

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

**A EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO
ESPECIAL: ANÁLISE DO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL E
DIFERENÇAS COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Verônica de Almeida Carvalho

Brasília

2013

Verônica de Almeida Carvalho

**A EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO
ESPECIAL: ANÁLISE DO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL E
AS DIFERENÇAS COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao
Instituto Brasiliense de Direito Público
como requisito parcial para a obtenção do
título de Especialização em Processo
Civil.

Brasília,

2013

TÍTULO: A EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO ESPECIAL: ANÁLISE DO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL E DIFERENÇAS COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à análise da Monografia em nível de Especialização e a julgou nos seguintes termos:

Prof. , Dr.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. , Dr.

Julgamento:

_____ Assinatura: _____

—

Prof. Dr.

Julgamento:

_____ Assinatura: _____

—

MENÇÃO GERAL:

Coordenador do Curso:

Prof. Dr.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, primeiramente, a todos os mestres que tive ao longo da vida, sem dúvidas, o ensinamento de outrora é a base do conhecimento desenvolvido nos dias atuais.

Como não poderia ser diferente, dedico este trabalho aos meus pais, pelo amor e ensinamento constante, e a meu marido, pela compreensão e paciência pelas horas furtadas do nosso convívio.

AGRADECIMENTOS

Reconheço e agradeço todo o afeto e presença de meu esposo, assim como todo amor e respeito dele, através de quem tenho tido a alegria de perceber a riqueza e generosidade da vida.

Reconheço e agradeço – acima de tudo – a Deus.

RESUMO

O presente trabalho analisa o prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso especial, os contornos jurídicos para a sua exigência, as conseqüências na efetividade da prestação jurisdicional e as diferenças com o Supremo Tribunal Federal. Verifica-se que o prequestionamento é requisito de admissibilidade não apenas do recurso especial, mas também do recurso extraordinário cuja competência é do Supremo Tribunal Federal. Contudo, o prequestionamento adquire tratamento diferenciado em sede do Supremo Tribunal Federal, embora o fundamento para a sua exigência seja o mesmo do recurso especial.

Palavras Chaves: Recursos; Prequestionamento; Controvérsias.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1- Recurso Especial	9
1.1 Características Gerais	9
1.2 Pressupostos.....	12
1.2.1 Pressupostos intrínsecos	13
1.2.2 Legitimidade.....	15
1.2.3 Cabimento.....	16
1.2.4 Interesse em recorrer.....	19
1.2.5 Inexistência de fato impeditiva ou extintiva do direito de recorrer.....	21
1.2.6 Pressupostos extrínsecos.....	22
1.2.7 Tempestividade.....	22
1.2.8 Regularidade formal.....	23
1.2.9 Preparo.....	24
2. Prequestionamento	
2.1 Breve histórico.....	27
2.2. Espécies de Prequestionamento.....	28
2.3 Diferença de Prequestionamento STF e o STJ.....	31
2.1. Prequestionamento no recurso de terceiro.....	32
3- Recurso Especial por violação ao art. 535 do CPC e a efetividade da prestação jurisdicional.....	36
3.1. Recurso Especial por violação ao art. 535 do CPC.....	37
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho está inserido na área de Direito Processual Civil, dentro do capítulo de recursos. Será realizado o exame do prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso especial, as conseqüências para a efetividade da tutela jurisdicional e a diferença com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

O objetivo da pesquisa é definir os contornos do prequestionamento no recurso especial, enquanto requisito de admissibilidade do recurso, as principais diferenças com o Supremo Tribunal Federal e existência de violação a efetividade da prestação jurisdicional.

Note-se que o recurso especial é interposto para o Superior Tribunal de Justiça, que exige o prequestionamento da matéria recursal, com a efetiva análise do direito dito maculado pela instância regional, não admitindo a simples interposição dos embargos de declaração na instância a quo. Aqui, reside a diferença entre o prequestionamento no recurso especial e o prequestionamento no recurso extraordinário.

Conforme lição do Ministro Athos Gusmão Carneiro¹:

“Para que uma determinada questão seja considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma de lei federal onde a mesma questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido decidida, e decidida manifestamente (não obstante se deva considerar prescindível a expressa menção ao artigo de lei)”.

¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Sendo assim justifica-se este trabalho pelo fato de que, a efetividade da tutela jurisdicional está diretamente ligada ao conhecimento do recurso adequado e útil para alcançar a reforma da decisão guerreada. O prequestionamento, na prática, tem sido um tema tormentoso para os operadores do direito, seja em razão das especificidades, da ausência de uma legislação específica, bem como da diferenças de entendimento entre o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, especificamente quanto ao recurso especial, o fato do Superior Tribunal de Justiça não admitir a mera interposição de embargos de declaração como forma de prequestionar a matéria, pode ocasionar a demora na prestação jurisdicional, bem como interferir na efetividade desta prestação, que em razão da demora a decisão poderá não ser mais útil ao jurisdicionado.

1. Recurso Especial

1.1. Características Gerais

O recurso especial tem origem na criação do Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição Federal de 1988, quando houve a repartição de competência das hipóteses de cabimento do antigo recurso extraordinário.

Assim, antes da Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário servia como meio de impugnação da decisão judicial por ofensa à Constituição ou lei federal. No entanto, com a criação do Superior Tribunal de Justiça foi criado o recurso especial, que, notadamente, é um recurso de natureza excepcional dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

Os recursos de natureza extraordinária ou excepcional, neste contexto, são aqueles que têm como finalidade a aplicação do direito positivo ao caso concreto, não admitem, portanto, o reexame de fatos e provas.

As hipóteses de cabimento do recurso especial estão previstas no art. 105, III, da Constituição Federal. O recurso especial deve ser interposto em face de decisão proferida, em única ou última instância, por Tribunal de Justiça, por Tribunal Regional Federal ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que tenha contrariado ou negado vigência a tratado ou lei federal.

Dessa forma, não cabe recurso especial em face de decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais, tendo em vista o previsto no artigo 105, III, da Constituição Federal.

Tem-se conhecimento e vale frisar que em virtude da chamada “crise do Supremo” momento em que a Magna Corte se assoberbou no julgamento do recurso extraordinário nos remotos moldes, ou seja, com vistas ao abrigo da Constituição vigente e da legislação federal, o legislador constituinte de 1988, depois de várias tentativas antes frustradas de amenizar o problema, por meio da criação de impedimentos ou óbices regimentais, com o fim de aliviar aquele Pretório, criou o Superior Tribunal de Justiça, o qual aspirou parte da competência do Supremo Tribunal Federal em ensejo da instituição do recurso especial, direcionado à guarda da legislação federal.²

Importante esboço dessa procedência desempenha Rodolfo de Camargo Mancuso (2000, p. 26-7):

Uma leitura da CF vigente, em seus arts. 102, III e 105, III, e suas alíneas, seguida do confronto com o art. 119, III e alíneas, da CF precedente, expõe desde logo o primeiro dado relevante: o constituinte apenas “desmembrou” o recurso extraordinário, remanescendo em seu âmbito as “questões constitucionais”; outrossim,

² SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. BUENO, Cassio Scarpinella. **Quem tem medo do prequestionamento?** Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/983**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

pinçando as hipóteses relativas às “questões federais”, com estas formou o conteúdo do recurso especial, direcionando-o a um novo Tribunal, “sucedâneo” do TFR: o Superior Tribunal de Justiça.

[...] Numa imagem, “a costela de Adão”, extraída do recurso extraordinário e com a qual o constituinte veio a formar o recurso especial, vem a ser o que se convencionou chamar “questão federal”, por oposição à “questão constitucional”, esta agora reafirmada como seara própria do STF, enquanto “guardião da Constituição” (CF, art. 102, caput).³

Cabe ressaltar que a Constituição de 1988 elevou, pois, o Superior Tribunal de Justiça à estatura de guardião da inteireza do sistema jurídico federal, demarcando os casos em que se aceita a interposição de tal espécie recursal:

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:

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- 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.⁴

Assim, pode-se dizer que o recurso especial é um instrumento precioso e nobre, fundamentalmente destinado a resguardar a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional. É o alívio estabelecido para viabilizar o Superior Tribunal de Justiça como guardião do direito federal comum.

Segundo ensina o professor Barbosa Moreira⁵, o recurso especial é “o meio próprio para controlar a fundamentação das decisões judiciais, proferidas pelos tribunais de segundo grau, com o escopo de uniformizar, em âmbito nacional, o entendimento das normas federais”.

1.2. Pressupostos

O recurso especial possui duplo juízo de admissibilidade, ou seja, tanto o órgão que emanou a decisão objeto de impugnação quanto o Superior Tribunal de Justiça devem examinar se os requisitos indispensáveis ao julgamento do mérito do recurso estão preenchidos.

O Tribunal no qual o recurso é interposto é quem fará o primeiro juízo de admissibilidade, conhecido como juízo de admissibilidade provisório,

⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **O antigo recurso extraordinário e o recurso especial: na Constituição de 1988**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

que poderá receber ou não o recurso especial. O pronunciamento final acerca do preenchimento dos requisitos de admissibilidade caberá ao ministro relator do Superior Tribunal de Justiça, que poderá conhecer ou não do recurso, independente da decisão proferida pelo órgão de origem.

Logo, constata-se que o juízo de admissibilidade efetuado na instância “a quo” não vincula ou restringe o exame dos pressupostos recursais a ser realizado pelo relator na instância “ad quem”.

A ausência de algum dos requisitos de admissibilidade ocasiona, portanto, o não recebimento do recurso perante o tribunal “a quo” ou o seu não conhecimento perante o tribunal “ad quem”, o que inviabiliza a análise da pretensão recursal, uma vez que a solução do juízo de admissibilidade determina se o mérito será ou não analisado.

Em regra, a decisão que examina o juízo de admissibilidade tem efeito declaratório e “ex nunc”, com exceção de recurso manifestamente de má-fé ou intempestivo, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

1.1.1. Pressupostos intrínsecos

Os pressupostos intrínsecos do recurso especial são legitimidade, cabimento, interesse em recorrer e a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer.

Como bem esclarece Theodoro Junior, (2003):

Os pressupostos recursais intrínsecos são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesma considerada, destacando-se seu conteúdo e a forma da decisão impugnada, enquanto os extrínsecos

*concernem a fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar.*⁶

De acordo com Barbosa Moreira, (2002, p. 117) e Theodoro Júnior, (2003, p. 508) os pressupostos intrínsecos são: a) cabimento do recurso, exigência de que “o ato impugnado seja, em tese, suscetível de ataque por meio dele” (); b) legitimidade recursal, aplainada no art. 499 do Diploma Adjetivo Civil, o qual reza que o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, mesmo que tenha oficiado somente como *custos legis* (); e c) interesse em recorrer, presente quando se puder esperar do julgamento do recurso o advento de situação jurídica mais benéfica.⁷

Conforme a classificação dos requisitos genéricos indicada por Ada Pellegrini Grinover, (1996) o cabimento, legitimidade recursal e interesse recursal agregariam a categoria das condições recursais (cabimento= probabilidade recursal, legitimidade e interesse recursal), enquanto que a tempestividade, preparo e regularidade formal associariam a categoria dos pressupostos recursais (requisitos extrínsecos), ao lado, no entendimento da mencionada jurista, da investidura do juiz, da capacidade de quem formula o recurso e da inexistência de fatos impeditivos ou extintivos.⁸

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

1.2.1.1 Legitimidade

Conforme art. 499 do CPC podem interpor, ou seja, têm legitimidade para recorrer a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público.

Vale frisar que é parte aquele que interferiu no feito como autor ou réu, nele continuando até a sentença, na qual se acha incluído. O litisconsorte é claramente parte, pois junta a relação processual em um dos pólos. O Ministério Público pode recorrer como parte ou como fiscal da lei (*custos legis*, art. 499 parágrafo 2º do CPC) O Ministério Público contém legitimidade recursal vasta no processo falencial nos procedimentos de jurisdição voluntária, bem como nas ações do estado. O MP tem, do mesmo modo, legitimidade para recorrer pela forma adesiva, quer seja parte ou fiscal da lei.⁹

Deste modo elucida Rodrigues Netto, (2004) que os terceiros intervenientes, são equiparados a parte (o oponente, denunciado a lide, o chamados ao processo e o assistente). Não é a mesma coisa que terceiro prejudicado. Terceiro prejudicado é aquele completamente estranho à relação processual e que é atingido reflexamente pelo ato decisório. Ele é (tem que ser) titular de um interesse que contenha ligação com a relação jurídica submetida ao exame judicial, e tem que confirmar a existência do liame em meio a decisão e o prejuízo que esta lhe originou.¹⁰

Denota-se que essa legitimidade dada ao terceiro prejudicado o autoriza a inserir qualquer tipo de recurso, até mesmo embargos de declaração.

⁹ PINTO, Nelson Luiz, Manual dos recursos cíveis, 3ª ed., São Paulo, 2002

¹⁰ RODRIGUES NETTO, Nelson, Recursos no processo civil, 1ª ed., São Paulo, 2004

1.2.1.2. Cabimento

No que concerne às hipóteses de cabimento, o recurso especial é um recurso de natureza vinculada, sendo apenas admitido nas estritas possibilidades do artigo 105, III, da Constituição Federal.

Nesta senda, antes de adentrar nas hipóteses positivadas no artigo supracitado, faz-se necessário observar que para ser cabível o recurso especial, a causa a ser tratada no recurso, deve estar decidida. Diz Cassio Scarpinella que:

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

Dessa forma, a prévia apreciação da matéria pelo tribunal de origem é pressuposto para o cabimento do recurso especial consoante o art. 105, III, da Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da causa ter sido decidida na instância ‘a quo’.

a) Cabimento com fundamento na letra “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal

De acordo com a letra “a” do inciso II do art. 105 da Constituição Federal cabe recurso especial quando o acórdão recorrido “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

O termo ‘contrariar’ é mais abrangente do que negar vigência. Com isso, uma interpretação inadequada caracteriza uma contrariedade, mas não

significa uma negativa de vigência. Assim, uma interpretação inadequada da lei federal pode ser objeto de recurso especial.

A expressão 'lei federal' alcança as normas elaboradas pelo Poder Legislativo da União com eficácia em todo o território brasileiro. Das espécies normativas originárias do Poder Legislativo da União incluídas no conceito de "lei federal", as leis complementares, as leis ordinárias, os decretos legislativos e até as resoluções do Senado.

Ademais, os atos normativos emanados do Poder Executivo da União, com força de lei federal, como as leis delegadas e as medidas provisórias, são igualmente alcançados pelo conceito de lei federal.

O conceito de lei federal não abrange instruções normativas, portarias ministeriais, avisos, regimentos internos de tribunais, circulares e enunciados de Súmulas de tribunais superiores.

Quanto aos tratados internacionais, são incorporados ao direito brasileiro após a ratificação pelo Congresso Nacional e as posteriores promulgação e publicação pelo Presidente da República.

Conforme norma constitucional, caso a decisão de Tribunal contrarie ou negue vigência a lei federal caberá recurso especial com espeque na alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

b) Cabimento com fundamento na letra "b" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal

Segundo o preceito constitucional cabe recurso especial em face de decisão que 'julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal'.

Ato de governo local alcança tanto atos normativos quanto atos administrativos provenientes dos Poderes Executivos e Legislativos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem assim do Poder Judiciário do Estado e do Distrito Federal.

A expressão julgar válido remete à necessidade de um contraste entre ato de governo local e uma norma federal. Nesse caso, se o ato de governo local foi julgado válido, significa que a lei federal foi afrontada.

A discussão acerca da interpretação do ato local em si não autoriza o recurso especial. O recurso apenas é cabível quando veicula discussão acerca da legislação federal em face de ato local julgado válido pela corte de origem.

c) Cabimento com fundamento na letra “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal

Cabe recurso especial com esteio na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal quando a corte de origem tiver atribuído à lei federal interpretação diferente da conferida por outro tribunal.

A finalidade do recurso especial pela alínea “c” é possibilitar a uniformização da jurisprudência dos tribunais acerca da interpretação da lei federal. Por conseguinte, dissenso interno não autoriza recurso especial, inclusive, este é o teor do Enunciado da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.”

A divergência que permite a interposição de recurso especial é a que existe entre o tribunal local e outro tribunal, admitindo-se que o ‘outro tribunal’ seja um Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça, ou até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal. Em qualquer caso,

é imprescindível que o julgado evocado como padrão de divergência tenha sido proferido por órgão colegiado.

A comprovação da divergência jurisprudencial pode ser feita por certidão, cópia autenticada, citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte.

Além da comprovação do dissenso jurisprudencial, o recorrente deve fazer o cotejo analítico, ou seja, deve ser demonstrado que os acórdãos versam sobre a mesma situação fática, mas que adotaram teses jurídicas opostas.

Por derradeiro, cumpre observar que para que se admita o recurso especial pela hipótese da alínea “c”, é preciso que a divergência seja atual.

1.2.1.3 Interesse em recorrer

O interesse em recorrer é um pressuposto de admissibilidade comum a todos os recursos, para ter interesse em recorrer a parte deve estar vencida ao menos em parte, na decisão recorrida.

O interesse decorre, portanto, da necessidade de obter situação mais proveitosa e vantajosa daquela definida na decisão impugnada.

Assim Nelson Nery Junior, (2004) assegura,

existir a necessidade de estar presente o interesse recursal para que o recurso possa ser examinado em seus fundamentos, esse interesse

*recursal, pode ser representado pelo binômio
necessidade + utilidade.*¹¹

Esclarece Nader, (2000) *necessidade*, pois, o recorrente carece inserir o recurso como o único meio de obter, no processo, o que almeja contra a decisão impugnada. Caso ele puder conseguir a vantagem sem a interposição do recurso, não ficará presente o requisito do interesse recursal. Portanto, quando acontece a intempestividade da apelação e ainda assim ela é processada pelo juízo “a quo”. Não há o interesse recursal pela parte do recorrido, visto que ele pode, por meio mais célere e mais simples (contra-razões de apelação), alcançar o resultado que ambiciona, ou seja a inadmissibilidade do recurso.¹²

Logo para Dinamarco, (2002) *utilidade*, a ela estão atrelados os conceitos quase sinônimos de gravame, sucumbência, prejuízo, etc. Conseqüentemente, o interesse está absolutamente conexo a idéia de sucumbência, o que nada mais é do que a divergência em meio a o que foi requerido pela parte no processo e o conteúdo da parte dispositiva da decisão judicial. Entretanto não é apenas a desconformidade da decisão com os requerimentos formulados pela parte que vão marcar a sucumbência. O recorrente necessita desejar abranger algum proveito prático com a interposição do recurso, sem o que não terá ele interesse em recorrer.¹³

Como bem se sabe apresenta interesse em recorrer aquele a quem a decisão judicial ocasionou algum gravame ou frustrou alguma expectativa juridicamente plausível, ou, até, quando a parte não conseguiu no processo tudo aquilo que poderia dele ter alcançado.¹⁴

¹¹ NELSON JUNIOR, Nery, Recursos no processo civil 1, 6ª ed. atual., ampl. e reform., São Paulo, 2004

¹² NADER, Miguel José, Guia prático dos recursos no processo civil, 5ª ed. rev. E atual., São Paulo, 2000

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel, A Reforma da Reforma, São Paulo, 2002

¹⁴ RODRIGUES NETTO, Nelson, Recursos no processo civil, 1ª ed., São Paulo, 2004

1.2.1.4 Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

São denominados por alguns doutrinadores, como Fredie Didier Jr., como requisitos negativos de admissibilidade, ou seja, fatos que não podem ocorrer para que o recurso seja conhecido.

Assim, são considerados fatos impeditivos do direito de recorrer a desistência do recurso, a sentença homologatória de desistência da ação e o reconhecimento da procedência do pedido.

São fatos extintivos do direito de recorrer, a renúncia ao direito de recorrer, bem como a aceitação da decisão recorrida.

Denota-se que o efeito impeditivo é essencial a todos os recursos, impede o trânsito em julgado e suspende o processo. Como nos instrui Aderbal Torres de Amorim, (2005) em ensejo do efeito impeditivo:

O principal efeito dos embargos é o de impedir o trânsito em julgado do acórdão recorrido. Nesse sentido, têm sempre o mesmo efeito dos recursos em geral: obstam a formação da coisa julgada (CPC, art. 467).¹⁵

Na acepção de José Carlos Barbosa Moreira, (2003):

“Todos os recursos admissíveis produzem, no direito pátrio, um efeito constante e comum, que é o de

¹⁵ AMORIM, Aderbal Torres de. Recursos cíveis ordinários. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada.”¹⁶

1.1.2. Pressupostos extrínsecos

Os pressupostos extrínsecos são a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

É importante lembrar que, também está no rol dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, o requisito constitucional do prequestionamento (pressuposto específico de recursos extremos), por estar ligado ao jeito de desempenhar o direito de recorrer, muito ainda a doutrina seja um pouco omissa a respeito. Entretanto, não é por outra causa que Nelson Nery Junior, (2002) ao comentar o art. 541 do CPC, percebe que para preencher o requisito da regularidade formal:

“o recorrente deve interpor o RE ou o Resp obedecendo os requisitos mencionados na CF e na norma ora analisada. Faltando um dos requisitos estabelecidos na CF e na norma sob comentário, o recurso não poderá ser conhecido”.¹⁷

1.1.2.1. Tempestividade

Consoante o artigo 508 do Código de Processo Civil, o prazo para a interposição do recurso especial é de 15 (quinze) dias, com exceção do prazo em dobro garantido para a Fazenda Pública e o Ministério Público.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao código de processo civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O protocolo do recurso especial deve ser realizado perante o tribunal de origem que prolatou o acórdão impugnado, uma vez que o primeiro juízo de admissibilidade será feito pelo tribunal 'a quo'.

Pode-se dizer que o recurso é um direito, contudo ao mesmo tempo um ônus. Se o prejudicado não demonstra em tempo hábil, ou seja, no prazo previsto em lei seu inconformismo, recorrendo, tem de, naquele processo, passar em definitivo o dano provocado pela decisão¹⁸

1.1.2.2. Regularidade formal

O artigo 541 do Código de Processo Civil prevê os requisitos formais para a interposição do recurso especial, cujo teor é o seguinte:

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

I - a exposição do fato e do direito;

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;

III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado

¹⁸ NELSON JUNIOR, Nery, Recursos no processo civil 1, 6ª ed. atual., ampl. e reform., São Paulo, 2004

disponível na Internet, com a indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

A petição de interposição do recurso especial deve ser apresentada ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido. As razões recursais são endereçadas ao Superior Tribunal de Justiça, contendo a exposição das razões de fato e de direito, a demonstração de cabimento do apelo, a razão pela qual deve ser reformada a decisão recorrida.

Na hipótese da decisão recorrida conter fundamentos de cunho constitucional e infraconstitucional é necessária a interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário, conforme pondera Bernardo Pimentel.

1.2.2.3 Preparo

O recorrente deve instruir a petição recursal com a guia comprobatória do respectivo recolhimento das custas, sob pena de inadmissibilidade do recurso especial. Caso o preparo seja insuficiente, ou seja, foi pago um valor menor do previsto na legislação, conceder-se-á prazo de 05 (cinco) dias para o recorrente complementar o depósito.

O jurisdicionado beneficiário da justiça gratuita, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as respectivas autarquias, bem como as fundações públicas são dispensadas do preparo, nos moldes do artigo 511 do Código de Processo Civil.

O preparo representa ônus do recorrente de corroborar, no ato da interposição, a concretização do preparo (art. 511 do CPC), sob pena de deserção. Assim, a regularidade formal provém da imposição legal da forma rigorosa ao ato de recorrer, esclarecendo Araken de Assis, (2001) enumerando quatro requisitos genéricos de regularidade de forma: a) petição escrita; b)

identificação das partes; c) motivação; d) pedido de reforma ou de invalidação do pronunciamento recorrido; existe ainda outros requisitos específicos, tais como assinatura do advogado, formação do instrumento com peças obrigatórias e legíveis etc. A regularidade procedimental, na lição de Rodolfo de Camargo Mancuso,(1997) abrangeria o preparo, a motivação, o pedido de nova decisão e o contraditório.¹⁹

Conforme o entendimento de Pinto, (2002) o recorrente, ao interpor seu recurso, necessitará confirmar o pagamento das custas processuais respectivas, que são fixadas no âmbito da Justiça Federal por lei federal, e no âmbito da Justiças estaduais por leis dos respectivos Estados. A regra referente ao pagamento do preparo do recurso foi substancialmente alterada pela reforma do Código de Processo Civil havida em dezembro de 1994. De acordo com a redação do art. 511 do CPC dada pela Lei 8.950/94 e, posteriormente, pela Lei 9.756/98: (*“No ato da interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”*).²⁰

¹⁹ ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

²⁰ PINTO, Nelson Luiz, *Manual do Recurso Cíveis*, cit., 3ª ed., São Paulo, 2002

2. O PREQUESTIONAMENTO

O prequestionamento não está previsto expressamente na Constituição Federal e nem no Código de Processo Civil, no entanto, a doutrina e jurisprudência entendem que se trata de um requisito constitucional de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Consoante aqui exposto, Assis²¹ (2008), ao asseverar que:

Neste sentido, o prequestionamento é atributo natural dos tipos constitucionais, quer do recurso extraordinário, quer do especial que dele se originou. O “prequestionamento” é a simples forma de caracterizá-los, de apresentá-los ou de decidi-los na causa objeto do recurso. O prequestionamento constitui o próprio conteúdo do pronunciamento judicial. É a afloração (palavra expressiva e adequada ao caso) dos tipos constitucionais contemplados no art. 102, III, da CF/198856.

Para DALL´AGNOL JUNIOR²² (1994, p.118), mais correspondente parece o acordo dos que veem no prequestionamento reivindicação natural dessa espécie de impugnação, ideia que muitos partilham.

Os recursos extraordinário e especial de modalidades designadas ao exame de questões de direito, não admitindo análise fática, é imperioso que tais matérias jurídicas tenham sido elemento de pronunciamento pela determinação recorrida, sob pena de os Tribunais Superiores não apresentar sobre o que se debruçar no tocante ao mérito dos recursos.

²¹ ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-157, set./out. 2001.

²² DALL´AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários. *Revista de Processo*, São Paulo, v.74, p.118, abril-junho de 1994.

Isso porque, ainda que não previsto expressamente na Carta Magna, o prequestionamento se afigura íntima e indissolúvelmente inserido no sistema de admissibilidade dos apelos extremos, pois, como diz, sem o debate prévio sobre a questão federal ou constitucional não existirá o imprescindível substrato jurídico a embasar o recurso cabível recurso especial ou extraordinário, ambos de fundamentação ligada bem como a contrariedade, a negativa de vigência, o desacerto ou a interpretação equivocada, alvos de exame pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

A Constituição Federal ao prever que podem ser objeto de recurso especial ou extraordinário, ‘as causas decididas’, teria ao menos implicitamente exigido que a matéria impugnável pela estreita via dos recursos excepcionais tivesse sido apreciada pelo tribunal recorrido.²³

2.1. Breve histórico

O termo prequestionamento pode ser entendido morfológicamente como aquilo que foi questionado. Ou seja, nesta acepção o prequestionamento seria um ato apenas de uma parte, aquilo que foi questionado, não havendo interferência do órgão julgador.

A exigência do prequestionamento não é nova no ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário, desde a Constituição de 1891 havia a previsão expressa do prequestionamento.²⁴

O teor do art. 59 da Constituição de 1981 era:

“Art.59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

²³ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e a Ação Rescisória. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pág 734

²⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. O Pquestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial.4. Ed. São Paulo.,RT., 2009

§ 1- Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou atos de Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válido esses atos, ou essas leis impugnadas.”

Segundo José Miguel Medina, a Constituição de 1891 utilizava o verbo questionar com escopo de que a matéria impugnada no recurso tivesse sido analisada pelo tribunal recorrido. O termo questionar continuou presente até a Constituição de 1946.

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso²⁵, havia a preocupação de que a matéria federal fosse decidida no âmbito dos Estados, que hoje pode ser entendida, na esfera dos Tribunais Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Após a Constituição de 1946, o requisito do prequestionamento continuou sendo exigido, apenas deixou estar previsto expressamente na Constituição.

2.2. Espécies de prequestionamento

A controvérsia acerca do prequestionamento ensejou o surgimento de várias espécies, que na verdade, são variações na forma ou momento do preenchimento do requisito de admissibilidade.

²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo; Recurso Extraordinário e recurso especial.2.ed.São Paulo:RT, 1991

O prequestionamento explícito seria o enfrentamento da matéria pelo acórdão recorrido, ou seja, o exame da matéria pelo Tribunal a quo preencheria o requisito de admissibilidade do recurso especial.²⁶

Verifica-se que o prequestionamento explícito tem aceitação ampla em sede doutrinária e jurisprudencial, inclusive está alinhado com a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal.

S. 282: É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Por sua vez, o prequestionamento implícito ocorreria quando a parte suscita a manifestação do Tribunal, mas o acórdão recorrido não enfrenta a matéria. De forma semelhante ao prequestionamento implícito, tem-se o prequestionamento ficto em que a parte além de suscitar a manifestação da matéria pelo tribunal recorrido, opõe embargos de declaração com escopo único de que ver a matéria ser enfrentada no acórdão regional.

A diferença entre o prequestionamento implícito e o ficto, em linhas gerais, é o ato da parte que ao verificar a omissão no julgado interpõe embargos de declaração para prequestionar a matéria.²⁷

O Supremo Tribunal Federal admite o prequestionamento ficto, consoante a Súmula 356 da Suprema Corte.

Alguns doutrinadores, ainda mencionam o prequestionamento numérico que seria a menção expressa ao dispositivo de lei violado no corpo da decisão.

²⁶ Câmara, Junqueira, Freire, Willian. Recurso Especial e extraordinário: doutrina e prática. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário, 2002

²⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e a Ação Rescisória. São Paulo: Editora Saraiva, 2008

O Tribunal Superior do Trabalho adota o prequestionamento ficto, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal, e ainda para afastar qualquer dúvida acerca do prequestionamento editou a Súmula 297, de conteúdo esclarecedor, verbis:

“297. PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO .

- I- Diz-se prequestionada a matéria ou questão controvertida quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.
- II- Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos delatórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.
- III- Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre o qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.”

Da leitura da Súmula da Corte Trabalhista, praticamente é possível sintetizar o prequestionamento explícito e ficto. Um aspecto digno de ser observado é que a adoção do prequestionamento ficto facilita o acesso à Justiça, tornando efetivas as decisões judiciais.

Em suma, diante dos diversos tipos de prequestionamento ainda há a divergência existente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com conseqüências diretas nas hipóteses de cabimento do recurso especial.

2.3. Diferença do prequestionamento no STJ e STF

O prequestionamento explícito amplamente aceito na doutrina e jurisprudência não enseja divergências jurisprudenciais, nem ocasiona nenhuma dificuldade à parte que interpôs o recurso. Isso porque o prequestionamento explícito não é ato da parte e sim do órgão julgador que exerceu devidamente a função de apreciar os pontos controvertidos do recurso.²⁸

De outro modo, o prequestionamento ficto como demonstrado anteriormente é ato da parte, com a consequência de ter prequestionada a matéria objeto da controvérsia jurisprudencial.

O Superior Tribunal de Justiça adota posicionamento contrário ao Supremo Tribunal Federal, tendo inclusive editado a Súmula 211 a respeito do prequestionamento:

Súmula 211: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos de declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”

Assim, o que se extrai da Súmula 211 é que o Superior Tribunal de Justiça não admite o prequestionamento ficto.

A solução em caso de omissão no julgado quanto à lei federal para o Superior Tribunal de Justiça seria interpor recurso especial por violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, a fim de que o Tribunal a quo se manifeste acerca da omissão do julgado.

²⁸ SILVA, Bruno Matos e- Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário- Ed. Forense, 2003

A Súmula 211 do STJ denota alto grau de tecnicismo, colocando a parte à mercê do órgão jurisdicional que no momento oportuno não enfrentou a matéria. Se a solução para a parte será interpor um recurso especial apenas por violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, haverá, no mínimo, a demora no trâmite processual.²⁹

Noutras palavras, a parte não poderia arcar com os defeitos do julgamento do Tribunal a quo, em afronta ao princípio do devido processo legal substantivo.

O Superior Tribunal de Justiça ao exigir que a parte interponha recurso especial com fulcro na violação ao artigo 535 do CPC, de forma indireta está determinando que o Tribunal a quo se manifeste acerca do tema, este é um dos argumentos para os defensores do posicionamento do STJ.

Acrescente-se que a Súmula 320 do Superior Tribunal de Justiça, entende que a questão federal apenas ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.

Evidente o distanciamento entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, este último, inclusive, em recente julgado da lavra da Min. Ellen Gracie, proferida no AI n. 375011, a Suprema Corte relativizou a exigência do prequestionamento, que em razão do marco para a teoria dos recursos excepcionais merece transcrição a ementa.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTE PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria

²⁹ NERY, Nelson Jr.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2005

constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case. 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental provido.

(AI 375011 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004 PP-00043 EMENT VOL-02170-02 PP-00362) .

No julgado em destaque, a ministra flexibilizou o requisito do prequestionamento, tendo em vista a necessidade de uniformização do direito, principalmente em razão do recurso extraordinário ter como objetivo aplicar o posicionamento da Suprema Corte sobre a inconstitucionalidade de uma determinada lei estadual.

A posição que se adota neste trabalho é a de que a exigência do recurso especial com fulcro no artigo 535 do Código de Processo Civil não se coaduna com os princípios constitucionais do devido processo substantivo a a necessidade de eficácia das decisões judiciais. O próximo capítulo abordará de forma pormenorizada a questão.

Ademais, como o recurso especial é matéria com matriz constitucional expressa, entende-se que o Supremo Tribunal Federal deveria

pacificar a questão, principalmente para que não haja tamanha divergência entre recursos de natureza idêntica.

2.4. Prequestionamento no recurso de terceiros

Outro aspecto polêmico é a necessidade do prequestionamento para o terceiro interessado em interpor o recurso excepcional. Inclusive, a natureza e constitucionalidade do prequestionamento são objeto de divergência jurisprudencial neste aspecto.

De acordo com o artigo 499 do Código de Processo Civil, o terceiro interessado poderá recorrer desde que haja nexo de interdependência com a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

O prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais não deveria haver regramento diferente para os terceiros interessados, conforme entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Freddie Diddier

Se a decisão apreciou a questão – expressa ou implicitamente-, poderá o terceiro ingressar com o recurso extraordinário; se não o fez, e a questão fora levantada anteriormente, ou é questão de ordem pública, poderá provocar o órgão julgador a manifestar-se, por embargos de declaração, abrindo ensejo a interposição do recurso excepcional. E aqui se mostra claramente quão equivocada é a concepção do prequestionamento como ato prévio da parte; se assim o fosse, jamais o terceiro poderia interpor estes recursos, por não ter “prequestionado, pela simples circunstância de que naquele momento não participava do feito.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela desnecessidade do prequestionamento – na hipótese de litisconsortes necessários não citados oportunamente-, no Recurso Extraordinário 91.405/RJ, da relatoria do Ministro Décio Miranda.

Como dito, a necessidade de prequestionamento de terceiros intervenientes é matéria tormentosa na jurisprudência, no entanto, o que se constata é que prevalece a necessidade do preenchimento dos requisitos de admissibilidade do recurso a ser interposto, inclusive, o prequestionamento.

3. RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC E A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Antes de adentrarmos na análise do recurso especial por violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil e a possibilidade ou não de efetivação da prestação jurisdicional, é curial tratarmos dos embargos de declaração com viés do prequestionamento.

Os embargos de declaração com o objetivo de prequestionar a matéria suscitada e relevante para o deslinde da demanda deverá preencher os requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil, o que não poderia ser diferente, ante a taxatividade dos recursos.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça os embargos de declaração com intuito de prequestionamento não assumem o caráter protelatório, esse é o teor da Súmula 98 do STJ.

E nessa acepção, notemos o entrosamento jurisprudencial que se segue:

“Ocorrente alguma das hipóteses do artigo 535 do CPC, admitem-se os Embargos de Declaração para fim de prequestionar, descabendo, no caso, aplicar-se a multa do artigo 538, parágrafo único, daquele diploma legal” (RT 708/198).³⁰

³⁰ CRUZ, Sérgio Muniz da. Natureza Jurídica dos Embargos de Declaração. Webartigos.com. Publicado em 16.07.2008, Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/7938/1/natureza-juridica-dos-embargos-de-declaracao/pagina1.html>>. Acesso em 31/01/2013

Em sentido contrário, Leonardo Carneiro Cunha sustenta que os embargos de declaração não podem ter única e exclusivamente o objetivo de prequestionar a matéria objeto de controvérsia.³¹

Caso não seja sanada a omissão do julgado, a parte poderá ou deverá interpor o recurso especial por violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, a fim de que o acórdão regional proferido seja anulado, ou os embargos de declaração sejam analisados, e por conseguinte, o Tribunal a quo profira outra decisão.

3.1 Recurso Especial por violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil

Como dito, quando o Tribunal não enfrentar a questão federal posta em juízo, a parte poderá interpor um recurso especial por violação ao art. 535 do Código Processo Civil. Nesta situação, caso seja provido o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça determinará que a instância recorrida analise a matéria objeto do julgado.

Conforme entendimento de Nelson Nery Júnior, se uma das questões controvertidas não é analisada no acórdão regional, não há o prequestionamento, ainda que a parte tenha oposto aclaratórios para forçar o pronunciamento judicial, restando como solução a interposição de recurso especial apenas por violação ao art. 535 do CPC.

Aqui reside uma das principais diferenças do instituto do prequestionamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, isso porque, enquanto no STJ é cabível o apelo especial em face da violação ao art. 535 do CPC, no Supremo Tribunal Federal, tal

³¹ CARNEIRO, Leonardo José, A Fazenda Pública em juízo, 8.ed.Ed. Dialética, São Paulo, 2010.

possibilidade, não foi determinada pela Constituição da República Federativa do Brasil.³²

O recurso especial por violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, mostra-se incompatível com a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, isso porque uma das condições da ação e requisitos dos recursos é interesse em recorrer, tema já tratado no primeiro capítulo, no entanto, a utilidade do recurso pode se esvaziar em razão da demora para julgar o Recurso Especial e determinar o retorno dos autos ao Tribunal recorrido.

Causa perplexidade que dois Tribunais Superiores com competências constitucionais editem Súmulas com entendimentos díspares, acerca de um requisito de admissibilidade recursal. Nunca é demais dizer que se o jurisdicionado tiver uma questão constitucional para resolver, ao menos tem a chance de vê-la sendo enfrentada pela Suprema Corte, caso o Tribunal recorrido não analise a matéria. Enquanto, o jurisdicionado que tem uma questão que envolve o direito federal, caso a corte regional não analise a matéria, ainda que suscitada no recurso e opostos embargos de declaração, tenha que se conformar com o retorno dos autos para que este mesmo Tribunal analise.

Colaciona-se um julgado do Superior Tribunal de Justiça em que o Tribunal expressamente determina o retorno dos autos, apenas para que o Tribunal de Justiça analise os embargos de declaração interpostos pela parte, embora a matéria seja unicamente de direito.

³² FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. "Prequestionamento implícito no recurso especial: posição divergente no STJ". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais. Coordenadores: Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Wambier. São Paulo: RT, 2001.

Assim, decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.242.697/SP³³, in verbis:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OCORRÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA ANÁLISE DAS OMISSÕES VENTILADAS OPORTUNAMENTE VIA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. O Tribunal de origem, a despeito de ser instado a se manifestar sobre: (i) a inaptidão do CNPJ da empresa significando que ela encontra-se em lugar incerto e não sabido; (ii) a inobservância do dever de comunicar a mudança de domicílio à Secretaria de Receita Federal; (iii) a incidência do art. 134, VII, do CTN para responsabilizar os sócios pelos créditos tributários; e (vi) e sobre os arts. 195 do Decreto-Lei n. 5.844/43, 23, § 4º, do Decreto n. 70.235/72 e 2º do Decreto n. 84.101/79, acabou por rejeitar os aclaratórios sem tecer considerações sobre as referidas questões, as quais são relevantes para o deslinde da controvérsia.
2. É que esta Corte considera a não localização da empresa no endereço indicado ao Fisco como um indício de dissolução irregular apto ao redirecionamento da execução fiscal contra o sócio gerente, inclusive com a inversão do ônus da prova no que tange aos requisitos do art. 135, III, do CTN. (Súmula n. 435/STJ). Assim, constatada a deficiente prestação jurisdicional conferida na origem, faz-se necessário o retorno dos autos para novo julgamento dos embargos de declaração, a fim de que sejam supridas as omissões ventiladas oportunamente, as quais são relevantes para o deslinde da controvérsia.
3. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à origem.

Reforce-se que o Supremo Tribunal Federal ao adotar posicionamento diferente, o faz com escopo de tutelar o ordenamento constitucional, não havendo uma razão contundente para o rigor com que a Corte Especial enfrenta o prequestionamento.

Poder-se-ia dizer que o prequestionamento, nos moldes em que é tratado pelo Superior Tribunal de Justiça é inconstitucional, tendo em vista patente mácula ao devido processo legal e ao acesso à justiça.

33

Nesses termos, o entendimento de Fernanda Bezerra de Moraes³⁴.

Por conseguinte, qualquer instrumento formal que impeça a aplicação concreta dos direitos e princípios assegurados pela mesma, de modo direto ou reflexo, estará atentando contra a mesma.

Pelo acerto do entendimento do Supremo Tribunal Federal, doutrinou KOEHLER³⁵.

Conclui-se que a posição mais consentânea com a realização com os princípios da instrumentalidade, celeridade e economicidade do processo é a perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, a fim de demonstrar a inconstitucionalidade do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ou pelo menos, a sua inadequação, o Projeto do Novo Código de Processo Civil positivou a essência da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal. Assim, caso não haja modificação do Novo Código, o Superior Tribunal de Justiça terá que rever a Súmula 211.³⁶

³⁴ MORAIS, Fernanda Bezerra. A (in) subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? IN: Revista da ESMape, Recife, v. 13.n.27, pg. 145p172

³⁵ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. Revista da ESMape. V.12.n.26

³⁶ SARNEY, José. Anteprojeto do novo código de processo civil

CONCLUSÃO

Conclui-se que o recurso especial tem como objetivo a uniformização do direito federal pátrio, possui além dos requisitos de admissibilidade comum a todos os recursos, alguns requisitos específicos, sendo o prequestionamento o que gera maior embate jurisprudencial e doutrinário.

Não é por menos, pois conforme demonstrado no presente trabalho, historicamente o prequestionamento é alvo de inúmeras controvérsias, sendo a principal delas a existente entre o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O conhecimento do prequestionamento pelo operador do direito é imprescindível para perfectibilização da atuação dos sujeitos processuais junto ao Judiciário, bem como para a construção de uma jurisprudência mais acessível ao jurisdicionado.

Por outro viés, a Constitucionalização dos ramos do Direito, fenômeno mais freqüente após o neoconstitucionalismo, exige que o Processo Civil não se vista excessivo rigor a ponto de impossibilitar o acesso à justiça, bem como as decisões do Judiciário serem despidas da efetividade jurisdicional.

Nessa toada, a força normativa da Constituição, amplamente defendido pelo Supremo Tribunal Federal, impõe a compatibilização dos ramos do Direito com os contornos constitucionais, a exemplo disto, o respeito ao devido processo legal e o acesso a justiça.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça ao conferir tratamento diferente, na prática mais dificultoso, ao prequestionamento denota o caráter de excessivo rigor técnico ainda existente no Processo Civil pátrio.

Por fim, a previsão no Projeto do Novo Código de Processo Civil da adoção do prequestionamento conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pode ser entendido como um indício de que em face da Constituição da República Federativa do Brasil, o Código de 1973, em alguns aspectos carece de reformulação.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Aderbal Torres de. Recursos cíveis ordinários. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **O antigo recurso extraordinário e o recurso especial: na Constituição de 1988**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-157, set./out. 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRUNO MATOS E SILVA – Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário – Ed. Forense 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CRUZ, Sérgio Muniz da. Natureza Jurídica dos Embargos de Declaração. Webartigos.com. Publicado em 16.07.2008, Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/7938/1/natureza-juridica-dos-embargos-de-declaracao/pagina1.html>>. Acesso em 31/01/2013

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários. Revista de Processo, São Paulo, v.74, p.118, abril-junho de 1994.

DIDIER JR., Fredie. "Recurso de terceiro" col. Recursos no Processo Civil – RPC-10, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

DINAMARCO, Cândido Rangel, A Reforma da Reforma, São Paulo, 2002

FERNANDEZ, Mônica Tonetto. Dos Embargos de Declaração. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Centro de Estudos - 51 / 52 - período de Janeiro / Dezembro de 1999 SEHNEM, Felix. Embargos declaratórios . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003.

GRECO FILHO, VICENTE– Direito Processual Civil Brasileiro. Ed.2002, Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

KLIPPEL, Rodrigo. O prequestionamento e a jurisprudência recente do STJ e do STF. Revista Autônoma de Processo, Curitiba: Juruá Editora, 2008. n.3, abril-junho de 2007.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. Revista da ESMAPE. V.12.n.26

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARRA, Rodrigo. A rejeição dos embargos declaratórios com efeitos infringentes não dá margem à alegação de ofensa ao art. 535 do CPC em sede de recurso especial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1132, 7 ago. 2006 .

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/983**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Exigência de prequestionamento e preceitos de ordem pública: aspectos da admissibilidade do Recurso Especial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000 .

MORAIS, Fernanda Bezerra. A (in) subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral? IN: Revista da ESMAPE, Recife, v. 13.n.27, pg. 145p172

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 19.ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NADER, Miguel José, Guia prático dos recursos no processo civil, 5ª ed. rev. E atual., São Paulo, 2000

NELSON JUNIOR, Nery, Recursos no processo civil 1, 6ª ed. atual., ampl. e reform., São Paulo, 2004

NERY JÚNIOR, Nelson: Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos. 4.ª edição, RT, São Paulo, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Roberta Rocha Mendes. O prequestionamento e sua evolução na jurisprudência do STF e do STJ. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). *Aspectos contemporâneos do direito processual*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008. p. 193-211.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

PINTO, Nelson Luiz, Manual dos recursos cíveis, 3ª ed., São Paulo, 2002

RODRIGUES NETTO, Nelson, Recursos no processo civil, 1ª ed., São Paulo, 2004

SARNEY, José. Anteprojeto do novo código de processo civil

SILVA, Ovídio Baptista da. "Recurso Especial por violação de princípio jurídico", Revista dos Tribunais, ed. RT, São Paulo, 1997, p. 110.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. BUENO, Cassio Scarpinella. **Quem tem medo do prequestionamento?** Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 653/8.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. vol. I, 19ª edição revisada e e atualizada, Forense, Rio de Janeiro, 1997

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.