar-se sobre determinada questão. Na realidade, como fora demonstrado no item 4.2.1, o autor confere outro sentido à expressão. Assim, assevera que o que é imprescindível à admissão dos recursos excepcionais é o enfrentamento de questão constitucional/federal na decisão recorrida (e isso, segundo suas lições, difere do prequestionamento, que é algo anterior, afeto ao princípio do dispositivo). Conclui que certos pressupostos específicos dos recursos excepcionais encaixam-se nos requisitos genéricos, a exemplo da necessidade de embate da questão constitucional/federal no aresto recorrido, que seria inerente ao cabimento:

(...) o recurso extraordinário é cabível em relação às decisões proferidas em causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal, ou encartar-se em alguma outra hipótese de cabimento prevista para ele na Constituição Federal (art. 102, III, a, b, c e d). Ora, quer quanto um, quer quanto a outro recurso, está-se falando de um único requisito de admissibilidade, ou seja, o cabimento.

⁵³ ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e prequestionamento..., ob.cit., p. 164.

⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e...* ob. cit., p. 125 e 224.

A partir da análise de julgados do STF e do STJ, é possível observar a forte tendência em considerar o prequestionamento como requisito autônomo de admissibilidade⁵⁵:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS PROTETATÓRIOS. MANUTENÇÃO DA MULTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. (...)

II – Não tendo havido manifestação, pelo Tribunal a quo, a respeito das questões tratadas no recurso especial, é inadmissível o especial pela ausência do indispensável requisito do prequestionamento.

Incidência da Súmula 211 (MIX\2010\1463) do STJ (...). (STJ, AgRg nos EDcl no Ag 816.750/MG, 3.^a T., j. 11.11.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 19.12.2008).

Ante o demonstrado, há que se verificar na natureza jurídica mais um dos aspectos polêmicos que permeiam o prequestionamento.

4.2.4 O prequestionamento numérico

Há prequestionamento numérico quando a decisão recorrida, além de tratar da questão constitucional/federal, indica, de forma expressa, a disposição normativa violada. A controvérsia, nesse particular, reside em saber se é fundamental essa explicitação ou se, para a configuração do prequestionamento, basta que a tese tenha sido ventilada no acórdão.

Para negar a exigência, aduz-se que não é esse um dos requisitos elencados pelo Constituinte, que se limitou a exigir o enfrentamento da questão na decisão recorrida. Sendo assim, é possível que o tema constitucional/federal seja devidamente colocado e apreciado, sem que, contudo, seja mister a citação do artigo de lei. A menção favorece a clareza de ideias, permite o imediato cotejo entre razões e contrarrazões, além de outras vantagens. Mas se o que realmente importa é o conteúdo do pronunciamento do julgador, o silêncio sobre a lei aplicável ou, inclusive, o equívoco na sua indicação, não poderia autorizar a inadmissão dos recursos excepcionais. Nesse sentido, Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim⁵⁶ ao discorrerem sobre o recurso especial:

Não nos parece encontrar espeque no texto constitucional o entendimento que exige que o acórdão local haja feito menção expressa ao dispositivo de

⁵⁵FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos...ob. cit., p. 163-ss.

⁵⁶ ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e prequestionamento..., ob. cit., p. 166.

lei federal dado por ofendido. Doutra parte, conversamente, insuficiente para o conhecimento do especial a menção, *en passant*, ao dispositivo de lei federal que se pretende tenha ofendido, sem que tenha havido efetivo pronunciamento do tribunal local sobre a questão federal.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, os ministros do STF e do STJ têm se mostrado tendentes à transposição dessa barreira formal⁵⁷. Algumas orientações oscilantes, contudo, já foram identificadas e aludem, inevitavelmente, à jurisprudência de obstáculos que se formou, há algum tempo, nos Tribunais Superiores. Nesta linha, julgado de relatoria do, à época, Ministro do STF Eros Grau: “Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação” (STF, AgRg RE 449.137, 2ª T., j. 26.02.2008, rel. Ministro Eros Grau, DJe 04.04.2008)⁵⁸.

4.2.5 O alargamento funcional dos embargos de declaração

De acordo com o artigo 535 do CPC, são cabíveis embargos de declaração diante de decisão obscura, contraditória ou omissa. Constitui, portanto, importante instrumento para o controle da atividade jurisdicional, passível de falhas e incompletudes. A espécie recursal possui relevante papel no que concerne à obtenção do prequestionamento, pelo que merece particular atenção.

Pode acontecer que uma determinada questão constitucional/federal tenha sido suscitada pelo recorrente, atento ao princípio do dispositivo, nas razões recursais, sem a consequente contrapartida do órgão julgador que, em que pese a provocação, permaneceu silente diante da problemática. Na hipótese, a ausência de pronunciamento judicial sobre a violação alegada obstaculiza o cabimento do recurso extraordinário/especial. Isso porque os recursos excepcionais têm lugar perante causas decididas, quando na decisão recorrida for identificável alguma das hipóteses previstas na Constituição. Caso isso não se verifique, não estará satisfeito – para a corrente predominante – o prequestionamento, fazendo-se necessária

⁵⁷ De acordo como José Miguel Garcia Medina, “(...) com o advento da Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça passou a preterir tal exigência, entendimento este que, depois, passou a ser acolhido também pelo Supremo Tribunal Federal”. E complementa: “Não há, no entanto, constância absoluta quanto a essa orientação”. MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e ...*, ob. cit., p. 169-170.

⁵⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e ...*, ob. cit., p. 170.

a interposição dos aclaratórios. Ademais, estes poderão ser utilizados quando o pronunciamento judicial tiver se omitido no tocante à matéria de ordem pública (cuja análise pode ocorrer *ex officio*), ainda que a parte interessada não a tenha arguido em um primeiro momento. Nas situações em tela, não há dúvidas. Os embargos declaratórios serão mecanismos idôneos para a obtenção do prequestionamento, pois adequados à correção do *error in procedendo*, conforme se conclui a partir do diploma processual civil⁵⁹.

Não obstante, a compreensão do prequestionamento como ônus das partes tem valorizado sobremaneira a utilização deste remédio. Há corrente jurisprudencial que exige a sua interposição mesmo nos casos em que a questão já foi tratada na decisão sob exame. Por via de consequência, os litigantes que pretendem recorrer às instâncias extraordinárias acabam por fazer uso, irrefletidamente, dos embargos, já que não sabem ao certo qual será o entendimento do Tribunal.

Algumas situações evidenciam a superestima da espécie recursal em comento e, como decorrência disso, sua inadequação. Uma delas é a exigência de interposição dos embargos mediante decisão que enfrentou a questão constitucional/federal, porém sem a provocação das partes e sem violação ao dispositivo. Isso é possível, por exemplo, quando se trata de matéria de ordem pública (art. 267, §3º do CPC), cujo reconhecimento ocorre *ex officio*. Assim, como demonstrativo, ainda que o recorrido não tenha alegado a ilegitimidade do recorrente, o julgador deverá, se for o caso, reconhecê-la. A manifestação das partes, repise-se, não é imprescindível para o julgamento desse tipo de matéria. Dessa forma, a exigência jurisprudencial afronta a lei e a própria Constituição, que não fazem qualquer menção à atuação das partes nesses casos.

A problemática constitucional/federal pode, ainda, surgir no momento da decisão, sendo um vício a esta pertinente, tal como a errônea aplicação de uma norma jurídica. Nessa situação, o debate prévio entre as partes estava impossibilitado pela não configuração da questão, que só veio a ocorrer com o pronunciamento judicial. Também nesta hipótese, trata-se de mero preciosismo do Tribunal entender necessária a incidência do recurso do artigo 535

⁵⁹ Cassio Scarpinella Bueno e José Miguel Garcia Medina comungam desse entendimento.

do CPC⁶⁰. A bem da verdade, os interessados poderiam, de pronto, interpor o recurso excepcional pretendido.

Ante as explicações, é inevitável concluir pela inconstitucionalidade da exigência de interposição dos declaratórios, para fins prequestionadores, quando feita de forma irrestrita. Como se pôde notar nas situações acima, o requisito de admissibilidade prescrito na Carta Maior foi obedecido, não competindo à jurisprudência criar outros obstáculos. Nesse particular, esclarecedora a lição de José Miguel Garcia Medina⁶¹:

(...) não se pode exigir a interposição de embargos de declaração quando a decisão recorrida já aborda questão constitucional ou federal – e, portanto, já é cabível o recurso extraordinário ou especial. A orientação jurisprudencial ora analisada, desse modo, é contrária à própria Constituição Federal, pois exige mais que a alegação de contrariedade à lei federal para a admissibilidade do recurso especial, e não bastasse, contraria também o disposto no artigo 535 do CPC, pois acaba-se exigindo a interposição de embargos de declaração em hipóteses não referidas naquele preceito legal.

4.2.6 Súmula 356, STF X Súmula 211, STJ

Questão das mais polêmicas é a tocante à aceitação ou não do chamado prequestionamento ficto. Doutrina e jurisprudência aplicam a expressão aos casos em que a matéria constitucional/federal não foi discutida na decisão e, ainda, assim, entende-se estar a mesma prequestionada. Trata-se, pois, de uma ficção jurídica empregada nos casos em que, apesar da oposição de embargos declaratórios, o julgador permanecer silente quanto à questão.

Tal entendimento decorre da interpretação, *contrario sensu*, extraída, por parte da jurisprudência, a partir da Súmula 356 do STF, que consigna: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Entende-se, a partir da inversão do entendimento sumulado, que bastaria à admissão do recurso extraordinário a interposição dos embargos. Essa compreensão, todavia, parece divergir diametralmente do conteúdo da Súmula 211 do STJ, de acordo com a qual: “Inadmissível o recurso especial quanto à questão

⁶⁰ Em algumas ocasiões, contudo, essa exigência tem sido observada na jurisprudência, tal como: STF, RE 275664-DF, j. 03.08.2004, rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 20.08.2004.

⁶¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e...*, ob. cit., p. 288.

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

As súmulas em ênfase instauram, pois, uma das maiores controvérsias atuais do direito brasileiro, advindas, curiosamente, dos órgãos que deveriam zelar pela sua unificação interpretativa.

A dissonância se faz sentir, igualmente, no âmbito doutrinário. Para Cassio Scarpinella Bueno⁶², os dois entendimentos traduzem, como pano de fundo, a discussão quanto à importância da atuação das partes na configuração do prequestionamento. De acordo com o autor, a súmula da Corte Suprema prioriza o papel do recorrente, que suscitou a questão perante o juízo, embora este possa não ter se manifestado. Por outro lado, a posição consignada na súmula 211 do STJ se coaduna com a compreensão do prequestionamento como o conteúdo da decisão a ser impugnada. Por essa razão, apesar das ressalvas, o autor coloca-se favoravelmente a esta última.

Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha⁶³, de outro modo, mostram-se simpatizantes com a interpretação mais amena do enunciado 356 do STF. Para os autores, essa compreensão não submete o cidadão aos arbítrios do Tribunal recorrido, que “(...) com sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias”. Advertem, ainda, da sedutora concepção encampada pelo STJ, mas que secundariza o julgamento de mérito e resulta na inadmissão do recurso excepcional.

José Miguel Garcia Medina⁶⁴, por outro ângulo, entende inexistir contrariedade entre os dois conteúdos sumulares. Segundo sua tradução, a súmula 356 do STF apenas determina que o ponto omissivo não pode ser objeto de recurso extraordinário, não obstante a interposição de embargos de declaração. E complementa:

(...) embora não seja cabível o recurso extraordinário com fundamento na questão omitida, persistindo a omissão do acórdão proferido pelo Tribunal local, haverá vício de atividade, e por isso será possível a interposição de recurso extraordinário.

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do ...*, ob. cit., p 4.

⁶³ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 282.

⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e...*, ob. cit. , p. 297.

Diante de tamanho dissenso, o jurisdicionado não tem outra saída que não se atentar à tendência majoritária de cada corte. Pretendendo ver seu recurso especial admitido, deverá, no caso de interposição de aclaratórios sem a esperada correção da omissão, interpor recurso especial com fulcro na violação do artigo 535, II do CPC. Se, por outro lado, objetivar o conhecimento do recurso extraordinário, será bastante a interposição dos embargos de declaração perante o órgão *a quo*.

O maior problema verificado na presente discussão reside, uma vez mais, na falta de parâmetros claros na condução do prequestionamento, o que resulta na inadmissão de inúmeros recursos e, conseqüentemente, no prejuízo das atribuições constitucionais das Cortes. Por todo o exposto, há que se observar no prequestionamento⁶⁵:

(...) uma das válvulas de escape dos tribunais superiores, que se valem dele para deixar de julgar 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.

4.2.7 O voto vencido

Prescreve a súmula 320 do STJ que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”. Assim, entende-se que, se a questão constitucional/federal não constar do voto condutor, deve o recorrente interpor embargos de declaração. Nesse sentido:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA DEDUZIDA SOMENTE NO VOTO VENCIDO. INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NECESSIDADE. 1. O suprimento do efetivo prequestionamento exige que o tema controverso, a ser apresentado na via especial, tenha merecido regular enfrentamento pelo acórdão recorrido. (STJ, REsp. 525.790-RS 2003/0029582-3, 1.ª T., j. 07.10.2003, rel. Min. José Delgado, DJ 24.11.2003).

O tema não é, contudo, pacífico. A discussão travada, principalmente na doutrina, procura investigar se o voto vencido é parte componente do acórdão e se, assim, a questão constitucional/federal apenas nele ventilada seria suficiente para configurar o prequestionamento.

⁶⁵DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 284.

Favoravelmente ao conteúdo sumulado, Leonardo José Carneiro da Cunha⁶⁶ elucida que o julgamento difere do acórdão. Explica que, colhidos os votos integrantes do órgão julgador, ocorre o julgamento, que será reduzido a escrito, transformando-se em acórdão. Conclui, portanto, que este é a materialização do julgamento, consistindo na consignação da solução apontada para o caso. Em termos precisos:

Na verdade, o termo acórdão provém do verbo acordar, que significa resolver de comum acordo, concordar, chegar a um acordo. O acórdão nada mais é do que a concordância de várias pessoas sobre determinada questão. Vale dizer que acórdão é o conjunto dos votos vencedores. Nesse sentido, é lícito concluir que o voto-vencido não integra o acórdão; ele está fora do acordo, do consenso a que chegou a maioria.

Diante disso, conclui o autor que, se o prequestionamento significa o enfrentamento da questão constitucional/federal na decisão recorrida, então a discussão desta no voto vencido não é suficiente para fins prequestionadores. Isso porque, de acordo com a vertente acima exposta, o voto vencido não faz parte do acórdão.

Ainda em consonância com esse entendimento, José Manoel de Arruda Alvim Netto⁶⁷, para quem: “Em primeiro lugar, é imperioso repisar o que, preambularmente, registramos, no sentido da imprestabilidade dos fundamentos do r. voto vencido para servir de suporte à impugnação via recurso especial”.

Em sentido contrário, posiciona-se José Miguel Garcia Medina⁶⁸, para quem “o voto vencido integra o acórdão, e aquele que interpõe recurso extraordinário ou especial recorre contra o acórdão em seu todo, e não apenas contra o voto vencedor”.

O debate demonstra duas posições opostas: uma mais restritiva e outra inclusiva. O STJ, por meio da súmula 320, aderiu à vertente que favorece a inadmissão do recurso, o que, novamente, traz à lembrança a nefasta jurisprudência defensiva.

Em suma, as controvérsias supra-anotadas refletem, em maior ou menor escala, a dimensão do problema, nos Tribunais Superiores, quando se trata do prequestionamento. O

⁶⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Prequestionamento e voto vencido*. Disponível em [http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/1103/prequestionamento-e-voto-vencido]. Acesso em: 24/11/2014, às 13h15min.

⁶⁷ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Prequestionamento e voto vencido*, in *Soluções práticas*, v.4. São Paulo: RT, 2011, p. 595-ss.

⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão ...*, ob. cit., p. 281

STF, responsável pela guarda e interpretação da Constituição Federal, mostra-se omissa quanto à solução definitiva desses impasses⁶⁹. Ao revés, em não raras ocasiões, muitas das discussões perpetuam-se no âmbito das Cortes que, ao invés de debelar, criam ainda mais controvérsias. Enquanto silente a Corte Suprema do país, o legislador tem caminhado para dirimir alguns aspectos polêmicos do prequestionamento e combater restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos excepcionais. Nesse sentido, o projeto do novo CPC, ainda sob votação, emerge na tentativa de debelar uma série de problemas que permeia o Judiciário brasileiro, entre os quais, a jurisprudência defensiva. É o que se buscará demonstrar a seguir.

⁶⁹ Cassio Scarpinella Bueno, a esse respeito, aduz: “Impõe-se, assim, mais do que nunca, que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e, pois, do alcance dos arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal diga o que é ou o que deve ser entendido por prequestionamento: se a iniciativa das partes; se o conteúdo da decisão recorrida ou se uma junção destas duas vertentes. Se é pertinente para sua identificação o número do dispositivo constitucional ou legal que se pretende impugnar, em que condições que a decisão deve dizer que está rejeitando as arguições das partes e, enfim, definir quais os parâmetros que devem ser empregados para a verificação de sua ocorrência, aí incluída a necessidade, ou não, e o papel dos embargos declaratórios. Tudo para que os jurisdicionados possam saber, de antemão, se e como podem pretender alcançar as Cortes Superiores para uniformização do direito federal, constitucional e infraconstitucional, nos precisos termos do art. 102, III e 105, III, da Constituição Federal”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo...*, ob. cit., p 31.

5 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO COMBATE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

5.1 Origens, tramitação e principais alterações no combate à morosidade processual⁷⁰

Em 30 de setembro de 2009, o Presidente do Senado Federal instituiu a Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil (CPC). A Comissão foi composta por renomados processualistas, entre os quais, Luiz Fux (presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (relatora), Humberto Theodoro Jr., José Miguel Garcia Medina e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁷¹. A união de esforços para a elaboração de um novo diploma processual civil decorreu, sobretudo, da necessidade de garantir a razoável duração do processo⁷². De fato, há muito, são intensos os reclamos sociais quanto à morosidade da justiça e consequente inefetividade da jurisdição. As reformas implementadas pela EC 45/2004 não foram suficientes à correção dos problemas.

Com o início dos trabalhos, a Comissão identificou três principais fatores da propagação, anos a fio, das causas, correspondentes ao excesso de formalidades do processo, à litigiosidade desenfreada e à prodigalidade do sistema recursal brasileiro⁷³. Reconhecendo-se esses aspectos, as orientações foram elaboradas para combatê-los ou contorná-los.

O Anteprojeto foi apresentado ao Senado Federal em junho de 2010, onde seguiu com a denominação PLS 166/2010, passando por revisões e discussões que envolveram toda a sociedade civil e permitiram a sua democratização⁷⁴. A aprovação ocorreu em dezembro do mesmo ano, sendo seguida do envio à Câmara dos Deputados. Na casa revisora, o projeto passou a ser identificado como PL 8046/2010 e foi aprovado substitutivo em março de 2014.

⁷⁰ Os artigos do projeto do CPC mencionados no decorrer deste trabalho foram extraídos do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), datado de março de 2014. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=97CC6FC40C3B6AB43F9FBD9F4933583D.proposicoesWeb2?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010]. Acesso em: 17/11/2014, às 16h00min.

⁷¹ Ainda: Adroaldo Furtado Fabrício, José Roberto dos Santos Bedaque, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinícius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

⁷² FUX, Luiz. O Novo Processo Civil, in FUX, Luiz (coord.). *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em expectativa*. 1.ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

⁷³ *Ibidem*, p. 6.

⁷⁴ Luiz Fux relata, na mesma obra citada na nota anterior, que o processo de democratização do Anteprojeto ocorreu através de duas frentes distintas: 1) criação de página virtual para o recebimento de sugestões; 2) realização de audiências públicas em pontos do território nacional.

Atualmente⁷⁵, o projeto encontra-se no Senado Federal para apreciação. Registre-se que, em novembro de 2014, foi apresentado o substitutivo do PL 8046/2010 pelo Senado⁷⁶.

Com o declarado escopo de aumentar a celeridade dos processos e melhorar a prestação jurisdicional, o projeto do *novel* diploma pretende uma série de significativas modificações, malgrado os aspectos divergentes entre o anterior PLS 166/2010 e o atual PL 8046/2010⁷⁷. Para citar um exemplo, nos projetos há a abolição de processos incidentes, sendo mantidas apenas as exceções de impedimento e de suspeição. A de incompetência relativa e os demais incidentes que, no atual Código, merecem autuação em apenso ou em apartado, são eliminados. Alguns passarão a ser tratados como preliminares de contestação e outros poderão ser suscitados por mero peticionamento, sendo decididos, regra geral, no final da causa. Além destas modificações, o procedimento comum será unificado, padronizado, porém, adaptável pelo juiz conforme as peculiaridades do caso concreto. Essas são algumas das medidas que visam reduzir os formalismos procedimentais, que apenas contribuem para delongas processuais.

O sistema recursal, considerado pela Comissão de Juristas do Anteprojeto como uma das razões da morosidade processual, também será alterado. O agravo de instrumento⁷⁸, por exemplo, será cabível em hipóteses pontuais e o agravo retido será extinto, sendo o reexame das decisões interlocutórias (aquelas não agraváveis por *instrumento*) pleiteado em sede de apelação. Discute-se também a incidência do efeito suspensivo (aquele que obsta a eficácia da decisão recorrida) dos recursos. O Projeto do Senado acolhe a possibilidade da concessão *ope judicis* do efeito suspensivo, abandonando a tradição *ope legis* do direito brasileiro. O Projeto da Câmara, contudo, retomou a atual regra do artigo 520 do Código em vigor para a apelação (artigo 1.025).

Já no respeitante à litigiosidade excessiva da sociedade brasileira contemporânea, o PL 8046/2010, em seu artigo 988 (tal como o PLS 166/2010, em seu artigo 930), propõe a instituição do incidente de resolução de demandas repetitivas. Este será admissível quando

⁷⁵ Leia-se atualmente como: 15 de dezembro de 2014.

⁷⁶ Contudo, não será o presente trabalho desenvolvido com base neste substitutivo.

⁷⁷ Sobre essas distinções, conferir BUENO, Cassio Scarpinella. Visão geral do(s) projeto(s) de novo Código de Processo Civil, *in Revista de Processo*, v. 235. São Paulo: RT, 2014, p. 353-ss.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – críticas e propostas*. 1.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 183.

identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos, fundados em idêntica questão de direito, e de causar grave insegurança jurídica, em razão do risco de coexistência de decisões conflitantes. O instituto tem o inegável mérito de zelar pelo aumento da celeridade processual, além de garantir segurança jurídica, legalidade e isonomia. Ademais, o incidente tornará mais eficiente a resolução das questões repetitivas para as partes, e, sobretudo, para o Poder Judiciário, aliviando o asoerramento de seus órgãos.

5.2 O combate à jurisprudência defensiva

5.2.1 Generalidades

Apesar do inequívoco intento de tornar razoável a duração do processo, o projeto do novo CPC, em sua formulação mais atual – PL 8046/2010, afasta típicas práticas de jurisprudência defensiva. Essa preocupação decorre da correta distinção entre o preceito contido no artigo 5º, LXXVIII da CF e a ideia de celeridade. A busca por um desenvolvimento processual mais veloz não pode tolerar o afastamento do devido processo legal e da segurança jurídica. Por essa razão, restrições que não encontram embasamento legal e surpreendem o jurisdicionado, ainda que possam aniquilar e resolver uma série de processos, são combatidas no projeto.

Com esse objetivo, duas principais estratégias podem ser verificadas no PL 8046/2010: de um lado, a valorização da jurisprudência e, de outro, o afastamento pontual, por meio de disposições legais, de algumas típicas práticas defensivas⁷⁹.

A primeira providência é interessante na medida em que resulta na redução da sobrecarga dos Tribunais Superiores e, com isso, tornam-se menos necessárias condutas obstativas de demandas. Por outro ângulo, evita decisões discrepantes, preservando a isonomia no tratamento de casos similares, além de favorecer a segurança jurídica, já que o jurisdicionado tem como saber, de logo, qual será a posição adotada pelo tribunal.

A partir de 2004, algumas reformas legislativas empreendidas levaram à inserção de uma série de instrumentos que já valorizavam os precedentes, a saber, a súmula vinculante (art. 103-A da CF), a repercussão geral (art. 102, § 3.º, da CF e art. 543-A do CPC), o recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC), a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1.º, do

⁷⁹MONTEIRO, André Luís. Duas providências do projeto de novo Código de Processo Civil..., ob. cit., p. 263-ss.

CPC), a possibilidade de decisão monocrática pelo relator do recurso (arts. 527, I, 544, § 4.º e 557 do CPC) e o julgamento liminar de improcedência (art. 285-A do CPC). O projeto do novo CPC preserva esses mecanismos, fazendo apenas algumas intervenções, como a extensão da disciplina dos recursos especiais repetitivos ao recurso extraordinário, a mudança na redação do dispositivo que trata do julgamento liminar de improcedência, entre outras⁸⁰.

Além de manter os instrumentos já existentes no sistema processual, o projeto traz novidades no que tange à valorização das orientações jurisprudenciais. Tal como se infere a partir dos artigos 520 e 521 do PL 8046⁸¹, o princípio fundamental do funcionamento dos tribunais passa a corresponder à observância da jurisprudência, o que gera, como consequência: o dever administrativo de editar enunciados e o dever jurisdicional de vinculação dos órgãos fracionários e inferiores aos precedentes superiores, notadamente STF e do STJ. Ademais, o projeto do novo CPC cria o já referido incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 988) e estabelece a reclamação para assegurar a observância dos precedentes formados (artigo 1000, IV)⁸².

⁸⁰ *Idem, ibidem.*

⁸¹“Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

“Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

(...)”.

⁸²“Art. 1.000. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

(...)

IV – garantir a observância de súmula vinculante e de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

(...)”.

O segundo caminho trilhado pelo projeto, para afastar a jurisprudência defensiva, consiste no estabelecimento de normas específicas, que rechaçam condutas típicas dos Tribunais Superiores. Nesse sentido⁸³:

a) O artigo 218, §4º do PL 8046/2010 dispõe que “será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”. Caso a previsão seja aprovada definitivamente, as discussões acerca da tempestividade do recurso prematuro serão finalizadas⁸⁴.

b) O artigo 1.037, § 4º prevê:

Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação.

O texto projetado atingirá o enunciado da súmula 418 do STJ⁸⁵, elidindo a necessidade de ratificação do recurso excepcional interposto na pendência de julgamento de embargos declaratórios, salvo se alterarem a conclusão do julgamento anterior⁸⁶.

c) O artigo 1.020, §2º disciplina: “A insuficiência no valor do preparo ou do porte de remessa e retorno implicará deserção, se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias”.

Trata-se de mais uma previsão consonante com a instrumentalidade das formas e que objetiva afastar a utilização do preparo como forma de inadmitir recursos⁸⁷.

d) O artigo 1045 determina que:

Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Cumprida a diligência, remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

⁸³ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do projeto de Código de Processo Civil contra a jurisprudência defensiva, *in Revista de Processo*, v. 233. São Paulo: RT, 2014, p. 123-ss.

⁸⁴ Conferir capítulo 3, item 3.3.1.

⁸⁵ “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

⁸⁶ Conferir capítulo 3, item 3.3.3.

⁸⁷ Conferir capítulo 3, item 3.3.4.

A mesma lógica consta do artigo 1046, sendo este aplicável, porém, na hipótese de o Supremo Tribunal Federal entender versar o recurso extraordinário sobre matéria infraconstitucional. Dessa forma, ao prever a fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, as disposições solucionam uma das questões mais complexas no tratamento dos recursos excepcionais, correspondente à discussão quanto à (in)existência de ofensa direta à Constituição e que dá azo a manifestações defensivas⁸⁸.

e) O parágrafo único do artigo 945 dispõe que “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”. Ensejando a correção de vícios sanáveis, o projeto intenta concretizar o princípio da instrumentalidade das formas, em benefício do juízo de mérito. Nesse mesmo sentido, tem-se ainda o artigo 1030, §3º que, tratando do agravo, estabelece que, ausente qualquer peça para a formação do instrumento, deve-se conceder o prazo de cinco dias para regularização ou complementação⁸⁹⁻⁹⁰. Ainda: o artigo 1042, §3º determina que “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”⁹¹. Todas essas regras, como se pode notar, objetivam a redução do rigorismo formal no tratamento dos recursos pelos tribunais. Isso porque, como anota Márcio Carvalho Faria⁹²:

Para o novo CPC (LGL\1973\5), o juiz deve, incessantemente, privilegiar o direito material, deixando as filigranas processuais de lado para buscar a resolução do litígio e a tutela dos interesses juridicamente relevantes dos jurisdicionados.

⁸⁸ Conferir capítulo 3, item 3.3.5.

⁸⁹ O agravo de instrumento deve ser instruído com peças obrigatórias (artigo 525, I, CPC) e pode ser instruído com as chamadas peças facultativas (artigo 525, II, CPC). Contudo, há entendimento jurisprudencial que nega conhecimento aos recursos de agravo que não venham instruídos com peças facultativas, porém úteis à compreensão da causa. Com isso, a inadmissão surpreende o recorrente, que instruiu o agravo com base na lei.

⁹⁰ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do projeto de Código de Processo Civil..., ob. cit., p. 123-ss.

⁹¹ Nesse particular, José Wellington Bezerra da Costa Neto observa que “a regra mencionada deixa válvula de escape que poderá ser mal utilizada, qual seja, a menção de que a legitimidade do saneamento depende de não se reputar ‘grave’ o vício formal, conceito indeterminado que poderá ainda servir às barricadas soerguidas na instância extraordinária”. COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do projeto de Código de Processo Civil..., ob. cit., p. 123-ss.

⁹²FARIA, Márcio Carvalho. O Novo Código de Processo Civil vs... , ob. cit., p. 263 –ss.

5.2.2 No prequestionamento

No capítulo 4 do presente trabalho, foram apontadas algumas das principais controvérsias pertinentes ao prequestionamento. Tratou-se da polissemia do termo; das discussões quanto à (in)constitucionalidade de sua exigência; da (in)viabilidade do prequestionamento numérico; da utilização, em larga escala, dos embargos declaratórios; do dissenso consubstanciado nas súmulas 356 do STF e 211 do STJ; e, ainda, da não configuração de prequestionamento pelo debate da questão constitucional/federal apenas no voto vencido. Asseverou-se que essa falta de clareza na sua disciplina contribui para a formação de uma jurisprudência defensiva nos Tribunais Superiores, tendentes à criação de obstáculos à admissibilidade recursal.

Tudo isso leva à seguinte conclusão: o tratamento atualmente conferido ao prequestionamento é um problema. E, como tal, ganhou atenção especial da Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto, conforme se depreende do trecho da exposição de motivos⁹³:

Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica.

Dessa forma, já o Anteprojeto do novo CPC se propunha a dirimir duas das controvérsias atinentes ao prequestionamento em seus artigos 861, §3º e 940⁹⁴, referentes ao voto vencido e ao prequestionamento ficto, respectivamente. Na versão atual, as disposições estão previstas nos artigos 954, §3º e 1038, respectivamente. Desde logo, cumpre advertir a

⁹³ Exposição de motivos do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, remetida ao, à época, Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, Brasília, 2010, p.3. Disponível em: [http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=91dfbdf0bc0509a427a0c18c2ca194b3]. Acesso em: 17/11/2014, às 14h00min.

⁹⁴ Art. 861. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

(...)

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

“Art. 940. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade”. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf]. Acesso em: 18/11/2014, às 09h30min.

impossibilidade de se sanar, por completo, as questões referentes ao tema através de um novo código. Na verdade, seja no tocante ao prequestionamento e a outras práticas defensivas dos Tribunais Superiores, seja no que se refere aos demais problemas que assolam a justiça brasileira⁹⁵:

Nenhum Código de Processo Civil - nem o projetado e nem nenhum outro - resolverá todos esses entraves, mas certamente a lei processual pode solucionar a face estritamente jurídica do problema, ou seja, os gargalos legais que contribuem para essa situação. Existe, pois, uma parcela desse problema que pode ser resolvida na via da alteração legislativa.

Feita a ressalva, necessário se faz analisar as inovações da versão atual do PL 8046/2010, em matéria de prequestionamento. Dispõe o artigo 1038 do projeto em sua redação atual:

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Caso a previsão seja definitivamente aprovada, um dos maiores celeumas do direito processual brasileiro estará resolvido. A pretensa norma finda com a discussão existente entre as súmulas 356 do STF e 211 do STJ⁹⁶, prevendo a aceitação do prequestionamento ficto. Por via de consequência, questões outras também serão dirimidas. Não haverá mais, por exemplo, necessidade de reiteração dos embargos declaratórios como forma de pressionar o órgão julgador a se pronunciar sobre a questão. Com isso, a carga de trabalho de advogados e dos próprios juízes é reduzida. Acrescente-se a diminuição das condenações ao pagamento de multa pelo ajuizamento de embargos meramente protelatórios (artigo 538, parágrafo único do CPC), as quais, atualmente, acabam ocasionando a interposição de recurso especial por violação à Súmula 98 do STJ. Por fim, a norma projetada favorece a segurança jurídica, pois o advogado não terá dúvidas quanto à posição do Tribunal, e, ainda, privilegia a análise meritória⁹⁷.

⁹⁵MONTEIRO, André Luís. Duas providências do projeto de novo..., ob. cit., p. 263-ss.

⁹⁶ A esse respeito, conferir capítulo 4, item 4.2.6.

⁹⁷FARIA, Márcio Carvalho. O Novo Código de Processo Civil vs... , ob. cit., p. 263 –ss.

André Luís Monteiro, ao comentar a disposição, assevera que ela realiza uma verdadeira revolução em matéria de prequestionamento⁹⁸:

Trata-se de uma revolução no que tange ao preenchimento do requisito do prequestionamento, a dispensar a inútil alegação de violação dos dispositivos que tratam dos embargos de declaração, quando estes não são providos, como se faz atualmente.

Assim, atenta o autor que se tornará prescindível o ajuizamento de recurso especial, com base na violação do artigo 535, II do CPC, quando o julgador permanecer silente sobre a questão constitucional/federal, apesar da interposição dos aclaratórios⁹⁹.

Ainda quanto ao prequestionamento, é sabido¹⁰⁰ que a jurisprudência pacífica do STJ, consubstanciada na súmula 320, entende necessária, para sua configuração, a adoção da tese pelo voto condutor do aresto recorrido. A versão atualizada do PL 8046/2010 prevê, no §3º do artigo 954, que “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento”. A norma projetada, além de eliminar as divergências quanto ao tema, tem a inegável vantagem de contribuir para economia e celeridade processuais. Isso porque a parte não precisará dispender esforços, via embargos de declaração, para suscitar o enfrentamento da questão constitucional/federal pelo voto vencedor¹⁰¹. O benefício é sentido pelo órgão julgador, que não mais terá que reapreciar a matéria; pelo advogado, que verá seu trabalho reduzido; e, por fim, para as partes, que não precisarão esperar pela decisão de mais um recurso.

⁹⁸ MONTEIRO, André Luís. Duas providências do projeto de novo código de processo... , ob. cit., p. 263-ss.

⁹⁹ No STJ, em razão da não aceitação do prequestionamento ficto, posicionamento ventilado na súmula 211, a inadmissão dos embargos de declaração deve ser combatida, atualmente, através de Recurso Especial. Nesse sentido, verificar capítulo 4, item 4.2.6.

¹⁰⁰ Verificar capítulo 4, item 4.2.7.

¹⁰¹ FARIA, Márcio Carvalho. O Novo Código de Processo Civil vs..., ob. cit., p. 263 –ss.

6 CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, percebeu-se, primeiramente, os efeitos danosos decorrentes da crise de efetividade do Judiciário brasileiro. O asoberbamento dos seus órgãos tem provocado, juntamente com outros fatores, a morosidade da prestação jurisdicional e consequente descrédito da instituição. A edição da EC 45/2004, que implementou a chamada reforma do Poder Judiciário, não conseguiu solucionar de forma satisfatória o problema. A pressão exercida notadamente sobre os Tribunais Superiores, que detêm um número reduzido de ministros e possuem circunscrição nacional, tornou comum a utilização de mecanismos obstativos de recursos, configurando a, aqui tantas vezes referida, jurisprudência defensiva. Assim, por meio de interpretações jurisprudenciais, são criadas restrições à admissibilidade, carentes de embasamento legal.

O projeto para a elaboração do novo CPC emerge na tentativa de solucionar essas questões, que traduzem reclamos da sociedade em geral e da comunidade jurídica. Inovações que conferem maior celeridade aos processos serão utilizadas, com destaque para a valorização de precedentes judiciais e simplificação procedimental. Dessa forma, pretende-se o combate à morosidade processual, mas, reflexamente, também à jurisprudência defensiva, pois, com o aumento da fluidez, espera-se que diminuam essas práticas.

O atual tratamento conferido ao prequestionamento apresenta-se como uma das facetas desta jurisprudência defensiva, na medida em que a existência de tantas imprecisões e controvérsias é usada como um facilitador ao não conhecimento recursal. Foram demonstradas algumas das principais discussões, como a polissemia do termo, natureza jurídica, a (in) constitucionalidade de sua exigência; a (in)viabilidade do prequestionamento numérico, a utilização, em larga escala, dos embargos declaratórios, a divergência constante das súmulas 356 do STF e 211 do STJ e, ainda, a não configuração do prequestionamento pelo debate da questão constitucional/federal apenas no voto vencido.

No projeto do novo CPC (PL 8046/2010, substitutivo de março de 2014), conforme se demonstrou, dois desses problemas estarão, ao menos potencialmente, solucionados. O artigo 1038 resolve a discussão concernente à aceitação do prequestionamento ficto, inadmitido atualmente pelo STJ. Pela disposição, bastará a interposição de embargos declaratórios para a configuração do prequestionamento. Já o artigo

954, §3º projetado, por sua vez, determina o caráter prequestionador do voto vencido que trata de questão constitucional/federal.

Por todo o exposto, são evidentes os benefícios que as novas normas trarão. Resolvendo duas das controvérsias atinentes ao prequestionamento, contribuem para o aumento da segurança jurídica, facilitam o acesso à justiça e priorizam a apreciação do mérito dos recursos excepcionais.

Malgrado a evidência, é necessária ponderação, pois, apesar da evolução que se atingirá com a aprovação do novo CPC, permanecerão obscuros outros aspectos do prequestionamento. Por exemplo: será necessária a menção expressa do artigo constitucional/federal violado? Os embargos de declaração deverão ser manejados mesmo quando a questão constitucional/federal, de caráter público e não provocada pelas partes, já vier tratada no aresto recorrido? Afinal, em que medida é necessária atuação das partes para fins de prequestionamento? Essas são algumas questões que continuarão controversas, mesmo com o advento do *novel* diploma.

Por outro lado, mesmo que o projeto permitisse responder às perguntas acima colocadas, ainda assim não se poderia aduzir, com absoluta certeza, que todos os problemas seriam abolidos. Isso porque uma jurisprudência de caráter defensivo, como demonstrado, se constitui também a partir de interpretações. Por exemplo, no decurso deste trabalho, fez-se menção à interpretação dada à súmula 284 do STF¹⁰². De acordo com o enunciado, “é inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. Não há qualquer impropriedade no seu conteúdo, porém há julgados que entendem que a falta de menção expressa, no recurso, do artigo de lei violado enseja a aplicação da referida súmula. O que se quer demonstrar é que a existência da norma não assegura que a ela seja conferida a melhor aplicação.

Por tudo isso, é fundamental a atuação do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, para zelar pela uniformidade no tratamento da matéria. Assim, incumbe à Corte Suprema dizer, vez por todas, em que consiste o prequestionamento e como obtê-lo, resolvendo discussões como a necessidade, ou não, de interposição dos aclaratórios e a necessidade, ou não, de menção expressa dos artigos violados. Com isso, o jurisdicionado

¹⁰² Conferir capítulo 3, item 3.3.2.

saberá, de antemão, como deverá proceder para ver apreciado o mérito do recurso excepcional.

Destarte, há que se concluir que as inovações pretendidas pelo legislador – não só aquelas afetas ao prequestionamento- apenas surtirão o efeito esperado caso os operadores do direito, sobretudo os julgadores, alcancem o espírito do projeto e, nesse sentido, permitam-se guiar pelo princípio inculcado nos artigos 520 e 521 projetados, respeitante à uniformização da jurisprudência. Assim, devem preferir a resolução à criação de controvérsias, o consenso ao dissenso e, deste modo, majorar a segurança jurídica, garantir a isonomia, a duração razoável do processo e, enfim, o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Recurso Especial e prequestionamento, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: RT, 1997, p.160-179.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Pquestionamento e voto vencido, in *Soluções práticas*, v.4. São Paulo: RT, 2011, p. 595-ss.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos, in: *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos Recursos*. Disponível em: [http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/18eca/18f48/1947a?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0]. Acesso em: 27/10/2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: [http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf]. Acesso em 28.10.2014.

_____. Visão geral do(s) projeto(s) de novo Código de Processo Civil, in *Revista de Processo*, v. 235. São Paulo: RT, 2014, p. 353-ss.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do Projeto do Código de Processo Civil contra a jurisprudência defensiva, in *Revista de Processo*, v. 233. São Paulo: RT, 2014, p. 123-ss.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Prequestionamento e voto vencido*. Disponível em [http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/1103/prequestionamento-e-voto-vencido]. Acesso em: 24/11/2014.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3., 11.ed. Salvador: JusPodvim, 2013.

Exposição de motivos do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, remetida ao, à época, Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, Brasília, 2010, p.3. Disponível em:

[<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=91dfbdf0bc0509a427a0c18c2ca194b3>]
 . Acesso em: 17/11/2014.

FARIA, Márcio Carvalho. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais, *in Revista de Processo*, v. 167. São Paulo: RT, 2009, p.250-ss.

_____. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento?, *in Revista de Processo*, v. 211. São Paulo: RT, 2012, p. 143-ss.

_____. *O acesso à justiça e jurisprudência defensiva nos Tribunais Superiores*, p. 9.
 Disponível em

[https://www.academia.edu/3499271/O_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a_e_a_jurisprud%C3%Aancia_defensiva_dos_Tribunais_Superiores_-_Revista_do_Instituto_dos_Advogados_de_Minas_Gerais_v._16]. Acesso em 10/10/2014.

_____. O formalismo exacerbado quanto ao preenchimento de guias de preparo ainda a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, *in Revista de Processo*, vol. 193. São Paulo: RT, 2011, p. 231-ss.

_____. O Novo Código de Processo Civil vs. a Jurisprudência Defensiva, *in Revista de Processo*, vol. 210. São Paulo: RT, 2012, p. 263-ss.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e Tribunais Superiores, *in Revista de Processo*, vol. 209. São Paulo: RT, 2012, p. 105-ss.

FUX, Luiz. O Novo Processo Civil, *in* FUX, Luiz (coord.). *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em expectativa*. 1.ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GASTALDI, Suzana. *As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais*. Disponível em: [<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,as-ondas-renovatorias-de-acesso-a-justica-sob-enfoque-dos-interesses-metaindividuais,46303.html>]. Acesso em 20/10/2014.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Bases para uma atual Teoria Geral do Processo: as técnicas processuais a serviço do acesso à justiça, *in* DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). *Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodvim, 2010, p. 297-305.

HADDAD, Carlos Henrique Brolido. As causas da morosidade processual, *in Revista de Processo*, v. 229. São Paulo: RT, 2014, p. 456-ss.

JORGE, Flávio Cheim. Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva), *in Revista de Processo*, vol. 217. São Paulo: RT, 2013, p.13-ss.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – críticas e propostas*, 1.ed. São Paulo: RT, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: RT, 5.ed., 2009.

MONTEIRO, André Luís. Duas providências do projeto de novo Código de Processo Civil para o fim da chamada jurisprudência defensiva - uma evolução rumo ao pleno acesso à justiça, *in Revista de Processo*, v. 204. São Paulo: RT, 2012, p.263-ss.

MORAES, Denise Maria Rodríguez. A uniformização da Jurisprudência como mecanismo de efetivação da garantia do acesso à justiça: uma proposta no Projeto do Novo Código de Processo Civil, *in Revista do Processo*, v. 220. São Paulo: RT, 2013, p. 239-269.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: [www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm]. Acesso em: 22/11/2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva]. Acesso em: 15/09/2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o PL 166/2010, para um novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5). In: Moreira, Alberto Camiña; Alvarez, Anselmo Prieto; Bruschi, Gilberto Gomes (coords.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.727.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna, *in* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.